



CASO 11.618, Oscar Alberto MOHAMED vs. Argentina

**ALEGATO ESCRITO DE LOS
REPRESENTANTES DE LA PRESUNTA VÍCTIMA**

Honorable

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Gustavo L. Vitale, Defensor Público Interamericano por Argentina, y Marcelo Torres Bóveda, Defensor Público Interamericano por Paraguay, actuando como representantes de la presunta víctima, el señor Oscar Alberto Mohamed, en la causa de referencia, nos presentamos y decimos:

I. PRESENTACIÓN DEL CASO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. La Comisión IDH presentó a la Corte IDH el caso Mohamed vs. Argentina (en el Informe N° 173/10, Caso 11.618, Informe de fondo del artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Argentina, 2 de noviembre de 2010 y escrito de presentación del caso del 13 de abril de 2011).

El caso es el siguiente: el 16 de marzo de 1992, en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, Oscar Mohamed –entonces conductor de un autobús– atropelló a una peatona que pretendía cruzar una avenida en la intersección de las calles Av. Belgrano y calle Piedras, quien falleció a raíz de las lesiones sufridas.

2. Por este hecho, el señor Mohamed fue juzgado, en primera instancia,



por homicidio culposo. Como consecuencia de tal juzgamiento, 30 de agosto de 1.994 se dictó a su favor una sentencia *absolutoria*.

3. A raíz de las impugnaciones interpuestas por la parte acusadora, el 22 de febrero de 1.995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la sentencia absolutoria de primera instancia y, en consecuencia, *condenó* al señor Mohamed a la pena de tres años de cárcel (cuya ejecución se dejó en suspenso) y a ocho años de inhabilitación especial y efectiva para conducir cualquier clase de automotor.

4. Contra esa primera condena (dictada en segunda instancia) la defensa de Mohamed presentó el único recurso disponible (*un recurso extraordinario federal*) ante la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a fin de que ésta lo conceda formalmente y eleve el expediente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que este último tribunal trate el fondo del reclamo.

En tal recurso alegó la defensa de la víctima que esa condena en segunda instancia violaba el *principio de legalidad penal*, por sostener que Mohamed causó la muerte de una persona –en forma culposa; no intencional– como consecuencia de haber transgredido deberes de cuidado contenidos en un *reglamento de tránsito que no estaba vigente a la fecha del hecho*. Al mismo tiempo, sostuvo que esa sentencia transgredía las garantías judiciales.

5. El 4 de julio de 1995, la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional *rechazó el recurso extraordinario* interpuesto por esa defensa.



6. Al rechazar tal recurso, la citada Sala Primera de la Cámara de Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en lugar de limitarse a resolver sobre la concesión o denegatoria *formal* del reclamo (que era lo que correspondía), *procuró corregir lo que denominaron un "error material"*. Sostuvieron, con ese fin, que la cita de un reglamento de tránsito (que para ellos Mohamed había violado) era una cita equivocada, por cuanto tal reglamento recién entró en vigor al mes siguiente al del hecho. Añadieron, en esa ocasión, que igualmente Mohamed había violado un deber de cuidado (*sin decir cuál es*).

7. Contra el rechazo del recurso extraordinario federal, la defensa de la presunta víctima interpuso un *recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Alegó afectación al principio de legalidad, al haber sostenido la sentencia de condena que el deber de cuidado que Mohamed violó surge de un decreto que *no se encontraba vigente* al momento del hecho. A su vez, se dijo que los jueces, impropriamente, cumplieron una función legislativa al entender violado un deber de cuidado que no surge de ninguna ley anterior al hecho del proceso (ni dijeron eso en la sentencia de condena). Esto último no surge, incluso, de la sentencia de segunda instancia, sino recién del rechazo del recurso extraordinario, aunque en esta última oportunidad tampoco se dijo cuál era el deber de cuidado violado, ni se explicó cómo ni de dónde surgiría. Se fundó también la razón por la cual no estamos frente a una cuestión federal intrascendente, como para ser denegado el reclamo por ese último pretexto.

8. Fue así que el 19 de septiembre de 1995, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la queja por entenderla inadmisibile*, sin otra invocación que la intrascendencia del caso federal invocado y *sin esbozar fundamento alguno* en el que apoyar su decisión, *citando para ello el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (que los autoriza a decidir sin



fundamentos).

9. La defensa de Mohamed presentó luego un *recurso de revocatoria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, con base en la violación del principio de legalidad y de las garantías judiciales, establecidos en la Constitución de Argentina, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

10. El 19 de octubre de 1995, *la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó este recurso*, indicándose que la decisión impugnada no era susceptible de reposición o revocatoria. La defensa de la víctima alega, sobre el punto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la misma composición, había aceptado en 1992 tal recurso de revocatoria, en otro caso similar.

11. La Comisión sostuvo que *se violó el derecho a un recurso amplio y efectivo* (comprendiendo el derecho a ser oído, a la defensa en juicio y a las garantías judiciales) y, a su vez, el *principio de legalidad penal*.

11.1. Sobre la transgresión del *principio de legalidad penal* y su consecuente el de *irretroactividad de la ley penal más severa* (y, por ende, del artículo 9 de la CADH) expresó que ella se produjo, en el caso Mohamed, por haberse fundado la condena (dictada en segunda instancia) en un reglamento no vigente al momento del hecho de la causa.

Para verificar tal violación lo que debe evaluarse es la sentencia y su motivación. La propia sentencia de condena contiene este vicio convencional, al basarse en deberes de cuidado que expresamente dijo que estaban previstos en un reglamento de tránsito que no estaba vigente. Esa fue la fuente de los deberes



de cuidado que la condena afirmó violados y no otra diferente.

No corresponde a la Corte IDH verificar si existía o no otro reglamento de tránsito al momento de los hechos, pues de ese modo se colocaría la Corte IDH en una posición que no le corresponde, como si ella tuviera que dictar o fundar una sentencia de condena (como si ella fuese una nueva instancia judicial).

La resolución de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, al rechazar el recurso extraordinario federal interpuesto por la Defensa de Mohamed, se limitó a decir que este último había violado un “deber de cuidado”, sin explicar las fuentes reglamentarias o de otra índole de tal deber de cuidado a las que habrían recurrido para completar el tipo penal. Ello demostró que tal decisión (dictada incluso fuera de su ámbito de competencia) puso en evidencia el amplísimo margen de discrecionalidad que le sirvió de base, lo cual violenta claramente el principio de legalidad penal.

De conformidad con lo dicho por el perito Alberto BOVINO, la Comisión marcó el mayor riesgo al principio de legalidad penal que se genera en el ámbito de los delitos culposos, a diferencia de los intencionales, pues en los culposos la ley no describe con precisión la conducta prohibida y deja al juez la tarea de completar el tipo, después del hecho, de acuerdo con el deber de cuidado concreto exigido antes del hecho de la causa. Dicho deber, en el ámbito de actividades reglamentadas, debe surgir necesariamente de los reglamentos, pues de otro modo el juez podría discrecionalmente crear la prohibición penal, afectando el principio de especial precaución que debe regir la materia.

11.2. Sobre la violación al *derecho a recurrir el fallo* (art. 8, 2, h, CADH), entendió la Comisión IDH que la legislación argentina no le brindó al señor Mohamed un recurso amplio que le permita una revisión integral del fallo dictado en su contra. Tal derecho al recurso amplio existe en la Convención Americana de Derechos Humanos sin distinguir instancias, por lo cual



comprende tanto la impugnación contra decisiones adversas de primera como de segunda instancia.

En tal sentido, sostuvo que el recurso extraordinario federal que interpuso la defensa de Mohamed es un remedio limitado a ciertas cuestiones de derecho y que, precisamente por ello, fue rechazado por tener por objeto cuestiones de hecho y de valoración de las pruebas. Ello surge de la propia resolución judicial de rechazo del recurso extraordinario. Por esas razones el señalado recurso extraordinario no cumple con las exigencias mínimas del artículo 8, 2, h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

También señala la Comisión IDH que, de acuerdo con lo declarado por el perito Julio B. J. MAIER, es “singularísimo” lo que hizo la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional al querer justificar su error, dejando de lado al reglamento como fuente de los deberes de cuidado supuestamente violados (que era lo que había dicho la misma Sala al condenar a Mohamed en segunda instancia) y colocando, en su lugar, lo que llaman la “violación a un deber de cuidado”, sin explicar cuál es ese deber ni cuáles son sus fuentes (aunque dicha Sala, en verdad, no tenía jurisdicción para nada de ello, pues lo único que jurídicamente podía hacer era admitir o rechazar formalmente el recurso extraordinario expuesto).

