

**TENSIÓN APARENTE ENTRE GARANTÍAS DEL IMPUTADO
Y EL ACCESO A LA JUSTICIA POR PARTE DE LA VICTIMA:**

***LA IMPOSIBILIDAD QUE LA VICTIMA SE CONSTITUYA COMO
QUERELLANTE PARTICULAR EN EL CODIGO PROCESAL
PENAL DEL CHACO (LIMITANTE EN EL CASO DE QUE EL
IMPUTADO SEA UN MENOR DE EDAD).***

***CRÍTICAS ACERCA DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA DESDE EL
DEL PRINCIPIO PRO PERSONA COMO PAUTA DE
HERMENÉUTICA PROCESAL.***

Por Noelia Salomé Nazaruka¹ y Sergio Paulo Pereyra²

¹ Abogada (UNNE). Mediadora (HUMANITAS). Especialista en Teoría y Técnica del Proceso Judicial (UNNE). Maestranda en Política y Gestión de la Educación Superior (UNR). Posgraduada en “Interpretación Constitucional”, “Efectividad de las 100 Reglas de Brasilia” y “Actualización en temas de derechos humanos”, (UNNE). Profesora adjunta por concurso de la cátedra “A” de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE), con ejercicio en la sede central y extensiones. Docente Estable de la Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE). Miembro de Equipos de Investigación del Programa UNNE en el medio y Proyectos de Voluntariado Universitario, actividades de extensión y transferencia. Miembro de la Comisión Académica y Docente tutorial a cargo del Curso Nivelatorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE). Coordinadora del Centro Universitario de Mediación de la UNNE. Disertaciones y producciones científicas publicadas en la materia. Correo electrónico: noelianazaruka@hotmail.com.

² Abogado (UNNE). Posgraduado en Ejecución Penal y Derecho Penitenciario por la Universidad de Barcelona (UB, España) y la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI, Costa Rica). Profesor en la cátedra “A” del Seminario de Orientación en Derecho de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE). Investigador en Proyectos relacionados con la temática Violencia institucional (CELS, UE; UNNE). Asesor Legal en la Secretaria de Derechos Humanos y Miembro Suplente del Comité de Prevención de la Tortura de la Provincia del Chaco. Miembro de la Asociación Pensamiento Penal (APP) y la Red Eurolatinoamericana de Prevención de la Tortura (RELAPT). Disertaciones y producciones publicadas en la materia. Litigante en causas de Lesa Humanidad, Violencia Institucional y de Género. Correo electrónico: paulopereyra1987@gmail.com.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN -----PÁG. 4/5

DESARROLLO -----PÁGS.6/29

CAPITULO I Consideraciones generales acerca de la figura del Querellante Particular

-----PÁGS.6/8

CAPITULO II Análisis del Título V (Capítulos I y II) del CPP Chaqueño: Partes y defensores: Imputado y Querellante Particular. -----PÁG. 9

CAPITULO III La judicatura chaqueña frente al art. 96 (antes 89) CPP de la Provincia del Chaco, acerca de la salvedad de los procesos incoados contra menores. Similitudes en este aspecto con el CPP de la Provincia de Córdoba y su respectiva jurisprudencia. -----

-----PÁGS. 10/12

CAPITULO IV La efectiva tutela judicial como garantía de la intervención del Querellante Particular en el proceso penal. -----PÁGS.13/17

CAPITULO V ¿“Interés Superior del Niño” VS. “Tutela Judicial Efectiva”? Tensión entre garantías del imputado y del querellante particular: el rol del PRINCIPIO PRO PERSONA COMO PAUTA DE HERMENÉUTICA PROCESAL -----PAGS.18/29

CONCLUSIONES -----PÁGS.30/32

FUENTES UTILIZADAS -----PÁGS.33/35

“... el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales...” Informe N° 105/99 emitido en el caso 10.194, “Palacios, Narciso – Argentina”, 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, con nota de Carlos A. Botassi, “Habilitación de instancia y derechos humanos”, p.594.

INTRODUCCIÓN

La garantía acceso a la justicia es una exigencia de orden estrictamente constitucional y convencional. Puede definirse como *“un acceso de todos a los beneficios de la Justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad”*.³

Ahora bien, está claro que si existiera una norma inferior de procedimiento que contraríe aquella disposición, la misma impondría un tensión en el orden jurídico vigente, por lo que, sin cavilaciones, la misma debería ser declarada por los órganos públicos competentes como “inaplicable”, en virtud de la efectiva aplicación de aquellos controles.

Pero, ¿qué sucede si esa norma procesal, que afecta el axioma de la defensa en juicio, es puesta por los y las operadores/as en contradicción con un principio rector -al mismo tiempo- amparado por un principio rector con igual jerarquía (constitucional, por estar presente en convenciones de dicho rango)?

Ello sucede en el caso que traemos a análisis: el interés superior del niño, cuya pauta hermenéutica debe prevalecer en el caso concreto en función de “otros intereses”, frente a la garantía de acceso a la justicia de la víctima y su legítima pretensión de participar como querellante particular en el proceso penal.

¿Qué principio debe regir? ¿Cuál de los valores jurídicos es más importante? ¿El acceso a la justicia o el interés superior del niño? ¿Se pueden armonizar? ¿O uno -sí y solo sí- debe ceder frente al otro? Si es así, ¿cuál de ellos tiene mayor relevancia y cuál de ellos debe dar paso al otro?

Los expuestos son algunos de los interrogantes que se nos han presentado al estudiar el art. 96 (antes 89) del C.P.P. del Chaco y, nos llevó a una crisis en el análisis jurídico, toda vez que tanto el acceso a la justicia como el interés superior del niño, se hallan consagrados explícitamente por Instrumentos y Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, encontrándose en el mismo rango de la pirámide normativa: equiparados a la Constitución nacional.

Entonces, ¿qué sucede cuando nos encontramos frente a principios que son pautas de interpretación de normas y acciones estatales? ¿Cuál es el rol del Juez o Tribunal ante esos casos? Entonces, ¿cuál es el rol de las víctimas en el proceso penal, y cuáles sus efectivas atribuciones?

¿Cómo opera el principio *pro persona*, mediante el cual *“...debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer*

³ Lynch, Horacio M. En su trabajo: “Acceso a la Justicia y profesión legal”, disponible en <http://www.foresjusticia.org.ar/investigaciones/JusticiaCEA/S2cap5.pdf>.

restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria... ”⁴, transformándose en eje transversal de fondo y forma del derecho internacional de los derechos humanos, en estas situaciones?, que ha traído consigo una mirada sensibilizada y condescendiente de las relaciones humanas, posibilitado jurídicamente a partir del nuevo contexto supraconstitucional -ya veinteañal-, toda vez que hunde sus raíces en la realidad de la vida social, en la entelequia de las disyuntivas, porque busca la verdad real, más allá de las formas y formalidades procesales que regulan la vida que genera conflictos judicializables, que es la vida en sociedad.

Pues bien, he aquí la razón por la cual nuestra ambición en la presente investigación es fundamentar estos enunciados, para lo cual ensayaremos sobre la esencia de ambos principios, analizando las ventajas y desventajas de su aplicación práctica, e indagar cómo ha resuelto la Judicatura este dilema; dando una aproximación o, de no ponerlos en tensión -si el caso concreto no lo amerita-, que dan paso a una nueva mirada, a una mirada con perspectiva de proceso justo.

⁴ PINTO, Mónica: “Temas de Derechos Humanos” 1997, Editores Del Puerto, pág. 81.

DESARROLLO

CAPITULO I: CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA FIGURA DEL QUERELLANTE PARTICULAR

La intervención del querellante particular en el proceso penal se presenta como una manifestación del derecho a la jurisdicción y del derecho a la tutela judicial efectiva, que corresponden -entre otros- a la víctima del delito, máxime al transitar el nuevo paradigma procesal penal, conocido como "Sistema Acusatorio", en el cual la víctima un sujeto y; también, permite pensar en un proceso criminal orientado en perspectiva de las víctimas –que en ningún modo resta garantías al imputado-.

Ambos son derechos de raigambre constitucional por imperio de las prescripciones previstas en el artículo 75, inciso 22⁵, de la Constitución Nacional.

Al reglamentar el derecho a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva -art. 1-, el Código Procesal Penal de la Provincia del Chaco (ley n° 965-N; antes ley n° 4538), de conformidad a los arts. 28, 121 y 122 de la CN, consagra derechos favorables a las partes -entre ellas, a la víctima-, a la vez que admite la posibilidad de que actúe en el proceso penal como acusador privado, interviniendo en rol de querellante particular -arts. 96 a 101- (antes arts. 89 a 94), respetando acertadamente la garantía establecida por el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Ahora bien, es sabido que tal protección judicial no se satisface con el sólo ingreso formal de ésta al proceso como querellante particular, por cuanto el mismo implica al mismo tiempo la garantía de que su pretensión sea resuelta fundadamente en un tiempo prudencial, por un órgano jurisdiccional competente, imparcial e independiente, derivados de la garantía del debido proceso legal -consagrada implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna-. En otras palabras: su real y efectiva participación en el proceso penal para hacer valer sus pretensiones.

El querellante particular, parte eventual, en los casos de delitos de acción pública en el proceso penal, habilitado para intervenir en éste, de conformidad a lo previsto por los arts. 96 a 101 (antes arts. 89 a 94) del CPP del Chaco, es una figura que encuentra resguardo en los citados artículos, pero que a la vez tiene una excepción. En el sentido que, desde el punto de vista legal -local- se limita de manera injusta la posibilidad de conocer la verdad real y la acreditación del hecho delictuoso al caso concreto, por cuanto, como analizaré en el presente trabajo, la casuística exhibe situaciones que ocasionan un gravamen irreparable a la víctima, dejándola “sin palabras” en el proceso.