Con el último proceder mencionado (además de con el rechazo del recurso extraordinario), la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional violentó el derecho a la defensa en juicio del señor Mohamed, pues esa actitud singularísima era imprevisible para la defensa de Mohamed y además dicha defensa no contaba con un recurso adecuado para cuestionarla.

12. En lo que respecta a las reparaciones, añadió la Comisión IDH que las violaciones mencionadas fueron consecuencia del sistema legal argentino, por lo



cual, además de las reparaciones de orden económico, corresponde imponer medidas de no repetición, con el objeto de acordar expresamente el derecho a recurrir las condenas dictadas en segunda instancia. Ello implica, al menos, dos aspectos a considerar: a) uno vinculado a la necesidad de evitar que se modifique la motivación de un fallo al resolver sobre la admisibilidad de un recurso interpuesto contra ese fallo, por resultar ello atentatorio contra el derecho a la defensa en juicio; y b) otro relacionado a la necesidad de delimitación precisa de la materia de la prohibición, atento al grado de apertura de la previsión legal de los delitos culposos en Argentina.

II. PRUEBA PRODUCIDA ANTE LA CORTE IDH. SUFICIENCIA DE ELLA PARA JUSTIFICAR LA PRESENTACIÓN DE LA COMISIÓN IDH Y LA CONDENA RECLAMADA CONTRA EL ESTADO.

Además de las pruebas producidas por escrito (documentales, testimoniales y periciales realizadas ante fedatario público, por decisión de la Corte IDH—), en la audiencia oral ante la Corte declararon dos peritos. Demostraremos, a continuación, cómo tales pruebas ratificaron las violaciones, que hemos señalado, a la Convención Americana de Derechos Humanos

A. Violación al DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO, AMPLIO E INTEGRAL *contra la sentencia de condena dictada en cualquier instancia* (art. 8, 2, c, d y h y 25.1 de la CADH, en función de los artículos 1 y 2 de la CADH).

Esta transgresión se encuentra plenamente acreditada.

En particular, los peritos Alberto Bovino, Julio Maier, Alberto Binder y el Amicus Curiae presentado por la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina), prueban la



violación al *derecho a un recurso amplio e integral contra la sentencia de condena dictada en cualquier instancia* (art. 8, 2, h de la CADH).

A.1. PERITO ALBERTO BOVINO

Sobre el punto, el perito Alberto BOVINO manifestó que aún después de Herrera Ulloa (de la Corte IDH) y Casal (de la Corte SJN Argentina) se han generado más problemas que soluciones. A raíz de Casal hubo una lucha política entre la Corte Suprema de Argentina y la Cámara Nacional de Casación Penal. La Corte SJN no sabe qué hacer para que la Cámara Nacional de Casación abra los recursos como debiera. Este último tribunal abre más recursos a los fiscales que a los defensores. Ese es un grave problema. En el presente caso no hubo derecho al recurso previsto en el 8 2 h de la CADH, pues el recurso extraordinario federal no cumple en absoluto con el art. 8 2 h.

A preguntas de la Comisión Interamericana, BOVINO responde que el único recurso que procedía contra la sentencia de condena a Mohamed era el recurso extraordinario federal; esto claramente es así. Este caso se rige por el código procesal penal anterior, pero aún en el vigente la situación es igual, ya que quien dicta la sentencia hoy, en lugar de ser la Cámara de Apelación, es la de Casación y en ambos casos los únicos recursos disponibles, que se pueden interponer contra las condenas dictadas por cualquiera de esos tribunales son los extraordinarios ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

También respondiendo a preguntas de la Comisión, añade que el recurso extraordinario es muy reducido en relación a las cuestiones que se pueden impugnar, que ataca cuestiones jurídicas, no de hecho y prueba ni de valoración de la prueba; y no tiene que ver con cualquier irregularidad en el proceso, sino con cuestiones federales (es decir, cuando hay un acto o norma que parecen entrar en contradicción con una cláusula de carácter federal, sea con la Constitución o un Tratado, y se decide el caso a favor de la de menor jerarquía).



Se deja afuera (del objeto del recurso) todo lo de que es de derecho común, que comprende prácticamente el 90 por ciento de los casos.

Continúa diciendo que el recurso extraordinario tiene, a su vez, una serie de requisitos formales, algunos legales y otros pretorianos (impuestos por decisión administrativa de la Corte). El último se refiere a la necesidad de hacer una planilla de datos y quizá el más absurdo es la limitación en número de páginas y en cantidad de renglones por página. Hay quien en la corte cuenta los renglones y se rechazan los recursos sólo por ello. Son recaudos de tipografía, cantidad de páginas y renglones, que restringen un derecho.

La arbitrariedad, como cuestión federal, surge de la ley 48 (una ley más que antigua) y la Corte define la arbitrariedad como la aplicación no razonada del derecho vigente. Cláusulas tan vacías como esas permiten que la Corte determine libremente cuándo se da la causal. Un autor quiso hacer una tipología de sentencia arbitraria y no pudo, por la discrecionalidad de la propia categoría. La Corte acude a estas restricciones y, además, acude al artículo 280 (del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), que le permite rechazar recursos, sin fundamento, aun cuando exista cuestión federal.

El recurso extraordinario, entonces, no permite revisar integralmente el fallo de acuerdo con (los estándares exigidos en) Herrera Ulloa. Si no se pueden ver hechos ni pruebas, para nada se parece eso a una revisión integral. Además, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que el recurso extraordinario no puede cumplir con las exigencias del 8, 2, h de la CADH.

A.2. PERITO JULIO B. J. MAIER

Julio B. J. MAIER comienza explicando la cuestión fáctica. Nos dice que *una señora fue llevada por delante por un conductor de un ómnibus de la ciudad de Buenos Aires, lo que le provocó las heridas que ocasionaron la*



muerte. Esto provocó un proceso penal. El proceso penal terminó con una absolución en primera instancia y, recurrido por el Ministerio Público, termina con una condena en segunda instancia, condena que tiene como base o fundamento un reglamento de tránsito de la ciudad de Buenos Aires que, de alguna manera, define la impericia, debido a que el artículo 84 del Código Penal argentino también comprende como impericia la violación a los reglamentos de tránsito. Contra esta sentencia, que es la primera sentencia de condena, recurre el señor Mohamed. Sobre todo la base del recurso es la aplicación de este reglamento, que no había sido sancionado en el momento del hecho, sino con posterioridad al momento del hecho. De este recurso conoce, según el derecho argentino, el mismo tribunal que pronunció la sentencia. Según nuestro derecho, ese mismo tribunal debe decir si el recurso es procedente o improcedente. El mismo tribunal, las mismas personas, declaran improcedente el recurso, pero lo singularísimo es que, en ese momento, prácticamente reconoce el error de haber designado un reglamento posterior que le exigía determinada conducta al chofer del autobús y corrige su sentencia mediante la interpretación del derecho realmente vigente anteriormente, diciendo que lo mismo había sido una imprudencia y justificando de esta manera su propia condena. Contra esta decisión tiene el recurso extraordinario ante la Corte, que confirma la no procedencia del recurso, acudiendo a un artículo muy particular del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación que regula el recurso extraordinario ante la Corte Suprema Argentina, que todos conocemos como artículo 280. Es algo parecido al certiorari americano, en el sentido de que la Corte rechaza el caso como motivante de su intervención sin dar ningún fundamento.

Con respecto a las cuestiones jurídicas que el caso presenta (y entre una serie de preguntas que le sugiere el caso en relación con la Convención Americana y otras regionales y universales de Derechos Humanos), señala, primero, en orden de importancia, el tema de *la violación al derecho al recurso*



amplio.

Nos dice, en tal sentido, que *el primero* (de los problemas) que salta a la vista es que *la condena en segunda instancia no ha podido ser recurrida por el imputado o sus representantes o defensores.*

Segundo, tampoco ha sido escuchado sobre este problema de la validez o invalidez de la sentencia (o de la corrección de la sentencia) que aplica (retroactivamente) un reglamento no vigente al momento del hecho; él no ha sido escuchado sobre ello.

Los representantes de la presunta víctima preguntamos al perito MAIER si este derecho a un recurso se respeta con el recurso extraordinario federal. A ello, MAIER contestó que *tal como está previsto no. El recurso extraordinario, en Argentina, sólo introduce cuestiones federales. Es un recurso muy limitado, a cuestiones jurídicas y jurídicas federales, de tal manera que, si se siguiera aplicando como se aplicó históricamente el recurso extraordinario, realmente no respeta íntegramente el derecho al recurso (no quiero decir que en un caso particular no pueda haberlo respetado). Recuerdo alguna decisión del juez Zaffaroni de tratarlo aún en la Corte a pesar de reconocer que no se trataba de un caso federal, ni de un problema jurídico, por el solo hecho de que las convenciones de Derechos Humanos, que obligaban a la Argentina, de alguna manera preveían un recurso ante un tribunal que no estaba fijado por el ordenamiento positivo, pero que el juez tenía que resolver, porque, de otra manera, la República (Argentina) respondía por ello.*

También preguntamos si este derecho al recurso se respeta con el modelo legal vigente en Argentina con relación al recurso de casación, que establece los motivos de casación vinculados a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o a la inobservancia de las normas que este código establece bajo pena de nulidad. A ello MAIER expresa: *también, textualmente, debo contestar negativamente a esta pregunta. El recurso de casación, en purismo, no tiene por*



*objeto sino la revisión de la sentencia cuando existe algún error jurídico en el fallo; cuando el error sea jurídico, material o de procedimiento, y, por lo tanto, la sentencia es inválida. Pero la Corte de Casación actual y la Corte Suprema, en virtud del derecho al recurso, en realidad no han fijado un estándar. Está todo muy confuso todavía en Argentina, aunque han intentado acomodarse al fallo de la Corte Herrera Ulloa ... antes de salir acabo de leer un fallo de la Casación que se ocupa de cuestiones de hecho; se ha dicho que, de alguna manera, hay que llegar al máximo posible de revisión con el mínimo posible de lesión de los principios que rigen el juicio público. Esto es lo que se trata de saber. Yo soy un convencido de que (esto) no se va a poder (lograr) si no hay un reglamento nuevo sobre el recurso, pero este es un problema académico; mi posición es académica. Respecto del caso que nos ocupa yo creo que **en la Argentina todavía es muy confuso**; y el ordenamiento positivo no legitima a ningún tribunal para ocuparse de la sentencia en el recurso del imputado, por ejemplo (en un recurso) extendido a cuestiones de prueba y hecho.*

Luego los representantes del señor Oscar Mohamed preguntamos, al perito MAIER, si el órgano judicial que dictó la primera condena en segunda instancia, al resolver sobre la admisibilidad del recurso interpuesto contra esa condena, es legítimo que haya entrado en la cuestión de fondo para la defensa de esa condena.

MAIER fue implacable sobre el tema: *eso es lo que tiene de singularísimo (que yo dije) el caso. Se puede estar políticamente en contra de esto, pero lo cierto es que, por la ley argentina, textualmente, ante el tribunal que se presenta un recurso, el mismo tribunal que dictó la decisión que a mí me agravia (es el que) se pronuncia provisionalmente acerca de si el recurso es procedente o no es procedente. En el caso de que ese tribunal se pronuncie por la procedencia del recurso, entrega (devuelve) la competencia, la jurisdicción, a aquel que se la transmitió en origen. En el caso que diga que no es*



*procedente, existe, en Argentina, un recurso específico, que es el recurso de queja, por el cual uno le pide al tribunal competente para la decisión del recurso que revoque la decisión del primero y lo declare procedente. Acá el tribunal que condenó utilizó (esa oportunidad) raramente, para defender su propia sentencia, para pronunciarse materialmente (vendría a ser como para dictar una nueva sentencia), para dictar una tercera sentencia, de tal manera que la sentencia de condena estuviera justificada. Este es el caso, digamos, que se ha presentado, para mi juicio, como rarísimo. El tribunal no estaba autorizado a pronunciarse sobre la justicia o injusticia de su propia sentencia; sólo estaba autorizado a observar si quien recurría era la persona autorizada para ello, si había recurrido en el plazo previsto para la interposición del recurso, si los motivos que había esgrimido eran motivos suficientes para autorizar el recurso y **no hizo eso, sino corrigió el fallo anterior, directamente.***

Los representantes de la Comisión IDH interrogaron al perito con respecto al derecho al recurso contra condenas dictadas en segunda instancia y en relación a medidas de no repetición.

MAIER responde: en el tomo III de mi obra, que ha salido hace poco tiempo, existe un intento legislativo, el último que voy a realizar, en donde respondo con algo de comprensión para la posición contraria. **Una reglamentación ortodoxa que acepta el principio *ne bis in idem* en toda su extensión y la prohibición de la *reformatio in peius* deben partir de la base de que el Estado**, como dice la jurisprudencia de la Corte Norteamericana, **no tenga recurso frente a un juicio válido** y sólo en casos excepcionalísimos es posible perseguir nuevamente al imputado. Esos casos excepcionales para mí son descriptos en ese código, como los que se producen cuando existe un delito doloso que ha determinado la sentencia, por ejemplo prevaricato de un juez, cohecho de un juez, exacciones ilegales de un juez o de un tercero, amenazas o coacción sobre un juez, sobre un testigo o sobre un perito. Cuando el acusador



puede demostrar que la sentencia ha sido determinada por ese obrar doloso de alguien, a favor del imputado, lo que corresponde es anular el juicio y permitir, por excepción, que se realice otro juicio. Esa es la verdadera reglamentación que exige el derecho del imputado a impugnar la sentencia de condena. Es difícil que se llegue a ese estándar, porque los códigos procesales (y también del continente europeo), regulan esto de otra manera. Yo he dicho que ello se lo hace en forma hipócrita. Creo que, para que no suceda así, **se debe acabar con el principio de bilateralidad. Eso es lo que yo pienso.** El principio de bilateralidad, que hoy sostienen la gran mayoría, hay que eliminarlo. Un eminente constitucionalista, el Dr. Sagüés, también ha dicho esto: si existe al derecho al recurso del condenado, es justo que exista un recurso para el fiscal o acusador. Yo he salido a rebatirle el argumento, diciendo lo contrario: **si existe un recurso del condenado en contra de la sentencia, no puede existir, por muchas razones, un recurso del acusador contra la sentencia, salvo casos excepcionalísimos.**

A preguntas de la Jueza Margarete May Macaulay, el perito Julio B. J. MAIER dijo que *no fue la Corte Suprema quien resolvió de manera singularísima aquella cuestión del recurso (como dije antes), sino una Corte Intermedia, la de Apelaciones (para utilizar una terminología en la que podamos entendernos). Ello lo hizo cuando transforma la sentencia de absolutoria en condenatoria y, luego, al ver el reparo de la defensa, le contesta materialmente a ese reparo diciendo que sí, que se equivocó al nombrar este reglamento posterior al hecho, pero que la sentencia también tenía otro fundamento o que también otros reglamentos anteriores se referían a la falta de prudencia.* Sobre este último punto, en verdad, decimos nosotros, los representantes del señor Mohamed, que esa decisión ni siquiera mencionó otro reglamento y, por ende, ninguno vigente al momento del hecho.

Sigue diciendo MAIER: *La Corte Suprema lo que hizo fue coincidir con el rechazo del recurso del imputado y dijo, por este artículo, el 280, sin*



justificación, “rechazamos el recurso sin mayor trámite y explicación”. Así, rechazaron el recurso que se basaba en el derecho al recurso sobre la primera condena del imputado. Yo no he visto que los tribunales argentinos hayan hecho esta picardía. Lo que han hecho es aprovechar el recurso para contestárselo y esto es una picardía porque la ley no los autoriza a eso, sino que sólo deben verificar si recurrió quien estaba autorizado a recurrir por la ley procesal, si lo hizo en el plazo legal para evitar que la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada, si además de eso el motivo es legítimo para provocar el conocimiento del tribunal superior. En lugar de ocuparse sólo de eso, es decir de lo que debían, que era declarar si el recurso era procedente o no procedente, se ocupó de contestarle al recurrente; esta fue la verdad. Yo no he visto que esto se produzca regularmente.

A.3. PERITO ALBERTO M. BINDER

El perito Alberto M. BINDER comienza determinando la cuestión fáctica, del siguiente modo:

1. Mohamed es absuelto en primera instancia y luego condenado en la segunda instancia por el recurso de apelación impuesto por los acusadores. Todo este proceso se lleva adelante mientras regía en la República Argentina un procedimiento totalmente escrito, tanto en primera instancia como en el trámite del recurso de apelación.

2. La condena impuesta en segunda instancia por la Cámara de Apelaciones utilizó como argumento de condena la violación de un reglamento de tránsito. Dicho argumento no había sido utilizado por los acusadores en primera instancia, ni invocado en el recurso.

3. Ante la queja de la defensa por la aplicación errónea de la violación del reglamento de tránsito, el mismo tribunal que debía discernir la admisibilidad



del recurso (el mismo tribunal que dictó la decisión impugnada, según el régimen procesal vigente) “corrigió” la sentencia, modificando los fundamentos, indicando que se trataba de la violación de otro reglamento.