En este caso puntual que traemos a examen, privarle la posibilidad a la víctima de constituirse en querellante particular por ser el imputado un menor de edad, es tan injusto como irracional y termina desnaturalizando el objetivo de esta figura, la que fue creada precisamente para lograr la protección judicial de la víctima. Para que esta, la víctima, pueda hacer valer sus

⁵Precisamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-, artículos 8.1 y 25. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1.

pretensiones, más allá de los intereses de la acusación pública o, como en muchas ocasiones sucede, “a pesar” de la acusación fiscal.

Tal dispositivo procesal -art. 96 (antes 89) del C.P.P-, aparece como un impedimento procesal inadmisibles y discriminatorio, coronando situaciones que si bien resultan legales, importan una gran iniquidad, toda vez que afecta de manera directa los dos pilares más importantes del derecho de defensa, por un lado el control de la prueba de cargo y la producción de la prueba de descargo, cerrando el camino para que en se amplíe la acusación o bien se plantee el hecho diverso según corresponda.

*“(...) Debemos reconocer que la Constitución Provincial [de Córdoba] ha dado operatividad a la Convención Americana de Derechos Humanos (llamada Pacto San José de Costa Rica) al incluirla en ella mediante una disposición complementaria. En igual sentido pero con posterioridad (1994), la Constitución Nacional en su art. 75 inciso 22 incluyó esta convención, entre otros tratados, como integrantes del sistema jurídico nacional, otorgándole jerarquía constitucional. Ello significa -según interpretación de la CSJN- que no solo son operativas (no requieren de ley reglamentaria para su vigencia) sino que tienen la misma jerarquía de la Constitución Nacional. Esto equivale a decir que integran con ese rango el carácter de Ley Fundamental de la Nación y como tal prevalecen jerárquicamente por sobre las leyes de la Nación y de las Provincias. Dentro de esa normativa y en armonía con los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional, la Convención internacional reconoce el derecho que tiene toda persona a una efectiva tutela judicial y a un recurso sencillo y su utilización. Siendo estas normas obligatorias para los Estados signatarios, se infiere que toda legislación procesal, ya sea nacional o provincial debe necesariamente adecuarse a ellas y aunque no se dictaren leyes de adecuación, los jueces mediante sus sentencias están obligados a aplicarlas respetando el orden jerárquico que el más alto Tribunal de la Nación les ha reconocido...”*⁶

Asimismo en la jurisprudencia se advierte un paso hacia la tutela judicial efectiva, que exige a los jueces evitar dilaciones indebidas, consagrando que las victimas deben tener acceso a todas las etapas del proceso.⁷ Y la mejor forma para ello, es la participación como querellante particular...

Así, nuestro Tribunal Cívero, ha reconocido el derecho a intervenir y ser parte a la víctima en las distintas etapas del proceso: en la investigativa⁸, en la intermedia⁹, en los alegatos¹⁰ y en el recurso¹¹.

⁶ Dres. Luis Higinio Ortiz, Daniel Enrique Otonello y Francisco Gilardoni: Cámara de Acusación, A.I. N° 67, 27/5/05, en autos: “Denuncia formulada por Bellotti Carlos Emilio - Recurso de apelación dispuesto por el Dr. Miguel Ortiz Pellegrini”.

⁷ Alban vs Ecuador - Corte Interamericana Derechos Humanos (Se sancionó al Estado Ecuatoriano por su actitud pasiva durante el proceso de investigación, por vulnerar el 8.1 y 25 CADH por no asegurar el acceso efectivo a las garantías y protección judicial).

⁸ En Sotomayor (CSJN 2004) y Quiroga 2004 (CSJN Fallos: 327:5863).

⁹ En Storchi (Editorial La Ley 06/10/2004) con asidero en el fundamento del precedente Santillán (CSJN Fallos: 321:2021) y en el artículo 18 CN. La Corte sigue el caso “Velazquez Rodríguez” de la Corte Interamericana de

Como podemos advertir y siguiendo los pasos de la citada Reforma Constitucional, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los distintos fallos citados ha dado ejemplares prototipos de su tendencia hacia el reconocimiento de la víctima y su derecho de participar en el proceso penal -mediante la figura analizada-.

La propensión es a los fines de otorgarle mayores derechos de participación en el procedimiento penal, toda vez que la aparición de dicho sujeto se trata de un problema del sistema penal compuesto de los fines que persigue y del objeto que abarca el derecho penal, y finalmente, de los medios de realización que para llevarlos a cabo tiene a su alcance el derecho procesal penal, todo por lo cual se trata de un problema político criminal común, cuya solución debe ser otorgada por el Estado íntegramente, atento a ser garante de los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes.

Derechos Humanos de 1988 que entiende que los Estados signatarios de la Convención Americana deben asegurar la investigación, persecución y sanción a los responsables. Reiterando el criterio en la causa “Sabio” del 11/07/2007 (CSJN S. 58 XLI, causa 2948, del 11 de julio de 2007).

¹⁰ Santillán (1998). En igual sentido: Chappa (2006), Del Olio (2006) y Sabio (2007).

¹¹ Zichy Thissen (2006)* un fallo en pleno se puede extraer del voto de la Dra. Angela Ledesma que la Constitución Nacional otorga a la víctima el derecho a la tutela efectiva, es decir la obligación del estado de garantizarle el derecho a la justicia -implica a su vez que toda persona pueda contar con un recurso sencillo y rápido artículo 8.2 CADH, y a su vez, es una facultad autónoma del querellante fundado en el ya mencionado artículo 18 CN debido proceso legal implica también la de recurrir una sentencia adversa. Para culminar con el fallo de la CSJN Juri 27/12/2006 en donde quedó sentado que el querellante puede recurrir en los mismos casos que el Fiscal.

CAPITULO II: ANÁLISIS DEL TÍTULO V (CAPÍTULOS I Y II) DEL CPP CHAQUEÑO: PARTES Y DEFENSORES: IMPUTADO Y QUERELLANTE PARTICULAR.

Aunque breve, consideramos fundamental realizar, en capítulo aparte, una exégesis del Título V del CPP Chaco, a los fines de conocer dónde se halla la normativa que no permite a la víctima instar su participación en el proceso cuando el mismo fuera incoado contra menores de edad.

Entonces, bajo estas pautas, se advierte que dicho TITULO V refiere a las PARTES y DEFENSORES, cuyo CAPITULO I, lo hace específicamente al IMPUTADO (Sección I: Principios Generales, Sección II: Rebeldía).

Asimismo, en su CAPITULO II, alude a la figura del QUERELLANTE PARTICULAR, cuyo fragmento pertinente del artículo en cuestión será transcrito, toda vez que hace al núcleo del debate que traemos a colación del presente producto monográfico: ***“Artículo 96 (antes 89).- Instancia y Requisitos. Las personas mencionadas en el artículo 8 podrán instar su participación en el proceso -salvo en el incoado contra menores- como querellante particular. ... (El resaltado nos pertenece)”***

El articulado continúa hasta el art. 101 (antes 94), refiriéndose a la oportunidad, trámite, rechazo, facultades y deberes, renuncia y el derecho de la víctima a ser informada del trámite que se le diera a las actuaciones en que fuera parte.

CAPITULO III: LA JUDICATURA CHAQUEÑA FRENTE AL ART. 96 (antes 89) CPP DE LA PROVINCIA DEL CHACO, ACERCA DE LA SALVEDAD DE LOS PROCESOS INCOADOS CONTRA MENORES. SIMILITUD CON EL CPP DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y SU JURISPRUDENCIA AL RESPECTO DE ESTE ASUNTO.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Provincia del Chaco, mediante Resolución N° 169/15, de fecha 08/07/2015, en la causa caratulada: “MAURO EMANUEL TABAREZ; JORGE DANIEL AQUINO Y MIGUEL NICOLAS AQUINO S/ HOMICIDIO”, Expte.N° 25640/2014-1¹², ha declarado la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 98 (antes 89) del C.P.P., en cuanto veda la participación del querellante particular en los procesos incoados contra menores, cuyos fundamentos se hallan impregnados de garantías procesales de raigambre constitucional; y que ha conmovido mi curiosidad, dándome el puntapié inicial para la elaboración de la presente investigación.

Esto es así, por cuanto nos ha inquietado el “*tufillo de injusticia e irrazonabilidad*”,¹³ atento a que fueron los padres de la persona fallecida quienes quisieron constituirse como querellantes para hacer valer su derecho fundamental de conocer la verdad sobre hecho, en cual su hija perdió la vida, en calidad de querellantes particulares, y el Juez de Garantías N° 2 de la ciudad de Resistencia, no ha permitido su ingreso al proceso, por estricta aplicación de la ley procesal, en virtud del art. mencionado en el capítulo anterior (96 CPP Ch).

Los razonamientos vertidos, discurren primordialmente del siguiente modo: “*Desde ya es necesario destacar que la tendencia que predomina en la actualidad, tanto en el plano legislativo como en el doctrinario de los países latino americanos, es la de incorporar la figura del querellante en los delitos de acción pública al ordenamiento procesal penal, como una forma de satisfacer el anhelo de dar mayor participación a la ciudadanía en la persecución penal y de contribuir a la eficacia de los órganos del estado en la lucha contra la delincuencia además de satisfacer la normativa internacional que sobre derechos humanos establece un proceso penal más humanizado.... "la víctima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice "seriamente con los medios a su alcance... a fin de identificar a los responsables, y de imponerles las sanciones pertinentes..." (Comisión I.D.H. Informe No. 5/96, Caso 10.970,1996).*”, finalizando en el entendimiento que los principios “interés superior del niño” y el de la “tutela judicial efectiva”, no se encuentran en conflicto; a cuyas demás consideraciones me remito; con el objeto de proceder al análisis de este complejo asunto.