4. La Corte Suprema rechaza la queja (es decir, ratifica la inadmisibilidad del recurso) sin invocar ningún fundamento, fundada en la aplicación de la ley 23 774 que le permitía aplicar directamente el art. 280 del CPCyC (rechazo “in limine”) cuando no existiera agravio federal o las cuestiones planteadas fueran insustanciales o carentes de trascendencia.

Sobre la base de tal cuestión fáctica, y en lo que respecta al derecho a un recurso efectivo y amplio contra la sentencia de condena, responde a las primeras cuatro preguntas que le hemos formulado.

Ellas son: 1. ¿Existe, según el estado actual de la jurisprudencia en la República Argentina, el derecho a un recurso amplio y efectivo contra la sentencia de la condena?

2. ¿Afecta algún derecho del imputado la condena impuesta en segunda instancia por primera vez?

3. ¿Afecta algún derecho del imputado la agravación de la calificación jurídica del hecho, o la agravación de la pena, efectuada en segunda instancia?

4. ¿Es una forma de saneamiento de alguna invalidez el mejoramiento de los argumentos de la sentencia de condena al rechazar un Recurso Extraordinario?

Sobre estas cuatro preguntas, y resumiendo aquí lo central, señala que, *según la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de la Constitución Argentina, la posibilidad de impugnar la sentencia de condena por parte del condenado, mediante un recurso amplio y eficaz que permita la revisión integral de dicha condena, constituye un requisito de validez de dicha condena.*

Por otra parte, añade que *toda condena (impuesta en primera instancia o*



impuesta de un modo directo en el proceso de revisión en virtud de un recurso de los acusadores) es inválida si no permite una impugnación que habilite una revisión integral por parte de otro tribunal que no sea el que dictó la condena, aun cuando el que dictó la condena sea “formalmente” un tribunal dedicado a la revisión de sentencias. Rige su posición respecto al caso – que lo asimila en esta situación a un tribunal de primera instancia-, no su ámbito de competencia general.

La Corte Suprema precisa los mismos argumentos luego (en el caso “Ciuffo, Javier Daniel s/ recurso de hecho” Fallos: 330:5020) que “el principio de congruencia, exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de la imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva. Sin embargo, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generen agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues, sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos (conf. Fallos: 319:2959, voto de los jueces Petracchi y Bossert)”. La doctrina es la misma, pero se precisa el doble fundamento, es decir, tanto la intangibilidad de la base fáctica como las posibilidades reales de defensa.

Este precedente de la Corte Suprema se aplica a todos los cambios de calificación, en sus dos variantes, de modificación indirecta de la base fáctica y de “calificación sorpresiva”. Ello implica que también es aplicable cuando el cambio de calificación resulta del uso, en la calificación jurídica, de normas administrativas, que integran el tipo penal cuando existe una remisión expresa. Es el caso del art. 84 del Código Penal que incluye entre las formas culposas, la inobservancia de los reglamentos que rigen una determinada profesión u oficio. Se debe señalar que esa remisión no convierte al tipo penal en una mera



infracción de esos reglamentos, sino que ellos constituyen un caso especial de negligencia o imprudencia (especialmente detectada en los reglamentos). Es decir, que en esos casos también existe una base fáctica que debe subsumirse en las previsiones legales, incluyendo los elementos subjetivos (de conocimiento, entre otros) que también existen en toda imputación subjetiva.

En síntesis, según el estado de la jurisprudencia en la Argentina, los cambios de calificación cuando modifican en algo la base fáctica o implican una calificación sorpresiva, afectan derechos elementales del imputado, que se expresan en el “principio de congruencia” o en la oportunidad de defensa eficaz.

También concluyó, respecto de la pregunta nº 4, que la corrección de los fundamentos en la decisión que rechaza el Recurso Extraordinario, no produce el saneamiento de los principios violados anteriormente.

En lo que respecta a la violación al derecho al recurso amplio contra la condena y las violaciones consecuentes, sus conclusiones resumidas fueron las siguientes:

1. Que la condena del señor Mohamed sería inválida por tratarse de una condena que no tiene posibilidad de ser revisada integralmente por un tribunal revisor.

2. Que la condena del señor Mohamed sería inválida tanto por modificar la base fáctica como por realizar una calificación sorpresiva.

3. Que la condena del señor Mohamed sería inválida porque la concesión del recurso de los acusadores ante una absolución ya dictada viola el principio del “non bis in idem”.

4. Que la Corte Suprema al no revisar su caso mediante Recurso Extraordinario falló por fuera de su propia doctrina, ya que se trataba de un caso en el que se encuentra involucrada la interpretación de derechos



fundamentales del acusado, previstos por Pactos Internacionales de Derechos Humanos que obligan a la República Argentina y por lo tanto le generan responsabilidad internacional.

A.4. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CÁTEDRA DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO (ARGENTINA)

Sin perjuicio de concordar el Amicus Curiae con las violaciones señaladas al derecho a recurrir (en forma amplia e integral) el fallo condenatorio pronunciado, en este caso, en segunda instancia (por lo cual remitimos en todo a su texto), destacaremos aquí algunas consideraciones particulares de su texto.

En primer lugar, se indica, correctamente, que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (que condenó por primera vez en segunda instancia al señor Mohamed), al momento de rechazar el recurso extraordinario interpuesto por el imputado contra dicha condena y *“brindando una suerte de respuesta al planteo defensivo”, la Cámara “reconoció la existencia de un ‘error material’ en su sentencia ... al citar [un] decreto reglamentario del tránsito [...] que no se hallaba vigente al momento de los hechos” e incorporó nuevos argumentos para fundar la responsabilidad del señor Mohamed, sosteniendo que el reproche al imputado se basaba en la violación del deber de cuidado en que el mismo había incurrido.* Con ello, el Amicus Curiae marca el modo en que se afectó la garantía judicial de defensa en juicio, pues Mohamed no pudo ser oído con relación a esos **nuevos argumentos** que añadió, al momento de resolver un recurso contra la condena, la misma Sala I de la Cámara de Apelaciones que dictó la misma sentencia condenatoria.

El Amicus desarrolla las razones por las cuales el artículo 8, 2, h de la CADH asegura, en caso de condena, la **doble conformidad eficaz, integral y sin limitaciones**, en protección del derecho de defensa.



Al mismo tiempo, deja en claro que, si bien el caso tramitó bajo la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Criminal (que, entre otros anacronismos, era escrito), *para el momento del juzgamiento de Mohamed, el Estado Argentino ya había incorporado a su ordenamiento jurídico interno la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2.h) recepta el derecho al doble conforme. Asimismo, este derecho se encontraba ya receptado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dichos principios tenían ya (antes de la reforma constitucional de 1994) jerarquía superior a las leyes.*

El Amicus recuerda, asimismo, que, *antes del momento en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazara, sin fundamento alguno, el recurso de queja por recurso extraordinario denegado (por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), la misma Corte Suprema había ya dictado el fallo “Girolodi”, por el cual se amplió “el acceso al derecho a la doble instancia judicial, al especificar las funciones de la Cámara Nacional de Casación Penal como órgano judicial intermedio”.*

Había dicho ya que “puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (artículo 8º, párrafo 2º, apartado h, de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos])” (CSJN, Girolodi, Horacio David y otro, sentencia del 7/4/1995, considerando 8).

A pesar de ello, es decir sabiendo que, en el caso concreto, Mohamed sólo había tenido a su disposición un recurso no eficaz para el respeto de la doble instancia, rechazó tratar ese recurso (por medio del rechazo de la queja) sin explicar razón alguna de tamaña decisión (por aplicación de la ilegítima potestad de rechazar cualquier recurso sin expresar fundamento



alguno (art. 280, CPCyCN).

Para decirlo con palabras del Amicus: *“En definitiva, para dicha época, pese a que la Corte Nacional había establecido ya la falta de adecuación -en términos generales- del citado recurso (R.E.F) como herramienta eficaz para garantizar el derecho del condenado a recurrir ante un Tribunal Superior y siendo que, a la vez, había señalado claramente que dicha garantía era exigible en términos convencionales, resolvió -no obstante- rechazar el recurso de queja interpuesto por el peticionario, haciéndose eco de la facultad que le confiere el art. 280 del Código Proc. Civil y Comercial de la Nación. En otras palabras, siendo claro que el doble conforme sobre la sentencia de condena no había sido garantizado en el caso sub examine -en tanto el señor Mohamed había sido condenado por primera vez en sede de apelación-, la Corte -conforme su propia jurisprudencia- debería haber sorteado las limitaciones propias del recurso extraordinario en cuestión y así -no obstante su naturaleza excepcional- convertirlo en el caso concreto en una herramienta idónea para resguardar la mencionada garantía convencional. Así, a los fines de garantizar el ya citado derecho y evitar generar una potencial causal de responsabilidad internacional para el Estado argentino, el tribunal debió haber otorgado la queja interpuesta y concedido el R.E.F. solicitado”.*

Sigue diciendo el Amicus que la Corte luego expresó, respecto al recurso de casación, que *“debe considerarse hasta dónde la amplitud de su materia podría apartarse de la limitada versión originaria sin afectar la oralidad del plenario, pero dando cumplimiento al requisito constitucional de los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ... no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si*



esta aplicación fue correcta ...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable ... formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y en el nivel jurídico porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro” (CSJN, Casal, Matías Eugenio y otro, sentencia del 20/9/2005).

No obstante la mayor amplitud que (como se dijo) la Corte Suprema acordó al recurso de casación, como vía para cumplir con el artículo 8, 2, h de la CADH, el Amicus señala correctamente que ***“el problema de la satisfacción del derecho de recurrir la condena ante juez o tribunal superior es una cuestión que se mantiene hasta el presente.***

Es más, como se verá, tampoco la Corte Suprema decide normalmente en función de su propia posición fijada en las citadas causas “Giroldi” y “Casal”, aplicando, en cambio, el artículo 280 mencionado de la forma más arbitraria.

A.5. NUESTRA POSICIÓN

En nuestro caso se han violado claramente los artículos 8,1 (derecho a ser oído, con las debidas garantías, por un juez o tribunal); 8,2,h (derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior); 25,1 (derecho a un recurso efectivo que ampare a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales); 8,2,c y d (defensa en juicio).

Ello es así porque Oscar Mohamed fue condenado, por primera vez, en



segunda instancia.

Sólo pudo interponer, contra esa condena, un recurso extraordinario federal (muy reducido, circunscripto a cuestiones constitucionales).

Ese recurso no satisface la exigencia del derecho a un recurso ordinario, eficaz, accesible, amplio, que permita un examen integral del fallo y de todas las cuestiones debatidas y analizadas en la decisión impugnada (tal como dijeron los peritos y tal como lo ha resuelto ya la Corte IDH, en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica: sentencia del 2 de julio del 2004).

En ese recurso extraordinario, la defensa de Mohamed planteó cuestiones constitucionales (arbitrariedad de sentencia, violación al principio de legalidad penal y al de irretroactividad de una ley penal -una reglamentación de tránsito-), además de invocar cuestionamientos de hecho y prueba.

El mismo tribunal que dictó la condena (en segunda instancia) fue quien declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto contra ella. Y lo declaró inadmisibile tanto por entender que ese no es un recurso amplio (por referirse el planteo a “cuestiones de hecho, prueba y derecho común”), como, además, por ignorar las cuestiones constitucionales invocadas (especialmente por no tratar la invocada transgresión al principio constitucional de legalidad y la arbitrariedad de sentencia).

Para colmo de males, el mismo tribunal que condenó en segunda instancia, en la decisión en la que rechazó el recurso extraordinario interpuesto contra su propia condena, pretendió “corregir” un supuesto “error material” consistente en haber sostenido que los deberes de cuidado que se dijeron violados estaban contenidos en un reglamento de tránsito no vigente a la fecha del hecho. Se dijo, en esa oportunidad, que, en verdad, en lugar de ello, “el reproche dirigido al procesado se basa en la violación al deber objetivo de cuidado”, sin decir cuál es ese deber de cuidado y sin tener, siquiera, jurisdicción para ello.



Se produjo, así, una nueva violación a la garantía de defensa en juicio, pues ese proceder constituye un acto claramente sorpresivo (una “picardía” incorrecta destinada a defender su propia sentencia o un obrar “singularísimo”, como lo llamó el perito Julio B. J. MAIER). Como tal, esa nueva argumentación impidió el ejercicio del derecho a ser oído en relación a ella y a interponer un recurso refutándola, pues carecía (y carece) de un recurso amplio que lo permita.

La defensa interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esa queja sostiene que el recurso extraordinario debía abrirse porque se planteaban cuestiones constitucionales e, incluso, explica por qué razón (contra una sentencia absolutamente ilegal) esas cuestiones constitucionales “afectan enormemente el orden institucional y las fibras más sensibles del orden social”.

Contra ese recurso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación simplemente se limitó a aplicar el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que le permite rechazarlo sin dar ninguna explicación de motivos. Lo rechazó porque sí; sólo diciendo que el caso federal es intrascendente, sin fundamentación alguna.

Tal disposición legal (el citado artículo 280) contraría abiertamente el deber de motivar o fundamentar las sentencias, que es propio de todo sistema procesal con jueces técnicos, inserto en un Estado Constitucional de Derecho. Se trata de un deber propio del derecho a la defensa en juicio, del derecho a ser oído y del derecho al recurso, por lo cual afecta sin dudas el sistema de garantías judiciales contenido en el artículo 8 de la CADH.

Por ello es que, en el presente caso, se violó el derecho a un recurso amplio y todos los derechos a él vinculados, transgrediendo el deber estatal de fundar las sentencias (que es consustancial con esos derechos).

En consecuencia, deben imponerse al Estado medidas de no repetición (como las que mencionamos más adelante).



B. VIOLACIÓN DEL DERECHO A UNA *DECISIÓN FUNDADA* COMO PARTE DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y AMPLIO A FIN DE LOGRAR UNA REVISIÓN INTEGRAL DEL FALLO Y COMO PARTE DE LA VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL (ARTS. 8,2,H, 25,1, 2A y 2B de la CADH, en función de los artículos 1 y 2 de la CADH): el problema del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Los peritos BOVINO, MAIER, BINDER y el AMICUS CURIAE presentado por la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina) también prueban la necesidad de derogar o, al menos, modificar el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Lo mismo ocurre con las numerosas resoluciones de la Corte contenidas en los Anexos presentados como prueba documental.

B.1. ALBERTO BOVINO

El artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es una patente que le permite a la Corte rechazar recursos sin dar ninguna motivación. Hay dos supuestos: cuando la cuestión federal no tiene mucha entidad o suficiencia o bien cuando la cuestión a tratar no tienen relevancia. Ni siquiera explica la Corte por qué lo aplica, sino que aplica el artículo 280 como si fuera un sello. Es como una especie de “plancha” (formulario) y uno nunca se entera por qué razón no le aceptaron el recurso. Por ello ni siquiera es predecible para el abogado, ya que hay total discrecionalidad para rechazar los recursos. Y uno ni siquiera puede predecir o evitar el rechazo cumpliendo todos los requisitos del recurso para poder ser aceptado.



Esta parte preguntó si, así como el imputado tiene derecho a recurrir la condena cuando fue condenado por primera vez en segunda instancia, el Estado ¿tiene o no el deber de contestarle las impugnaciones con fundamentos? A ello, el perito Alberto BOVINO manifestó que *siempre que hay una primera condena se mantiene el derecho a que se revise esa condena y el Estado obviamente tiene la obligación de fundar, pues de otro modo ese derecho no estaría en la Convención Americana y el artículo correspondiente de la Convención no tendría contenido.*

El Presidente de la Corte IDH preguntó al perito si esa disposición que permite a la Corte Suprema resolver sin motivar ¿tiene otros espacios de derecho procesal, civil o administrativo en que se pueden dictar resoluciones sin motivación? ¿Y cuáles han sido las reacciones de la Corte Suprema cuando ha sido impugnada ese tipo de resolución sin motivación?

A ello el perito BOVINO contestó *que no recuerda que alguna rama del derecho permita hacer algo así. Dijo: lo que sí estoy seguro es que muchísimas anulaciones de autos o de fallos que la Corte declara son por falta de motivación, lo que me parece medio paradójico. Otra cosa que sucede, que también a mi juicio es irregular, es que habiendo 7 jueces en la Corte, 5 jueces abren el recurso, de los cuales 3 votan a favor del demandante y 2 votan en contra del demandante; mientras los 2 restantes aplican el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Frente a ello, suman los votos que aplicaron el artículo 280 a los 2 votos que rechazaron el recurso; o sea que lo declaran improcedente cuando, en realidad, de los 5 jueces que votaron la mayoría (de 3) la obtuvo el recurrente (ya que dos no abrieron el recurso, aplicando el artículo 280). Yo creo que el artículo 280 siempre estuvo pensado para cuando la mayoría de la Corte lo aplicaba. Esa es otra fuente de injusticia, porque no sabemos qué hubiera pasado si esos 2 que no abrieron el recurso (aplicando el artículo 280) hubieran participado en la deliberación.*



Creo que eso no es un detalle menor. Yo no conozco otras ramas en donde se rechace sin motivar y, sin embargo, la Corte es muy exigente con el tema de la falta de motivación (de fallos ajenos); el problema es que la Corte no aplica su jurisprudencia para sí mismo.