Con similares lineamientos, en la causa “V. W. A. - P.S.A. HOMICIDIO” (Juzgado de Menores de la 1ª Nominación de Córdoba, A.I. N° 8, 27/04/2010), en cuyas circunstancias

¹² Cuya copia informatizada se acompaña en ANEXO al presente trabajo, junto a la DECLARACION DE IMPUTADO del menor de edad, la Audiencia de Oposición al Decreto Fiscal, la Resolución del Juez de Garantías que es revocada por la Excm. Cámara y el Recurso de Apelación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial, representante de las víctimas.

¹³ Si se nos permite la expresión en jerga coloquial.

fácticas similares al hecho referido *ut supra*, los padres de la víctima solicitaron participación en el proceso incoado contra un menor inimputable en el carácter de querellantes particulares en los términos de los arts. 7 y 91 cc. del CPP, y una vez corridos los traslados a los Ministerios Pupilar y Fiscal, solo el último consideró que debía hacerse lugar a lo requerido.

En este sentido, el *a quo* resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 91 del CPP, con fundamento en que el mismo al impedir la constitución del querellante particular en el proceso incoado contra menores, dicha prohibición deviene transgresora de la garantía de acceso a la jurisdicción consagrada por el art. 18 de la CN, 8, apartado 1, de la CADH jerarquizada a la CN -art. 75, inc. 22-, 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y 31 de la CN: “... *En relación a la salvedad que efectúa el art. 91 del CPP respecto a procesos incoados contra menores, corresponde destacar que la misma se encuentra en crisis tanto desde la perspectiva jurisprudencial como doctrinaria...*”

Así, entendieron que la figura del querellante particular se limita a coadyuvar en la investigación con relación a la existencia del hecho delictivo y la participación en él del supuesto autor, razones por la que *-prima facie-* no se vería afectado el interés del menor de autos; y en el caso en particular dicha circunstancia fue confirmada; es decir, no se ha vulnerado el interés superior del Niño consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y en la Ley Nacional N° 26.061, atento a que las medidas tutelares serían resueltas en definitiva por el Juez de Menores, estando negada a dicho sujeto procesal, injerencia alguna en el asunto específico.

En los autos caratulados: “CARPINELLO FRANCO ALBANO Y OTS. - P.S.A. LESIONES GRAVES” (Juzgado de Menores de Séptima Nominación de la ciudad de Córdoba mediante Auto Interlocutorio N° 72, de fecha 03/11/2006), se declaró la inconstitucionalidad del art. 91 del Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Córdoba, en tanto resulta lo que hasta aquí se advierte, y es que el mismo impide la constitución del querellante particular en el proceso incoado contra menores, por violar la garantía de acceso a la jurisdicción consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, 8 apartado 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada a la Constitución Nacional a su mismo nivel, art. 75, inc. 22; 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y 31 de la Constitución Nacional, y admitieron la instancia de constitución de Querellante Particular, lo que en fecha 29 de octubre de 2007, fue confirmado por la Excma. Cámara de Acusación de dicha Provincia, mediante auto N° 220.

Bajo estas pautas, consideramos que no resulta posible armonizar los principios atinentes a la tutela judicial efectiva y el de igualdad de trato con los enunciados contenidos en los artículos 96 a 101 del CPP Ch (antes 89 a 94), por cuanto a la víctima se le estaría vedando su efectivo acceso a la justicia; toda vez que admitir la restricción establecida en la ley procesal, significa una revictimización.

Esto es así, por cuanto el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) veda la discriminación injustificada o irrazonable de trato; no obstante lo cual, dicho principio no

implica que en todos los casos se otorgue un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, en atención a que no toda desigualdad constituye una discriminación digna de ser reprochada. Si esta diferenciación es razonable, es decir, es proporcional entre los medios y los fines, y guarda una relación de funcionalidad e instrumentalidad entre los mismos, estará justificada constitucionalmente.

La Sala Penal del T.S.J. de la Provincia de Córdoba, en la Sentencia N° 76, 8/4/2010 en autos: "GONZÁLEZ, ANTONIO DOMINGO Y OTRO P.SS.AA. DEFRAUDACIÓN - RECURSO DE CASACIÓN-", cuyos votos fueron consignados por Tarditti, Cafure de Battistelli y Blanc G. de Arabel, entendieron, para reconocerle legitimidad subjetiva al querellante particular que la protección del derecho constitucional a la igualdad y no discriminación, se apoya en dos elementos que han de ser objeto de análisis: si la diferencia de trato está dotada de una justificación objetiva y razonable, es decir si posee una justificación legal y constitucional suficiente; y si existe la debida proporcionalidad entre la distinción de trato que se efectúa y los objetivos que con ella se persiguen.

En este mismo sentido, mediante Auto N° 72 del 03/11/06, el Juez de Menores de Séptima Nominación de la de Córdoba, en el Expte. caratulado: "C.F.A Y OTROS - LESIONES GRAVES", declaró la inconstitucionalidad del art. 91 del C.P.P. por cuanto priva la participación como querellante particular del ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios de conformidad a lo previsto por los art. 7 y 91 del C.P.P., entendiendo que dicha exclusión vulnera "*...la garantía de acceso a la jurisdicción consagrada por el art. 18 de la C.N., 8 apartado 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada a la Constitución Nacional a su mismo nivel, art. 75 inc 22; 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba y 31 de la Constitución Nacional ...*"

A través del Auto N° 162, en la Provincia de Córdoba, en fecha 29/07/2008 en la causa: "MEDINA SANDRA MARCELA P.S.A. CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES –RECURSO DE QUEJA-" (EXPTE. "M", 17/08); las víctimas justificaron su legitimación para actuar como partes en el proceso alegando que oportunamente denunciaron el hecho, recurrieron el archivo de la causa y al lograrlo instaron querrela particular en virtud de las previsiones de los arts. 7, fundando dicha petición en el entendimiento que el art. 3 del C.P.P. establece que "*...la limitación o negación de los poderes o facultades otorgados a los sujetos en el proceso debe ser interpretada de manera restrictiva...*"; comenzando a ver luz nuestro estudiado principio pro homine.

CAPITULO IV: LA EFECTIVA TUTELA JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LA INTERVENCIÓN DEL QUERELLANTE PARTICULAR EN EL PROCESO

Señala Ángela Ledesma que el “Debido Proceso” se identifica con la efectividad de los derechos fundamentales que la Constitución Nacional establece como límite al ejercicio de la jurisdicción y que son receptados por las garantías que los principios procesales y los propios procedimientos reglamentan.¹⁴ Se advierte, a todas luces, que no es posible hablar de proceso justo sin el respeto de dichas exigencias.

Tal principio, entiende, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que el Estado, mediante la Judicatura, debe garantizar a cualquier persona -que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades-, cuyo principio requiere el efectivo acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio.

Tal como lo ha dicho la Corte Interamericana, el derecho a la protección judicial efectiva, *“constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”*¹⁵.

En el mismo sentido, indicó que *“las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”*¹⁶.

La protección judicial efectiva, derivada de la cláusula del debido proceso legal, se erige en una de las piedras basales del sistema de protección de derechos, ya que de no existir una adecuada protección judicial de los derechos consagrados en el ámbito interno de los Estados -ya sea en su legislación interna o en los textos internacionales de derechos humanos-, su vigor deviene artificioso.

Cabe destacar que la totalidad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, suscriptos por nuestro Estado, acopian cánones que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, así como al debido proceso legal¹⁷.

Como entiende O’Donnell: *“el individuo no sólo tiene derecho a ser juzgado con el debido respeto de todas las garantías procesales reconocidas por la normativa internacional,*

¹⁴ Consultado en debidoprocesocpo.blogspot.com

¹⁵ Corte I.D.H., Caso Castillo Páez, sentencia del 3 de noviembre de 1977, párr. 82; Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párr. 65

¹⁶ CIDH, OC-8/87, 30 de enero de 1987, párrafo 25.

¹⁷ En el ámbito regional, la CADH, art. 8 y 25; DADDH, art. XVIII; Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. 6; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos -Carta de Banjul-, art. 7; en el ámbito universal, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.

sino a ser juzgado 'con justicia', a tenor de la Declaración Universal"¹⁸, por lo que resulta derivación inexcusable de esta temática acentuar que en el considerando N° 61 del Informe de la Comisión Interamericana en el caso "Narciso Palacios", ésta ha manifestado que: "... Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción."

Asimismo, en el caso "Ximenes López vs. Brasil"¹⁹, ha sido revelador el planteo del Juez Cançado Trindade, cuando en su voto sentó que: "... mi entendimiento en el sentido del amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional, del derecho de acceso a la justicia lato sensu. Tal derecho no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino que comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia."

El juez interamericano continúa formulando su enunciado en los siguientes términos: "Finalmente ... el derecho al Derecho constituye un imperativo del jus cogens: La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana ... conlleva a caracterizar el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del jus cogens la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquier circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al jus cogens), y acarrear obligaciones erga omnes de protección." ²⁰

Continuando con el análisis de la Tutela Judicial Efectiva, como principio o valor, del cual se desprende la innegable participación de la víctima en el Proceso Penal -querellante-, aunque el mismo fuera incoado contra menores; se advierte en los autos caratulados: "BONFIGLI, MARIO ALBERTO Y OTROS P.SS.AA. CONCUSIÓN -RECURSO DE CASACIÓN-" (Expte. "B", 25/06) -Sentencia N° 79, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Córdoba, de fecha 17/05/2007, audiencia pública-, que dicha Judicatura ha logrado una reconstrucción conceptual del concepto de "querellante particular" bajo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que considero trasciende

¹⁸ O'DONNELL, Daniel, Ob. Cit., pág. 166.