B.2. JULIO B. J. MAIER

Después de haber dicho MAIER que *la Corte Suprema lo que hizo fue coincidir con el rechazo del recurso del imputado y dijo, por este artículo, el 280, sin justificación, “rechazamos el recurso sin mayor trámite y explicación”*, volvió a referirse al tema a preguntas de una de las juezas de la Corte IDH.

La Jueza Rhadys Abreu Blondet preguntó si el mencionado artículo 280, por el cual los fallos del tribunal supremo no tienen que ser motivados, ¿violenta algún derecho del recurrente?

Maier respondió: *en el caso concreto es un problema grave decirle “no procede” el recurso cuando está reglamentado por una Convención internacional y no explicarle, al menos, por qué ellos creen que no procede el recurso. Desde el punto de vista abstracto, a mí no me gusta la solución y está muy criticada por todos mis colegas en la Argentina. Pero, al artículo 280, la Corte lo emplea actualmente; según la Corte ellos pueden decir, por ese artículo, sin exponer fundamentos, que no es admisible, cuando ellos consideran que no es caso federal (suficiente). A mí abstractamente no me gusta la solución.*

B.3. ALBERTO M. BINDER

Sobre este aspecto de la pericia de Alberto M. BINDER, formulamos la siguiente, como quinta pregunta: ¿Es legítima la aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en casos en los que no hubo un



AIDEF

recurso amplio y efectivo contra la condena y, en particular, contra la condena dictada por primera vez en segunda instancia?

A ello contestó, entre otras consideraciones, que *la introducción de esta facultad, sin embargo, viene significando toda una reformulación del sistema recursivo y de defensa de la Constitucionalidad en la Argentina, que todavía no ha madurado ni se encuentra claro. La Corte misma ha utilizado esta nueva facultad de un modo tal que no permite identificar con certeza cuáles son los criterios que habilitarían o no la revisión por parte de la Corte. Si volvemos sobre el fallo Casal, habría que sostener que siempre que se encuentre en juego la aplicación de una norma del Derecho internacional que pueda acarrear responsabilidad del Estado, se trataría de un caso que habilita la revisión final por parte de la Corte.*

De todos modos, el proceso de reorganización de los recursos debe significar que, antes de llegar a la revisión por parte de la Corte, ya debe haberse satisfecho el derecho a la revisión del fallo que surge del sistema constitucional argentino (integrado con las normas del derecho internacional de los derechos humanos). Solo así es admisible una revisión discrecional por parte de la Corte. Es decir, para que el Recurso Extraordinario funcione al modo de un “writ de certiorari”, es necesario que antes se haya cumplido con el derecho al recurso que tiene todo peticionante, en especial el condenado.

B.4. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CÁTEDRA DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO (ARGENTINA)

El texto del Amicus expresa que *la limitación -suerte de certiorari- introducida por el art. 280 del CPPN tornó aún más excepcional el REF, al permitir que el Alto Tribunal argentino deseche sin más un recurso interpuesto, so pretexto de considerar que el agravio federal es insuficiente, que la cuestión*



federal es insustancial o intrascendente o, lisa y llanamente, sin brindar fundamento alguno.

B.5. FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, CONTENIDOS EN LOS ANEXOS acompañados al escrito

Las múltiples decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que decidió rechazar recursos sin fundamento alguno (por aplicación del ilegítimo art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) demuestran cabalmente el elevadísimo grado de discrecionalidad con el cual el más Alto Tribunal argentino rechaza recursos de la índole más variada. Ello importa admitir la más absoluta *arbitrariedad* en el rechazo de recursos, incluso en temas gravísimos y en los que, como el caso Mohamed, nunca tuvo derecho a recurrir (con amplitud e integralidad) el fallo de condena dictado en su contra, por primera vez, en segunda instancia, por lo cual tenía indiscutido derecho a un pronunciamiento sobre los temas planteados.

Nos remitimos aquí a los Anexos que hemos acompañado a nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, que contienen cientos de la elevadísima cantidad de decisiones por las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza recursos sin fundamentar absolutamente su decisión.

B.6. NUESTRA POSTURA

En nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas hemos desarrollado los fundamentos por los cuales sostenemos, con toda convicción, que la citada disposición legal (el artículo 280 mencionado) resulta repugnante con todo sistema de garantías judiciales y, en particular, con un debido proceso caracterizado por el derecho del imputado a ser oído, a interponer un recurso



efectivo, eficaz, amplio e integral contra la sentencia de condena dictada en su contra y, en general, con el derecho de defensa en juicio. Nos remitimos, aquí, a tal desarrollo y a las consideraciones que formularon, en la audiencia, los peritos (BOVINO y MAIER), al contenido de la pericia efectuada ante fedatario público (la de Alberto BINDER) y al contenido del Amicus Curiae que, inesperadamente para nosotros, fue presentado ante la Corte IDH.

Sobre el punto sólo añadimos lo siguiente: el Honorable Presidente de la Corte IDH preguntó al perito Alberto BOVINO: ¿cuáles han sido las reacciones de la Corte Suprema cuando ha sido impugnada ese tipo de resolución sin motivación? Al respecto, debemos manifestar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pesar de ser parte interesada en la cuestión, resolvió planteos de inconstitucionalidad del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, rechazándolos y beneficiándose, de ese modo, al disminuir enormemente el caudal de causas que debe resolver. En la pericia de Alberto M. BINDER puede leerse, en concreto, una de esas decisiones de la Corte Suprema.

C. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS RIGUROSA (ART. 9 DE LA CADH, en función de los artículos 1 y 2 de la CADH)

Bovino, Maier, Binder y el Amicus Curiae ratifican la violación al *principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal más rigurosa* (art. 9 de la CADH).

C.1. PERITO ALBERTO BOVINO

Recurrir sólo al art. 84 no basta, ya que con la sola mención de dicha norma no puede condenarse nadie, porque no hay ningún criterio normativo que diga cuándo violó los deberes a su cargo.



Los tipos penales culposos son figuras en las que se describe un resultado disvalioso y en los que no hay voluntad de producir ese resultado disvalioso. Se habla de negligencia o imprudencia, que es la que provoca la afectación al bien jurídico. Dentro del grupo de delitos culposos hay aquellos que se comenten en el ámbito de actividades reglamentadas y no reglamentadas (regulan actividades reglamentadas o no). Si se maneja un cuchillo de cocina y corto a alguien sería en actividad no regulada. El tránsito sería una actividad regulada. El caso de un homicidio provocado en accidente de tránsito lo rellena el reglamento de tránsito vigente al momento del hecho. El art. 84 sólo no tiene ningún deber de cuidado (respecto de actividades regladas). Es más el 84 es el que remite al incumplimiento de los reglamentos y deberes a su cargo.

Si existe una actividad reglada y existe el reglamento, a la luz del principio de legalidad ¿es válido acudir a otras fuentes normativas, como de prudencia, como ética social o regla general de prudencia, existiendo un reglamento?, le pregunta la Honorable Comisión IDH. BOVINO responde: *no, porque entonces no tendría sentido remitir al reglamento si, en realidad, puede aplicar su propia moral subjetiva. Lo que importa en este caso es que en la sentencia se utilizaron estándares de normas que no estaban vigentes. El fundamento no fue la ética social del juez, sino claramente fueron los arts. 37, 39 y creo 40 del decreto ... y ese decreto no estaba vigente.*

La Comisión IDH también le pregunta: si un tipo penal culposo, como el 84, remite a reglamentos, para satisfacer el principio de irretroactividad ¿basta con que el tipo de homicidio esté vigente a ese momento o el reglamento también debe estar vigente? El perito contesta que *el art. 84 solo no permite condenar, ya que exige un reglamento. Si no tenemos reglamento vigente no podemos decir si se lo violó o no. En el caso de los delitos de tránsito, hay que provocar el resultado descrito en el art. 84, pero como hacemos para averiguar la violación; la violación está básicamente en el reglamento que cierra la figura penal. No se puede con la sola vigencia del 84 garantizar la*



vigencia del principio de legalidad.

Esta parte interroga sobre lo siguiente: si se viola el principio de irretroactividad mediante una condena, como la dictada contra Mohamed y, mediante un recurso (cualquiera que éste sea), se impugna esa violación a ese principio de irretroactividad: ¿cuál es el remedio que debería concederse?