¹⁹ Sentencia 04/07/06. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

²⁰ Párrafo 21 del voto por separado, en el caso citado.

relevante a los fines de este trabajo, por resultar la misma sumamente didáctica, cuyas enseñanzas serán abordadas en el presente capítulo.

En dicho resolutorio, los Magistrados han entendido, acerca del método hermenéutico a esgrimir, tal y como se han expedido en su precedente "Boudoux" (S. n° 36, del 7/5/2001), que *"... en materia de interpretación de la ley penal, resulta preponderante el método sistemático, por sobre la télesis gramatical y aislada de la ley en cuestión..."*, considerando que si el Poder Judicial tiene a su cargo la toma racional de decisiones, en el marco de una Constitución republicana, cuya supremacía debe controlar, lo que garantiza el Estado constitucional de derecho, el canon exegético debe orientarse hacia la construcción de un sistema en el cual tienen primacía las normas de carácter constitucional.

Así, dicho Tribunal advierte, en principio, que resulta menester analizar el marco constitucional e infraconstitucional en el que se inserta el referido derecho que se le reconoce a la víctima, entendiendo que la intervención del querellante particular en el proceso penal, se presenta como manifestación del derecho a la jurisdicción y derecho a la tutela judicial efectiva, siendo ambos de raigambre constitucional por imperio de lo prescripto en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, que instituye que los tratados internacionales que en él se mencionan gozan *"... de jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la ley suprema y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...."*

Continúan en dicha Sentencia, expresando que entre tales instrumentos internacionales se encuentra, precisamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica- (CADH), cuyos artículos 8.1 y 25, respectivamente, consagran los mencionados derechos.

La primera de esas disposiciones, prescribe que toda persona tiene derecho *"... a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, ... para la determinación de sus derechos y obligaciones ...de cualquier carácter..."*; y la segunda que: *"1. 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, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"*.

De ese modo, señalan que los organismos internacionales, más precisamente, el documento de Naciones Unidas sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder, entienden que por víctima se debe considerar a las personas que,

individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluso la que prescribe el abuso de poder (Resolución de las Naciones Unidas n° 40/34, del 29 de noviembre de 1985, publicada en *Victimas, Derechos y Justicia*, colección de Derechos Humanos y Justicia, oficina de Derechos Humanos y Justicia de la Provincia de Córdoba, n° 3, p. 7)²¹.

Siguiendo con el análisis traído a colación, advierten que el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, al reglamentar las máximas constitucionales señaladas (CN, 28, 121 y 122), consagra derechos favorables a la víctima en su mero carácter de tal (art. 96 C.P.P.), a la vez que admite la posibilidad de que ella actúe en el proceso penal como acusador privado, interviniendo en rol de querellante particular (arts. 7, 91 y ss. C.P.P.), por cuanto la ley de rito (CPP, 7) determina que el ofendido penalmente por un delito de acción pública, sus herederos forzosos, representantes legales o mandatarios, podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que el Código indica.

Interpretan que de la lectura de la definición dispuesta por el ordenamiento procesal y la contenida en la Resolución de las Naciones Unidas reseñada, surge incuestionable que el legislador prefirió otorgarle legitimación para constituirse en querellantes sólo a la víctima directa o sus familiares en tanto tengan la calidad de herederos forzosos, mientras que las demás víctimas a la que alude el referido documento internacional carecen de la mentada legitimación.

Citan doctrina, señalando que: *“La previsión normativa dispuesta por el Código Procesal impone un examen sobre la naturaleza y características del hecho que constituye el objeto de la imputación, con el fin de establecer si se evidencia la condición del pretensor de ser el “ofendido penalmente”* (FERRER, Carlos, “El querellante particular en el C.P.P. en Córdoba”, en *Pensamiento Penal y Criminológico*, año II, n° 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 58).

En esta reseña, sugieren, recurriendo a la doctrina procesalista, que el ofendido penalmente es *“...quien porta en el contexto concreto el bien jurídico protegido por la norma penal de prohibición o de mandato presuntamente infringida...”* (MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal –II Parte General. Sujetos procesales-*, Editoriales del Puerto, Bs. As., 2003, p. 681. En sentido similar: BALCARCE, Fabián I. “El querellante particular en la legislación procesal cordobesa”, en *En torno al querellante particular*, Advocatus, Córdoba, 2003, p. 96), lo que permite la admisión como querellante particular a quien, frente a la supuesta comisión de una conducta ilícita cuya definición legal no lo erige directamente como titular del bien jurídicamente protegido según la sistematización del Código Penal, ha sido sin embargo

²¹ Ver también en detalle los siguientes instrumentos: También el “*Protocolo de Estambul*”, el “*Protocolo de intervención para el tratamiento de víctimas-testigos en el marco de procesos judiciales*”, las “*100 Reglas de Brasilia*”, los argumentos expuestos en los artículos 68.2 y 69.2 del “*Estatuto de Roma*”. Acordada 1/12 “*Reglas prácticas para asegurar el Debido Proceso*” de la Cámara Federal de Casación Penal

afectado real y directamente en un bien jurídico individual, situación que con bastante frecuencia se da en los delitos de ofensa compleja (FERRER, Carlos, ob. cit., p. 58).

Asimismo, en la recientemente ley nacional “De derechos y garantías de las personas víctimas de delitos” n° 27372²², en su artículo 3°, establece: “a) *Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales;*”

Es más y, a modo de contundencia normativa, entre otros derechos reconocidos por esta reciente normativa -muchos de ellos integraban ya estaban contenidos en el *soft law* antes mencionado-, se encuentra la nueva redacción del artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984):

“Derecho de querrela. Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan.

Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal.

Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte o la desaparición de una persona, podrán ejercer este derecho el cónyuge, el conviviente, los padres, los hijos y los hermanos de la persona muerta o desaparecida; si se tratare de un menor, sus tutores o guardadores, y en el caso de un incapaz, su representante legal.

Si el querellante particular se constituyera a la vez en actor civil, podrá así hacerlo en un solo acto, observando los requisitos para ambos institutos”

Claramente, ni antes ni ahora, el CPPN tenía la limitante que nuestro Código procesal sí contiene. No solo eso, sino que, en esta “nueva” legislación tampoco se instauro tal instituto obturador que venimos a poner en crisis²³.

De todo ello se puede inferir que en razón a dicha premisa constitucional y convencional, el debido proceso legal, la víctima del delito tiene como corolario el efectivo acceso a la justicia, que se traduciría en la práctica en un verdadero derecho a una intervención relevante en el proceso penal, para la satisfacción de sus legítimos intereses jurídicos y, con ellos, los humanos...

²² Ver en detalle en Boletín Oficial <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/166423/20170713>

²³ Sentado lo dicho, no podemos dejar de observar dos cuestiones centrales negativas de *la nueva ley*: 1) Qué esta solamente orientada a un proceso penal donde la víctima que elige estar en él ¿y si eligiese no sostener sus intereses en un procedimiento penal? ¡¿la obligamos?! 2) Los cargos de *Defensor Público de Víctimas* que se crean para la representación y patrocinio de las víctimas son en el ámbito de la Defensoría General de la Nación, cuando por el rol acusatorio que implica ser querellante debiera haberse creado dichos cargo en la órbita del Ministerio Público Fiscal.

CAPITULO V ¿“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” VS. “TUTELA JUDICIAL EFECTIVA”? TENSION ENTRE GARANTÍAS DEL IMPUTADO Y DEL QUERELLANTE PARTICULAR: EL ROL DEL PRINCIPIO PRO HOMINE COMO PAUTA DE HERMENÉUTICA PROCESAL

Repasando las nociones básicas del principio de la tutela judicial efectiva, se puede argüir que es aquel derecho por el cual toda persona, como integrante de una sociedad, puede acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de hacer efectivizar el pleno ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, a través un proceso que le ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización, y comprende tres aspectos: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, b) obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión, y c) que esa sentencia se cumpla.

Nos referiremos, ahora, al Interés Superior del Menor; para luego sí, explayarnos acerca de la pauta hermenéutica que nos permitirá arribar a una solución justa, imparcial, adecuada y equitativa del problema planteado, es decir, al principio Pro Homine.

La Convención de los Derechos del Niño marca un hito fundamental en la historia de la protección de los derechos humanos de los niños, al establecer un cambio de paradigma respecto a la condición jurídica de éstas personas menores de edad, toda vez que deja atrás su concepción como “objeto de protección”, pasando a la de “Sujetos de Derechos”, titulares de los mismos, consagrando el interés superior del niño como un principio garantista del respeto de sus derechos consagrados por la norma.

Así, se ha consolidado jurídicamente la idea del niño como persona y sujeto pleno de derechos humanos, y reafirmado un plus de derechos de especial protección, basado en las individuales particularidades de éste grupo humano, que como lo ha exteriorizado la Corte IDH, “...a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúnen las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos...”²⁴

La CDN al reconocer los derechos fundamentales de la niñez y a éstos como sujetos de derechos, lo hace sobre la base del principio denominado ‘*interés superior del niño*’ (artículo 3º CDN), el cual deberá regir todas las decisiones y medidas que tomen las instituciones, tanto públicas como privadas, en relación a las niñas, niños y adolescentes; de allí la denominación de ‘*principio rector*’.

El ‘*interés superior del niño*’, principio que ha sido objeto de múltiples interpretaciones, dificultando su determinación como principio aplicado para la resolución de conflictos de derechos en los que se hallen involucrados intereses de los niños, niñas y

²⁴ Corte IDH, Opinión consultiva N° 17 Condición Jurídica y Derechos Humanos de Niño, ya cit., del voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

adolescentes. No obstante ello, es opinión mayoritaria de que, aplicar la noción del *interés superior del niño*, debe llevar a adoptar la medida o decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad, es decir la plena satisfacción de sus derechos. Cumpliendo una “...función de hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia-adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño...”²⁵

Así, el interés superior del niño exige que las decisiones que los afecten se tomen con su participación, para lo cual el niño interviene en el proceso como sujeto de derecho; interesado en participar en procesos judiciales que afecten su vida. Ello da cuenta del compromiso que delega en el actuar al Poder Judicial, teniendo como perspectiva los derechos emanados de la CDN y de la nueva legislación en materia de protección integral de derechos.

La Corte IDH se refiere en los párrafos 92 al 98 de la Opinión Consultiva N° 17, al debido proceso y garantías en los procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños, expresando que: “...los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.”

Pero además, ¿cómo debe entenderse/aplicarse el “interés superior de las niñas y niños”?

Conforme fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dictado en “F., C. s/legajo de ejecución penal”, (causa n°

²⁵ CILLERO BRUÑOL M. Función del interés superior del niño...El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño. “JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO” Número 9. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Comité editorial: Mary Beloff / Andrea Benavente / Miguel Cillero / Nicolás Espejo / Francisco Estrada / Susana Falca / Gimol Pinto. 1ª ed. Santiago, Chile, agosto 2007. Pág. 137.

55.611/14, Reg. 204/17), rta. 28/3/2017, por el cual Horacio L. Días, Luis M. García y María Laura Garrigós de Rébori, hicieron lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anularon la sentencia y reenviaron las actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento, según los lineamientos que fijaron²⁶. *“Se entiende entonces que este principio –ISN– constituye una directiva de interpretación en todas las decisiones concernientes a niños, sea que éstas tengan simplemente por objeto fijar el alcance de un derecho o garantía reconocidos a cualquier niño por la CDN, sea que se trate de resolver un conflicto de derechos e intereses que involucran a niños. (...) A este respecto es pertinente evocar la jurisprudencia doméstica que tempranamente ha declarado que “el principio carece de contenido material, que nada se definiría con apelar vaciamente a su amparo, sino que opera como razón de corrección para superar conflictos entre derechos” (cfr. ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa Nro. 6667, “A., A. T. s/rec. de casación”, Reg. Nro. 7749, rta. el 29/8/06, voto de la jueza Berraz de Vidal). Tratándose de un instrumento crítico para decidir un conflicto entre derechos e intereses antagónicos, esta comprensión conduce a dos consecuencias: por un lado, la consideración primordial del interés superior del niño impone identificar de modo suficiente los derechos e intereses involucrados, por otro, la consideración no se reduce a una exposición hermenéutica o dogmática de disposiciones normativas o de principios y reglas, sino que impone una consideración tópica, caso por caso, y con especial atención a las circunstancias presentes en ese caso y a la situación concreta de cada niño cuando se trata de su interés, y no el de los niños en general, cual un colectivo.*

Este reciente fallo, sigue diciendo: *“Al respecto ha declarado el Comité de los Derechos del Niño: “El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.” (confr. OG N° 14, párr. 32).”*

Con total acierto y claridad, se extrae de la resolución judicial que: *“la paradoja, lamentablemente frecuente, de que aparece políticamente correcto abogar por los derechos de los niños, y de que se formulan reiteradas advocaciones a las autoridades estatales para que*

²⁶ Ver fallo completo en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/45537-prision-domiciliaria-madre-tres-hijos-menores-interes-superior-del-nino>

tomen una consideración primordial del interés superior del niño [puesto como invocación de un talismán jurídico] en todas las decisiones que les conciernan a éstos (art. 3 CDN), pero que, cuando llega el momento de discutir sobre la mejor decisión al mejor interés de los niños, quienes abogan y hacen advocaciones fallan en mostrar en cada caso concreto, que es lo más adecuado al mejor interés del niño en el caso concreto.”

A partir del precario examen efectuado del Principio de la Tutela Judicial Efectiva - capítulo anterior- y del recientemente expuesto Principio Interés Superior del Niño, se advierte a todas luces que ambos se hallan en pie de igualdad jerárquica constitucional²⁷; por lo que habrá que traer a colación el Principio Pro Persona que, nos señalará el modo de armonizar ambos principios correspondientes al plexo de los derechos humanos.

¿Y por qué invitar a este principio *pro persona*? Pues bien, porque es un principio de favorabilidad que obliga al intérprete de la norma a preferir siempre la opción normativa, jurídica y fácticamente posible que más proteja a la persona. Es un principio general pues, en contraste con otros criterios específicos de favorabilidad –como el principio *in dubio pro reo*–, el *pro persona* se proyecta en todos los derechos humanos. En su vertiente normativa, opera como un criterio de solución de antinomias en virtud del cual se deberá aplicar al caso la norma más favorable para la persona, sin importar cuál sea su jerarquía o naturaleza (nacional o internacional).

El principio *pro persona* fue definido por primera vez por el juez Rodolfo E. Piza Escalante, en uno de sus votos adjuntos a una decisión de la Corte IDH. En dicha ocasión, el Magistrado interamericano afirmó que el principio *pro persona* es Un criterio fundamental que “ (...) impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio *pro persona*] (...) conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción...”²⁸

²⁷ Peyrano, al plantearse el interrogante de ¿cuál es el rango jurídico de la tutela judicial efectiva?, concluye que ésta no posee recepción expresa en el texto constitucional nacional argentino, aunque se piensa que el tenor del artículo 43 C.N. permite considerarlo entre los derechos y garantías no enumeradas. Sin embargo, hay cierta coincidencia al sostener que dicho derecho fundamental disfruta de rango constitucional por imperio del artículo 75, inc. 22, CN que entre los tratados con jerarquía constitucional enumera a la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 14), cuyos textos si bien no usan la locución denominada “tutela judicial efectiva” utilizan términos que inequívocamente conducen a pensar que la intención es incorporarla a su ideario” en PEYRANO J. W. IMPORTANCIA DE LA CONSOLIDACIÓN DEL CONCEPTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ÁMBITO DEL JUICIO CIVIL Y ANÁLISIS DE SU CONTENIDO. Disponible en: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Ros_5.pdf

²⁸ “Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante”, en Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36 (las cursivas son de la autora). Si bien ésta constituye lo que podríamos considerar como la primera definición integral del principio *pro persona*, el juez Piza Escalante ya había comenzado a abordar el tema desde su voto particular en la Opinión Consultiva oc-5/85. En aquella ocasión afirmó que “si la Convención prohíbe [las] restricciones indirectas [al derecho a la libertad de expresión], no es posible entender que permita las directas. Por lo demás, el hecho de que [una] prohibición

Ya un año antes, dicho Juez se había referido al principio en cuestión, en la O.C. 5/85, señalando que: “... a la misma conclusión se llega si se recuerda que el artículo 13.3 prohíbe todo tipo de restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.” En efecto, si la Convención prohíbe tales restricciones indirectas, no es posible entender que permita las directas. Por lo demás, el hecho de que esa prohibición expresa solamente se refiera a la comunicación o circulación de ideas u opiniones, no puede interpretarse como que sí permite restricciones a la libertad de información, en el sentido de la búsqueda y difusión de noticias sin contenido ideológico, porque esta libertad implica también la comunicación y, sobre todo, la circulación de ideas u opiniones ajenas, al lado de las simples noticias, que serían las únicas no incluidas expresamente en la prohibición. De todos modos éstas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas en ellas en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine), y del criterio universal de hermenéutica de que “donde hay la misma razón hay la misma disposición,” en oportunidad de expedirse acerca de la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), que fuera solicitada por el gobierno de Costa Rica.

Con semejante criterio, el Máximo Tribunal Americano abordó la otra cara del principio: la interpretación restrictiva de las limitaciones impuestas a los derechos, por cuanto si bien los derechos humanos no son absolutos, sus limitaciones deben estar justificadas, debiendo las mismas ser legítimas, razonables y proporcionales.

En esa ocasión, al analizar particularmente el derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH instruyó a Costa Rica indicando que en el proceso de la creación de leyes internas, se sujetarán a los estándares internacionales más protectores, aun si éstos no están contenidos en todos los tratados de los cuales el Estado es parte, debiendo ser mencionado como *pro persona*.²⁹

expresa solamente se refiera a la comunicación o circulación de ideas u opiniones, no puede interpretarse como que sí permite restricciones a la libertad de información, en el sentido de la búsqueda y difusión de noticias sin contenido ideológico, porque esta libertad implica también la comunicación y, sobre todo, la circulación de ideas u opiniones ajenas, al lado de las simples noticias, que serían las únicas no incluidas expresamente en la prohibición. De todos modos éstas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas en ellas en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine), y del criterio universal de hermenéutica de que ‘donde hay la misma razón hay la misma disposición’”. Véase “Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante”, en Corte idh, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párr. 12 (las cursivas son de la autora).