Respuesta: *una de las opciones es revocar la condena (por haber sido dictada en violación a tal garantía convencional).*

Pregunta el juez Pérez Pérez: tengo el art. 84 del código penal argentino, creo que es el vigente en esa época; ese artículo dice: ... imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o violación a los deberes a su cargo ... aumenta la pena ... vehículo automotor ... Bovino dice que la pena era de 1 a 3 años y no regía la agravante. Sigue diciendo el juez: pero sí establecía, ¿o no?, dígamelo, la imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión, antes de decir inobservancia de los reglamentos? Entonces, dice el juez, me parece que un razonamiento que se base en que el reglamento aplicado no era el vigente, no toma en cuenta los efectos del tipo penal del homicidio culposo ... no toma en cuenta la referencia a imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión. Esto lo afirma el juez Pérez Pérez. El juez sigue expresando: me parece que quien está ejerciendo una profesión o un arte, en el caso creo que se trataba de un conductor de un vehículo de transporte, un colectivo, tiene que saber que debe conducir con prudencia, con diligencia y con pericia y, de las referencias que yo he encontrando en los materiales que me dieron aquí, parecería que hubo algunos elementos que, independientemente de lo que diga cualquier reglamento, uno sabe que tiene que cumplir. Por otro lado, la profesión de conductor de un colectivo obliga a conocer y a aplicar los reglamentos correspondientes, verdad? Entonces, lo razonamientos que yo escuché se desarrollaron como que hubiera una exclusiva referencia a reglamentos. Yo conozco tipos penales, por ejemplo en materia de salud pública, que hacen una



total remisión al reglamento; acá tenemos algo que me parece que cubre otra serie de casos que son independientes de la vigencia o no vigencia de un decreto de fecha posterior o de la vigencia de uno de fecha anterior. Y entonces creo que los razonamientos sobre lo que son los tipos penales culposos como tipos abiertos, y los riesgos que esto implica para las personas en cuanto se les pueden aplicar cosas que no pueden prever que se les van a aplicar, no son exactamente aplicables al caso concreto. Usted habló en líneas generales, pero me parece que acá tenemos que considerar también esos elementos.

Siguiendo con la palabra el juez Pérez Pérez, indica que hay otro punto con respecto al principio de legalidad, porque, si yo lo escuché bien, usted dijo que eso indicaba que toda ley penal más benigna sería retroactiva y toda ley penal más severa no lo sería. Nosotros estamos aplicando acá no el código penal argentino o el uruguayo, sino la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Americana, en el artículo relativo al principio de legalidad e irretroactividad, dice las cosas de una manera más limitada que lo que dicen algunas legislaciones o algunas interpretaciones, porque en el art. 9 dice que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. No habla aquí de severidad o no severidad. Sí lo dice después cuando habla de la pena (tampoco se puede imponer pena más grave ...), de modo que en este caso no se aplicaría. ¿El principio de legalidad tiene para la Convención Americana ese mismo alcance tan general que decía usted al hablar de la no retroactividad de la ley más severa?

BOVINO: El artículo 84 yo lo leo de una manera y usted lo lee de otra. Me parece que cuando el artículo habla de imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo e incumplimiento de los reglamentos está hablando de distintos supuestos; la actividad reglamentada es claramente la actividad automotor; o sea impericia no me parece que sea aplicable al caso.



Pero más allá de eso lo cierto es que el único fundamento de la condena del peticionario fue la violación de un reglamento que no estaba vigente.

Pérez Pérez: La pregunta no se refería a cómo era la condena sino a cómo interpretaría usted el artículo que le leí de la Convención Americana respecto del principio de legalidad.

Bovino: hay actividades no regladas en donde uno sí puede acudir a uno u otro término, imprudencia o negligencia, pero cuando hablamos del incumplimiento de los deberes a su cargo, y estamos hablando de un hospital en donde hay un médico residente, está claro que sí, pero cuando hablamos de actividades regladas es distinto, porque si no el juez tendría una variedad tan grande de normas para elegir que prácticamente el principio de legalidad no cumpliría ninguna función.

Pérez Pérez: No le iba a poner el ejemplo de un médico, lo ha puesto usted, pero ello nos lleva a un campo donde es absolutamente claro que si se produce una muerte por impericia, imprudencia, impericia en su arte o profesión no tenemos que ponernos a averiguar si además hubo incumplimiento de un reglamento y si el reglamento era o no era aplicable. Estamos en un campo distinto a este, pero tiene sus comparaciones. Un conductor profesional tiene que conocer los deberes de su cargo y qué es lo que le impone pericia.

Bovino: supongamos que nos ponemos de acuerdo, lo cierto es que la sentencia fue fundada en un reglamento que no estaba vigente y eso es lo que hace que se viole el principio de legalidad y después no puede remitirse directamente al 84 porque el 84 no tiene definido ni la negligencia, ni la imprudencia ni la inobservancia de los deberes a su cargo ni la reglamentación. Y aparte eso es dicho después de que se apela, o sea que en la sentencia, cuando tuvo que fundarla, no recurrieron a esos elementos.



C.2. PERITO JULIO B. J. MAIER

El segundo aspecto jurídico marcado por el perito MAIER en su declaración ante la Corte IDH fue, como adelantamos, que el señor Mohamed *tampoco ha sido escuchado sobre este problema de la validez o invalidez de la sentencia (o de la corrección de la sentencia) que aplica (retroactivamente) un reglamento no vigente al momento del hecho; él no ha sido escuchado sobre ello.* Y añade, en lo que aquí nos interesa: *Esto tiene relación con el principio de legalidad penal, en el sentido de la prohibición de aplicar leyes penales retroactivas tanto en relación a la pena como en relación a la conducta prescripta (señalamos aquí que el perito, sin proponérselo, contesta aquí una pregunta que le había sido formulada momentos antes al perito Alberto BOVINO, por el juez Pérez Pérez, relativa al alcance del texto del artículo 8 de la CADH y, concretamente, encaminada a saber si la prohibición de retroactividad alcanzaba sólo a la pena o también al delito. En el párrafo citado del perito MAIER, ello quedó claro, en cuanto dijo (reiteramos) que la prohibición de retroactividad de la ley penal se da “tanto en relación a la pena como en relación a la conducta prescripta” (y ello luego de aclarar que ello responde a uno de los “interrogantes que le sugiere el caso en relación con la Convención Americana y otras regionales y universales de Derechos Humanos”). Es decir, contestando la inquietud antes mencionada, **ese es el alcance (amplio) que tiene la prohibición de retroactividad de la ley penal en la Convención Americana de Derechos Humanos para el perito Julio B. J. MAIER.***

Sobre el tema, los representantes de la presunta víctima preguntamos al perito Julio B. J. MAIER: ¿es legítimo utilizar un reglamento posterior al hecho como base de un deber de cuidado para condenar por homicidio culposo?

A ello MAIER responde: *es difícil contestar universalmente esa pregunta. Lo que sí se puede contestar es que, en el caso, la sentencia real de condena*



estaba fundada precisamente en la definición de imprudencia de este reglamento, aplicada retroactivamente a un caso para el cual era evidente que no regía porque era una ley no vigente sancionada con posterioridad al hecho. Esto presenta un problema relativamente similar a lo que, en materia penal, llamamos leyes penales en blanco, quizá no idéntico; un ejemplo similar se daría, por ejemplo, en las diversas prohibiciones de las sustancias controladas que, en la República Argentina, dependen de una decisión administrativa acerca de qué sustancias son controladas y, por supuesto, si ingresa alguna sustancia en una fecha "x" no es posible que abarque conductas anteriores. Me parece que, en este sentido, fue mal aplicada (la reglamentación) y esto es reconocido por el tribunal cuando le rechaza el recurso. (Estuvo mal) el haber aplicado retroactivamente una definición de la imprudencia. El tribunal define la imprudencia por la violación del reglamento de tránsito de la ciudad de Buenos Aires, que no estaba vigente al momento del hecho. Para que los jueces se den cuenta de lo que estoy diciendo, el artículo 84 (que determina el homicidio culposo), en el código penal argentino, al definirlo, habla de imprudencia en el sentido de una acción positiva que no sea la adecuada al caso, de negligencia, incluyendo allí omisiones que deban haber determinado al autor para accionar y evitar el resultado y, también, habla de violación de los deberes de prudencia impuestos por un reglamento, es decir la violación del orden reglamentario de la actividad, por ejemplo lo de la medicina podría ser y esto es lo que hizo el tribunal de la sentencia, es decir en la condena, en la que dijo que el chofer del colectivo, sin perjuicio que pudo haber cruzado con luz verde de permisión, debió haber ubicado a quien fue víctima del hecho, la señora que falleció, si hubiera tomado la necesaria prudencia de mirar para los dos costados. Por esta situación el tribunal revoca la sentencia absolutoria, que precisamente decía que no había sido posible afirmar con certeza la imprudencia del chofer del colectivo, del autobús.