²⁹ Y no pro-homine, como también es denominado. Es oportuno recordar que fue precisamente en el marco de la Opinión Consultiva 5/85 en que el juez Rodolfo Piza Escalante articuló lo que parece ser la primera definición del principio *pro persona*, antes conocido como principio pro homine. En continuidad con esta línea de pensamiento, el juez Piza Escalante volvió a pronunciarse respecto del entonces principio pro hominem un año después, en el marco de la Opinión Consultiva 7/86. En ese el juez Piza afirmó que “el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental –principio pro homine del derecho de los derechos humanos–, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está

Preexiste una pauta interpretativa que germina como pilar de los derechos humanos, pauta que resulta apreciable al momento de la coexistencia de normas que en algún punto son opuestas, o bien, cuando las mismas amparan derechos que se hallan enfrentados entre sí. Bajo estas circunstancias es que el principio *pro-persona* viene a traer soluciones pragmáticas y reviste particular trascendencia como tópico de la razón práctica. A la luz del criterio pro-homine, “...debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria...”³⁰

Esta pauta, cuya denominación preferimos sea *principio pro persona*³¹ -por tener perspectiva de género-, tiene como estrategia, enseña la Dra. Mónica Pinto, acudir a la norma más protectora y a preferir la interpretación de mayor alcance al momento de reconocer o garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; y por el contrario, aunque de modo complementario, emplear la norma o interpretación más restringida a la hora de establecer limitaciones o restricciones a su ejercicio.

He aquí la razón elemental por la cual es a la luz del principio *Pro Persona* que deben adjetivarse las normas vigentes, toda vez que éste *es inherente a la faz radical del derecho de los derechos humanos, que implica estar siempre a favor de la persona.*

También denominado principio de favorabilidad, establece que en los eventos en que coexisten varias normas aplicables, unas más beneficiosas que otras al procesado, se aplicará a éste las primeras. El principio constitucional y legal de la favorabilidad, se aplica no solamente a la ley sustantiva sino también a la adjetiva, siempre y cuando la misma sea permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, prefiriendo a la restrictiva o desfavorable, inclusive para quien esté cumpliendo la sanción.³²

Los Tribunales deben, por tanto, asirse de esta pauta hermenéutica, que indicará en todo tiempo el sendero a seguir en materia interpretativa. Resulta oportuno tener presente que esta nueva jerarquía constitucional importa una “...*igualdad material de las normas constitucionales propiamente dichas con las de los instrumentos de que se trata ... y obliga a*

definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas condiciones que establezca la ley’, es un derecho exigible per se”. Véase “Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante”, en Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

³⁰ PINTO, Mónica: “Temas de Derechos Humanos” 1997, Editores Del Puerto, pág. 81.

³¹ En igual sentido, al respecto de la utilización del término véase SALVIOLI, FABIÁN: “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos, Argentina, Ediar, 2003, pág. 143.

³² Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de Casación Penal, mediante Sentencia de octubre 10 de 2002, con Ponencia del doctor YESID RAMÍREZ BASTIDAS, Expediente 17815.

*los juzgadores a no omitir los instrumentos mencionados como fuente de sus decisiones...*³³, razón por la cual en el ámbito interno pueden consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor que el establecido en las normas internacionales.

En este orden de ideas, el Principio *Pro Persona* determina por un lado cuál es la orientación protectoria en cada caso concreto, -ésta es la que corresponde conferir a la elucidación en favor del más débil-, y por otro, indica con certeza al respecto de sus propios límites. Es decir, señala de qué modo debe dirimirse una medida judicial entre diversas soluciones posibles, debiendo optar por la más beneficiosa a los derechos del individuo.

Motivo por el cual, cualquier apartamiento jurisdiccional de estos esquemas atañe una evidente enunciación violatoria del Derecho Constitucional e Internacional, toda vez que el incumplimiento a las normas contenidas en un Tratado genera, no ya exclusivamente responsabilidad hacia afuera, no pudiendo el Estado evadir dicha responsabilidad excusándose en una norma de carácter interno³⁴, sino también hacia adentro: es decir, que a partir del establecimiento como materia autónoma, la disciplina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos forja una responsabilidad por parte del Estado hacia el titular de los derechos subjetivos por él vulnerados, es decir, hacia los individuos.

Luis M. García señala que el principio constituye, por una parte, un criterio de interpretación y por otra, una norma de reenvío. Como criterio de interpretación, el autor recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado expresamente el principio *pro homine* como “*principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones*” (Corte IDH, O.C. 5/85)³⁵.

Como norma de reenvío, el principio *pro homine* indica al intérprete, frente a la concurrencia de normas de distinto origen, cuál de todas las normas debe elegir para la decisión del caso. Se trata de una norma positiva que reenvía a otras normas. La decisión concreta dependerá, en todos los casos, de un ejercicio de aplicación hipotética, que permita, a la vista del caso a decidir, determinar cuál sería la solución del caso según se aplicase una u otra norma concurrente, y, una vez definido el resultado hipotético de su aplicación, se deberá elegir la norma que sea más favorable a la persona.

³³ Aunque la igualdad predicada no sería tal, según uno de los constituyentes, toda vez que por imperio del art. 27, la Constitución permitiría ignorar la letra de los Tratados en caso de conflicto. Conforme HITTERS, JUAN CARLOS “Jerarquía de los Tratados sobre Derechos Humanos: fundamentos de la reforma de 1994” en ED, 31/10/1994: “*Ello significa que en caso de una eventual contraposición con la Carta Suprema primará en principio ésta, teniendo en cuenta como lo adelantamos que su artículo 27 permanece enhiesto*”.

³⁴ Art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El derecho interno y la observancia de los tratados. “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*”.

³⁵ V. Luis M. García “El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”

Bajo estos lineamientos, traemos como *tentempié* lo dispuesto al respecto por nuestro máximo Tribunal, que entendió que los Instrumentos Internacionales deben ser aplicados conforme la cláusula constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”, esto es conforme es concebido por la jurisprudencia internacional; en el sentido que la misma debe servir de guía o pauta interpretativa³⁶ al momento de aplicar un Tratado, Pacto, Convención o Declaración a una situación fáctica concreta.

Siguiendo este pensamiento, es sabido que el alcance de este principio se halla plasmado normativamente, -art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos-³⁷, con lo cual, deviene de aplicación obligatoria para nuestro país, toda vez que desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en consonancia con lo dispuesto por el art. 1º -inc. 1º- del Pacto de San José de Costa Rica, el Estado Argentino se ha posicionado como garante de las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a la Comunidad Internacional. Ello sumado a principios generales del Derecho Internacional (*Pacta Sunt Servanda* -arts. 26 y 27 de la Convención de Viena- y Principio de Buena Fe), lo constriñen a llevar adelante el desarrollo progresivo de las garantías ya conquistadas. En este sentido, corre una suerte de máxima organizativa de fuentes constitucionales e infraconstitucionales, alterando por ello el criterio de jerarquía de fuentes hasta 1994 vigente.

Máxime con la reciente jurisprudencia, cuando quedó definitivamente superada en la causa "Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo". La Corte Suprema, dando un paso adelante, extendió *las condiciones de su vigencia* a informes, observaciones y sentencias de diferentes organismos de aplicación de los Instrumentos Internacionales de derechos humanos, reconociendo expresamente la legitimidad interpretativa más allá de la Corte Interamericana y de aquéllos supuestos en los que el Estado argentino estuviera directamente involucrado. Trayendo a cuento las palabras del Alto Tribunal, dijo (...)
corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (...)"

Igualmente, en el año 2013, nuestro Mayor Tribunal, en el caso “Carranza Latrubesse”, sostuvo que debe conferirse valor vinculante no solo a las Sentencias de la Corte, sino también a las Recomendaciones de la Comisión IDH, toda vez que el trámite ante ese

³⁶ Caso Giroldi – Caso Fellicetti CSJN

³⁷ Artículo 29 CADH. Normas de Interpretación “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*”

organismo interamericano –si bien rodeado de las garantías atinentes al debido proceso- entraña un “desequilibrio procesal” entre el peticionario y el Estado, en tanto este último, en caso de discrepancia con el informe preliminar del artículo 50 emitido por la Comisión, tiene la “alternativa procesal” de someter el caso a la Corte Interamericana, mientras que para el peticionario la decisión de la Comisión sobre la no violación de las normas convencionales en un caso determinado, “...*da lugar, directamente, a una decisión tan definitiva como obligatoria, dado que carece absolutamente de jus standi para someter el litigio ante la Corte IDH ...*”³⁸

Criterio puesto en crisis en el reciente precedente “Fontevicchia”³⁹ que, contraria lo sentado por la anterior composición de la CSJN en “Mohamed”⁴⁰. Pero, al decir de Roberto Gargarella: “*la Corte argentina -es mi convicción- sigue creyendo en el peso y el carácter obligatorio de las decisiones del tribunal interamericano, por buenas y malas razones. En su decisión, el tribunal quiso dejar a salvo su propio poder, frente a las decisiones del tribunal internacional, y de ningún modo vaciar de autoridad a la Corte Interamericana (por tanto, tampoco es esperable que se involucre en una estrategia futura de “choque de trenes” con la Corte IDH)*”⁴¹.

De este modo, se advierte que este principio rector se halla materializado formal, legal y ahora pretorianamente, y atento a que no resulta apropiado a los fines de una interpretación del sistema de los derechos fundamentales el planteamiento positivista, “...*cifrado en una actitud mecánica basada en conclusiones silogísticas, sino que se hace necesaria una mayor*

³⁸ En tal progresividad de la tendencia “aperturista” al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) de la antigua composición de la Corte Suprema de Justicia, podemos situar también: Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 18/11/2003. Considerando N° 6. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros. Causa N° 17.768C. 14/07/2005. Considerando N° 17. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, 13 de Diciembre de 2007, considerando 21 del voto de la mayoría. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación. C.s. V.2.8.1. XVL (31/8/2010). Considerando N° 8. Rodríguez Pereyra C/ Ejército Nacional. Sentencia del 27 de noviembre de 2012. Considerando 12 del voto mayoritario.

³⁹ Ver en detalle el fallo en: <http://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

⁴⁰ En la última sentencia de la saga aperturista -Mohamed, 2015-, la antigua composición de la CSJN dice que: “...a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art.75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ella, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional”

⁴¹ Ver en detalle la opinión del autor en “La Corte Suprema y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana” en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2017/02/la-corte-suprema-y-los-alcances-de-las.html>. En disidencia Román De Antoni en “¿Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentarios al fallo “Fontevicchia” de la CSJN sobre el valor de las decisiones del Tribunal ubicado en Costa Rica”, consultado en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44869-corte-suprema-vs-corte-interamericana>.

*participación del intérprete en la elaboración y desarrollo de su estatus...*⁴², este principio debe ser proclamado permanentemente como lucero jurídico.

Ya queda atrás la añeja discusión al respecto si éste puede ser un azaroso criterio de interpretación, toda vez que al sobrevenir normas de derechos humanos en todos los niveles del orden jurídico del Estado -hasta en leyes que no tienen tal denominación, y que sin embargo consagran o reconocen de manera directa o indirecta derechos, libertades y garantías fundamentales-,⁴³ el mismo se instituye como auténtica garantía de interpretación constitucional,⁴⁴ que asegura en todos los niveles la observancia y la vigencia de los derechos humanos, permitiendo que desde la cúspide se empape el resto del ordenamiento, precisamente para que estas normas pueden permear logrando que se asegure el goce de los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico.⁴⁵

Para Néstor Pedro Sagüés, el principio *pro persona* tiene una doble vertiente o dimensiones específicas. En primer lugar, se destaca la dimensión del principio como preferencia interpretativa, según la cual, al determinar el contenido de los derechos, se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice; y cuando se trate de entender una limitación a un derecho, se deberá optar por la interpretación que más restrinja su alcance.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando a partir de este principio, la Judicatura debe decidir acerca de la aplicación de garantías de igual rango constitucional?, ¿cuál es la función hermenéutica de la judicatura frente a este principio convencional? Ello implica, entre otras cuestiones, el replanteamiento de estructuras y categorías de pensamiento utilizadas tradicionalmente por las y los magistrados, además del desarrollo de una profunda reflexión sobre el papel de la impartición de justicia en un Estado democrático y constitucional de derecho.

La discrecionalidad de los jueces es una de las cuestiones que resultan más acuciantes de la filosofía del derecho, por cuanto se cuestiona al respecto de cómo los jueces deben llevar a cabo sus funciones, y específicamente al respecto de la discreción, -ya sea de hecho o de derecho-, de que gozan para resolver casos que no están inequívocamente solucionados por el orden jurídico.

⁴² PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 285.)

⁴³ Para un ejemplo claro de normas que contienen derechos fundamentales aunque su denominación no lo indique, véase Corte IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, OC-16/99 del 01/10/99, serie A, núm. 16, párrafos 122-124, 137.

⁴⁴ Implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. En este mismo sentido y analizando a Ernst Forsthoff, véase PÉREZ LUÑO, ANTONIO, *op. cit.*, nota 3, pp. 284-286 y 315-316.

⁴⁵ Los derechos fundamentales representan una de las decisiones básicas del Constituyente por medio de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica.

Carlos Nino⁴⁶ entendió que: *“Los jueces tienen indefectiblemente, un ámbito considerable de discreción para cumplir con su responsabilidad de resolver casos sin el control de normas jurídicas generales. Parte de esta discreción es una discreción ‘de derecho’, es decir ella es otorgada por las reglas del sistema... Pero buena parte de la discreción judicial es una discreción ‘de hecho’ que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas e inconsistencias del sistema jurídico.”* Como afirma Frondizi:⁴⁷ *“...no hay verdadera justicia sin el filtro quizá incierto, subjetivo y azaroso, pero siempre humanos de la conciencia personal de un juez. De un buen juez. ...”*

Por tanto, como resultado de este capítulo, habiendo reseñado lo que entiende la más moderna doctrina al respecto del principio *pro persona* y cómo debe ser aplicado, considero que resulta relevante que las y los Magistradas/os logren conjugar principios y valores democráticos en el caso, a los fines de dirimir conflictos de equidad jerárquica para su eventual aplicación, como así también supongo ineludible que sitúen la mirada en la realidad, -ya no tanto en la abstracción normativa-; puesto que trasciende fundamental adecuar las normas y principios en función de las circunstancias y no viceversa.

Entonces, como corolario del presente capítulo, desde las contribuciones doctrinarias a la cuestión en estudio, siguiendo a Félix Martínez, cabe destacar que no se advierte el fundamento que ha tenido el legislador para impedir la constitución de la víctima en el proceso contra de menores.

La interpretación de las normas debe ampararse en su peso sustantivo, no en criterios formalistas que pongan en peligro el ejercicio efectivo de éstos. En ese contexto, nos ubicaríamos en un debate que parece identificar a los derechos humanos como normas-principios, tal como han sido definidos por autores como Robert Alexy. En su propuesta teórica, éste afirma que los principios, entre los que se pueden incluir a casi todas las disposiciones constitucionales e internacionales de derechos humanos, *“son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”*.

Resulta lógico inferir que, si durante el transcurso de la interpretación de las normas de derechos humanos se toma en cuenta y se aplica coherentemente la disposición más favorable a la persona, *“...no sólo se estaría haciendo una interpretación integral del sistema jurídico vigente, sino además, se estaría actuando como un juez justo y racional, como un juez de la Constitución, respetuoso de los derechos humanos y las libertades fundamentales...”*.⁴⁸

Es decir, que a partir del principio *pro persona*, podemos afirmar la *no aplicabilidad* de la limitante contenida en el artículo 96 (antes 89) del CPP del Chaco, por la sola invocación

46 NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Pág. 432/436, Ed. Astrea, 2003.-

47 FRONDISI, Julio, ob. cit, p.149.

48 MELÉNDEZ, Florentin, op. cit., nota 1, p. 118.

en abstracto de que esté involucrado un menor de edad, para la constitución en querellante particular en el proceso penal chaqueño, atento a que "*... privar a la víctima, por sí o a través de sus representantes, a intervenir como querellante particular en un proceso tramitado en contra de menores imputables no es otra cosa que privarla del acceso a la jurisdicción, consagrado implícitamente en el art. 18 de la C.N., en consonancia con lo que disponen los art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...*"⁴⁹.

En este acápite, no podemos dejar de traer a análisis que el Estado chaqueño tiene compromisos internacionales *específicos* en materia de acceso a la justicia y; consecuentemente a una investigación pronta, independiente y eficaz. Por caso, así el Informe N° 91/03 Petición 11.804, "Solución Amistosa Juan Ángel Greco, Argentina" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Gobierno de la Provincia del Chaco, en el marco de sus competencias se comprometió a "(...) continuar impulsando medidas legislativas y administrativas para una mejor protección de los Derechos Humanos"⁵⁰.

En ese mismo orden de ideas, la "Comunicación 1610/07 LNP c/ Estado Argentino" del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU), se solicita al Estado argentino y chaqueño "(...) garantizar que el caso no se vuelve a repetir, reconociendo los avances del gobierno del Chaco en ese sentido (...) que el Estado tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, en particular, asegurando el acceso de las víctimas de agresiones, a los tribunales en condiciones de igualdad..."⁵¹.

⁴⁹ Excma. Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba en Autos C, F.A y otros p.ss.a.a. Lesiones Leves (A I. N° 220- 29/10/07.

⁵⁰ Ver en detalle en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Argentina.11804.htm>

⁵¹ Ver en detalle en <https://insgenar.wordpress.com/litigio-estrategico-2/litigio-estrategico/caso-lnp/>

CONCLUSIONES

Las actuales exigencias, conforme las nuevas disposiciones constitucionales, imponen a los jueces la aplicación de la ley positiva clásica bajo el espectro de los principios específicos de los derechos humanos, desde la jerarquización de instrumentos internacionales a nuestra Constitución Nacional, que debe aplicarse “... *lealmente, pues si se la viola o sortea con finalidades en apariencia plausibles, pero de fondo espurio, no sólo se pisotea el Estado de Derecho, sino que se sientan las bases para más graves rupturas del orden jurídico*”⁵², como así también la obligación de la judicatura de acatar las directivas emanadas de la Corte Interamericana.

Esas directivas deben ser cumplidas y construidas a la luz del Estado de Derecho -en oposición al patrón decimonónico tardío regente aún en algunas prácticas habituales-, con el objeto de consumir acabadamente la voluntad constituyente de afianzar la justicia.

El principio *Pro Persona* resulta instrumento obligatorio y trascendental para quienes están encargados de dirimir conflictos legales. Sin embargo, y conforme lo expresado por la Corte Interamericana a partir de “Almonacid Arellano”, y recientemente en “Gelman vs. Uruguay”, puede ser empleado por todos los operadores jurídicos, y hasta por cualquier organismo del Estado. Conforme a ello, entiendo que éste debería ser observado ya no sólo por el Poder Judicial, sino también por el Poder Legislativo (instaurando normas expansivas y evitando las limitantes de la protección y vigencia de los derechos humanos) y el Poder Ejecutivo (organizando e implementando políticas públicas no regresivas, sino mas bien, garantes de estos derechos).

La aplicación de este Principio debe ser el punto de partida y de llegada para una adecuada interpretación de los derechos fundamentales refugiados en la Constitución Nacional, puesto que el mismo opera con rango constitucional, en razón de su ubicación estratégica en el vértice del ordenamiento jurídico; con lo cual, el Estado Argentino, como garante de las libertades fundamentales de sus habitantes, mediante la incorporación práctica logrará asimilarlo de manera integral, habilidad que hundirá sus raíces simultáneamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Constitucional, que contribuirá a fortalecer los procesos de transformación de la cultura jurídica del país y sienta las bases de métodos de aplicación práctica del derecho a partir de nuevos esquemas y metodologías acordes con el enfoque de derechos humanos.

Es que, la evolución hacia un *neoconstitucionalismo* debe incorporar a las prácticas de todos los actos estatales el estándar de los derechos internacionales de los derechos humanos

52FRONDIZI, Julio Román, ob. Cit., p. 80 y FRONDIZI, Arturo, La ley debe servir a los fines de la libertad, en Mensajes Presidenciales, Bs. As., C.E.N., 1978, t. I, pág. 68.

para su validez y legitimidad, práctica que traerá discusiones y desequilibrios si pretendemos abordarla con las viejas concepciones jurídicas (Figuroa, A., 2013:26)⁵³.

Ahora bien, bajo estas pautas, no se desconoce que el trámite referido a menores transita por reglas especiales, cuyo objeto es la formación de éstos mediante su protección integral, y que es el interés superior del menor el que deberá ser atendido, como así tampoco se olvida el trato reservado que tienen las actuaciones referidas a él; no obstante lo cual, cabe destacar que ninguno de los derechos relativos a los menores y consagrados por la Convención de los Derechos del Niño se contraponen o resulta incompatible con los derechos que posee la víctima, toda vez que “... *La primera y principal garantía que se puede relacionar con la víctima es la del debido proceso... Puede decirse que el ‘debido proceso’ ‘es una garantía que importa la protección o tutela que el Estado brinda para que el ciudadano pueda acceder al proceso y para que este, a su vez, se realice en forma regular y normal, respetando en ambos casos condiciones básicas de justicia’*”.⁵⁴

Éste principio influye de manera trascendental en las decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción; por lo tanto, la revisión de esas decisiones se debe realizar de manera exhaustiva; es decir que, además de controlar que no se trate de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o la consecuencia de un error manifiesto; éste control debe realizarse a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, -que deriva del pro homine-, entendiendo como la prohibición de aquellas decisiones de rechazo que por su rigorismo, formalismo excesivo o por cualquier otra razón, resulten desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que se sacrifican.

En este sentido, consideramos la pertinencia de proponer una reforma de la norma que impide a la víctima, en el proceso de menores, constituirse como querellante particular; o al menos la conveniencia de la creación de una ley, que regule tal participación, con limitaciones para que esa intervención no perjudique de ninguna forma el interés supremo del menor, de conformidad a lo señalado por Félix Martínez,⁵⁵ criterio mediante el cual el Estado deberá instrumentar las adecuaciones pertinentes, a los fines de evitar que mediante la discreción judicial se restrinjan garantías fundamentales.

Esta es nuestra postura, atento a considerar que dicha norma deviene inconstitucional, por ser contraria a derechos de raigambre constitucional que se le reconocen a la víctima del delito, tales como el art. N° 8.1 C.A.D.H; art. 16, art. 18, art. 31, arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, todo por lo cual se debe admitir la instancia de constitución de Querellante Particular, a los fines de evitar desgaste jurisdiccional que obstaculiza el principio

⁵³ DAVID, P. R.,...[et.al.] (2013). Nuevos paradigmas en el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en Argentina en *Balance y perspectivas de los veinte años de la Cámara Federal de Casación Penal*, pp. 21-58. Buenos Aires, Infojus.

⁵⁴ BERTOLINO, Pedro, ‘Marco constitucional del debido proceso’, ED, p. 855

⁵⁵ Félix A. Martínez. “Derecho de menores”, *Algunas cuestiones procesales y constitucionales*”, Ed. Mediterránea, pág. 102.

de celeridad y economía procesal; ya que el acceso a la tutela judicial efectiva debe ser predicado también respecto a la víctima de delito, por cuanto la misma constituye una garantía primaria básica del Estado Democrático de Derecho; herramienta primordial para alcanzar sentencias que armonicen los principios que reconocen la nueva mirada, a través de la perspectiva de proceso justo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco, “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, Bogotá, junio de 2005, pp. 337-380.
- BELDA PALOMAR, ARIEL OMAR “Introducción a la figura del querellante en el proceso penal” Disponible en <http://www.infojus.gob.ar/ariel-omar-belda-palomar-introduccion-figura-querellante-proceso-penal-dacfl30311-2013-11-04/123456789-0abc-defg1130-31fcanirtcod>
- BERTOLINO, Pedro, ‘Marco constitucional del debido proceso’, ED, p. 855
- BIDART CAMPOS, GERMÁN: “La interpretación del sistema de derechos humanos”, Argentina, Ediar, 1995, pp. 362-369.
- CABALLERO OCHOA, JOSÉ LUIS, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel, y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam (serie Doctrina Jurídica, núm. 609), 2011, pp. 103-133, disponible en , página consultada el 16 de abril de 2013.
- CAFFERATA NORES J. I: “El proceso penal según el sistema constitucional”, en “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”, Ed. Del Puerto, 2da. Ed. Actualizada, 1998.
- CAFFERATA NORES JOSÉ I : “¿Se terminó el “monopolio” del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal”, nota a fallo CSJN en “Santillán, Francisco A.”, 13/8/98, LL, 1998-E, p.329 y ss.
- CARPIO MARCOS, EDGAR, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004.
- CARRÍO, ALEJANDRO D.: “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Ed. Hammurabi, actualizada
- CARTA IBEROAMERICANA DE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Aprobada en la CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA Argentina- Abril, 2012.
- CASTILLA, KARLOS, “El principio pro persona en la administración de justicia”, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, enero-junio de 2009.
- CILLERO BRUÑOL M. *Función del interés superior del niño. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño.* “JUSTICIA Y

- DAVID, P. R.,...[et.al.] (2013). Nuevos paradigmas en el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad en Argentina en Balance y perspectivas de los veinte años de la Cámara Federal de Casación Penal, pp. 21-58. Buenos Aires, Infojus.
- DERECHOS DEL NIÑO” Número 9. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Comité editorial: Mary Beloff / Andrea Benavente / Miguel Cillero / Nicolás Espejo / Francisco Estrada / Susana Falca / Gimol Pinto. 1ª ed. Santiago, Chile, agosto 2007. Pág. 137.
- debidoprocesocpo.blogspot.com
- ESER A., MAIER JULIO B. J. y otros: “De los delitos y de las víctimas”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1992.
- FERRAJOLI, LUIGI, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en Ferrajoli, Luigi, et al., La teoría del derecho en el paradigma constitucional, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 25-70.
- FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma”, en Carbonell, Miguel, y Pedro Salazar (coords.), La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam (serie Doctrina Jurídica, núm. 609), 2011, pp. 339-429.
- GARCÍA, LUIS M. “El derecho internacional de los derechos humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”
- HENDERSON, HUMBERTO, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, en Revista iidh, vol. 39, San José de Costa Rica, enero-junio de 2004, pp. 71-99, disponible en , página consultada el 16 de abril de 2013.
- HITTERS, JUAN CARLOS: “Jerarquía de los Tratados sobre Derechos Humanos: fundamentos de la reforma de 1994”, ED, 31/10/1994.
- LEO ROBERTO Y MIGUEL A. ASTURIAS: “La actuación del querellante y el derecho a la tutela judicial efectiva”, DJ N° 19, 9/5/07, p. 77
- MAIZA, MARÍA CECILIA: “Garantías constitucionales y nulidades procesales” (estudio jurisprudencial), en “Garantías constitucionales y nulidades procesales – Revista de Derecho Penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, T.2001-1, p.503 - año 2001, y T.2001-2, p.451, año 2002.
- MELENDEZ, FLORENTIN: “Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia” Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Ed. Universidad del Rosario, 2012.

- NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Pág. 432/436, Ed. Astrea, 2003.-
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E: “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, 5a. ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1998.
- PEYRANO J. W. IMPORTANCIA DE LA CONSOLIDACIÓN DEL CONCEPTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ÁMBITO DEL JUICIO CIVIL Y ANÁLISIS DE SU CONTENIDO. Disponible en: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Ros_5.pdf
- PINTO, MÓNICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín, y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.
- PINTO, MÓNICA: “Temas de derechos humanos”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- RÍOS RAMÓN T.: “Especialidad del Derecho de Menores”, LL, 20/9/95
- RÍOS, RAMÓN T.: “Acción y reacción en el proceso penal” (ponencia del XV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Rosario, Mayo 2001), en “Teoría Unitaria del Proceso”, Ed.Juris.
- SABSAY, DANIEL A. (DIRECCIÓN) - MANILI, PABLO A. (COORDINACIÓN): Constitución de la Nación Argentina comentada” Ed. Hammurabi, Tomo III, 2010.
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en Palomino, José, y José Carlos Remotti (coords.), Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos), Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.
- SALVIOLI, FABIÁN, “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos”, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- SOLIMINE, MARCELO: “El derecho fundamental del ciudadano a querellar y su facultad recursiva, derivaciones de los estándares fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las garantías de “tutela judicial efectiva” y “doble instancia””, LL, 8/2/05, T° 2005-A