La Comisión IDH pregunta a MAIER si, frente a una actividad reglada, que se encuentra reglamentada en algún tipo de norma, considera que es posible definir la imprudencia, la negligencia, la impericia, en otras fuentes que no sean el reglamento? A lo que MAIER dijo: *sí, claro que sí.*

Sigue preguntando la Comisión IDH: ¿Y frente a un tipo penal como el artículo 84, que no define en su texto qué es imprudencia, qué es negligencia, qué es impericia? A ello MAIER responde: *puede haber una profesión que NO esté reglada y eso no significa que yo, en el ejercicio de esa profesión, pueda hacer cualquier cosa. Si coloco en riesgo la vida de una persona o la salud de una persona por un mal ejercicio (de esa profesión), ya no por un reglamento escrito dado por la autoridad, sino por imprudencia o negligencia, cometo un delito imprudente. Por ejemplo, la “profesión de esposo” no está reglada, pero si yo a mi esposa embarazada la golpeo en algún lugar y provocho la interrupción del embarazo (y está prohibido el aborto culposo) cometería aborto culposo. Hay que aclarar aquí (decimos nosotros, como representantes de Mohamed) que ese ejemplo no sólo no se vincula con nuestro caso (pues el nuestro tuvo lugar en el contexto de una actividad especialmente reglamentada), sino que, en Argentina, el ejemplo está específicamente previsto en el artículo 87 del Código Penal, que reprime con prisión de seis meses a dos años al “que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare”. Para el homicidio culposo por violación de reglamentos no hay ninguna norma legal que permita ignorar el reglamento y buscar el deber de cuidado en donde le plazca al juzgador. De allí que el artículo 84 contemple la pena de inhabilitación, que no establece el 87.*

La Comisión IDH preguntó, también, lo siguiente: independientemente de si la actividad está reglada o no, la autoridad judicial, cuando va a definir cuándo hay imprudencia, negligencia o impericia, qué salvaguardias debe tener en lo



que se refiere a motivación, para no incumplir el principio de legalidad?

A ello MAIER respondió: *debe exponer el fallo claramente en qué se funda ... este fallo lo ha hecho así, ha dicho que funda la imprudencia (ya no me acuerdo bien) en cierta conducta del chofer, me parece de no mirar hacia la derecha, que aún con luz verde de permiso de atravesar la calle le hubiera significado frenar y no atropellar a la señora. El fallo debe explicar bien cuál es el hecho fáctico del cual surge la imprudencia; cuál es este hecho, en el caso en que no estuviera reglada, por ejemplo los golpes del marido a la mujer que han provocado la interrupción del embarazo, pero yo creo que los fallos deben explicar ello claramente, sobre todo cuando son fallos de jueces profesionales; acá entra otro problema en discusión: si son jurados o qué sistema de enjuiciamiento penal se adopta. Muy probablemente si el sistema es de jurado no haya fundamentos tan claros, sino que el jurado se define por sí o por no, acerca de si existe el delito "x". pero, en los (sistemas de) jueces profesionales, parece necesario, según inclusive el ordenamiento jurídico positivo estatal, que los jueces funden los fallos. En la República Argentina ésta es la base de cómo son todos o casi todos los juicios (en la provincia de Córdoba hay una cuestión distinta). Es parecido a lo que sucede en Costa Rica y, por eso, se les exige que digan por qué condenan o absuelven.*

Sobre el mismo tema intervino el Juez Alberto Pérez Pérez manifestando lo siguiente: el otro punto se refiere a la sentencia misma de condena; yo no la he leído ahora. Yo leo que la parte de fundamentación dice: "entre las normas aplicables al caso, que por lo dicho son normas de práctica internacional, una establece el deber para el que crea un riesgo a terceros de conducirse de modo de tener en todo momento el debido control de ese riesgo, para poder impedir cualquier daño a terceros que pudiera provenir de circunstancias posibles y previsibles. Otra, ligada con aquella, impone a quien procura adelantarse a otro vehículo la obligación de preservar la necesaria visibilidad no debiendo por



tanto iniciar esa maniobra ante esa encrucijada, curva, puente u otro lugar peligroso. Y una tercera otorga prioridad de paso al peatón cuando éste cruza sobre la senda peatonal, de un modo absoluto en los lugares en donde no hay indicadores mecánicos y de un modo relativo en donde hay señales fijas, pues debe hacerlo con arreglo a las indicaciones a las mencionadas señales”. Hasta ahí se está hablando sin hacer referencia a ninguna norma reglamentaria argentina y, no habiendo leído la descripción de los hechos, yo me imagino que está haciendo algo que se ajusta a los hechos del caso. Recién **allí que dice: “en nuestra legislación tales principios están contenidos en los artículos 37, 39 y 40 del decreto ley n° 692/92, reglamentario del tránsito automotor”**. Ese reglamento era posterior al hecho. ¿Ese era el primer reglamento de tránsito o era uno que modificaba otro anterior? A ello MAIER nos dice: *no me acuerdo bien, pero creo que era de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; el anterior era federal. No estoy seguro de eso*. A continuación pregunta el Juez Alberto Pérez Pérez: suponiendo que hubiera habido un decreto anterior, lo más probable es que contuviera normas por lo menos análogas. A ello MAIER dice: *lo que pasa es que el decreto es tan viejo que ni siquiera habrían semáforos. Hasta lo que me ha leído de la sentencia, sin poner en juego aquello de que esto podría estar dicho en la misma sentencia o en la del recurso, ya no lo sé* (dice el juez Pérez Pérez: sentencia de 1995), Maier dice *no sé, debe ser la que rechaza el recurso extraordinario*. El Juez Pérez Pérez dice: ahí es donde aparece la cita del reglamento. Maier: lo que tiene que decir el sentenciante es qué hizo el señor Mohamed; no cómo interpreta la norma, sino si se adelantó, si no miró, cómo fue la conducta del señor Mohamed y después decir “hay una regla anterior, posterior, o de cualquier tipo”, pero yo lo que no he visto, me parece que lo que hace razonar sobre esto (se da) una vez que aplicó una condena al expedirse sobre el recurso extraordinario y, entonces, **cuando ya no tenía más jurisdicción y cuando no podía fijar los hechos, ya los hechos habían sido fijados anteriormente**, qué hizo Mohamed (el Juez Pérez Pérez dice: eso es



otro punto, pero lo que le leía hablaba sin referencia a normas de derecho positivo argentino. El art. 84 del código penal argentino primero dice imprudencia, negligencia ... y después remite a reglamentos. Cuando usted hablaba de las contravenciones en la Capital Federal ... suponiendo que hubiera un reglamento anterior que dijera cosas análogas aplicables a la conducta real del caso, se podría quizás decir, por lo menos en mi opinión, que la mención del nuevo decreto entraba más en la noción de error material que si era, en cambio, un caso en que se hubiera reformado la normativa anterior. Yo no lo conozco. Ante ello, el perito Julio B. J. MAIER aclara: *un error material sí pudo haberlo corregido aún en ese momento: un error del año en que fue sancionado. Lo que usted dice es básicamente cierto, si ellos hubieran fundado la sentencia y hubieran dicho “tanto es así que el reglamento actualmente prohíbe estas conductas”, pero lo mismo hace falta describir la conducta del conductor que, para ellos, significa una imprudencia. Yo quisiera saber, en relación a la norma que le prohíbe adelantarse, que usted leyó, si se adelantó o no, por ejemplo, según la sentencia.* El Juez Pérez Pérez dijo: eso es otra cosa.

C.3. PERITO ALBERTO M. BINDER

Respondiendo a una pregunta formulada por los representantes de la Honorable Comisión IDH, sostuvo que *el correcto proceso de subsunción sólo se alcanza cuando se indica con claridad el nivel normativo de referencia (secundario) que ha sido infringido, haciendo nacer la “conducta descuidada”. Ese segundo nivel normativo se encuentra alcanzado por los mismos principios que regulan la legalidad de la referencia normativa primaria y no sería admisible, por ejemplo, que se considerara descuidada una conducta por reglas de cuidado establecidas con posterioridad (por ejemplo, un procedimiento médico estándar que se establece con posterioridad a la conducta bajo juicio).*



C.4. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CÁTEDRA DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO (ARGENTINA)

El Amicus Curiae señala, al respecto, los estándares que deberían tenerse presentes para resolver si, en este caso, existió o no violación al artículo 9 de la CADH.

i) En primer lugar debemos referir que altos tribunales de nuestro país han sido coincidentes en afirmar que *“la nuda atribución de imprudencia, impericia y negligencia es insuficiente, más allá de la prolija enumeración de la prueba practicada en el debate, si no se atina a puntualizar en qué consistió, concretamente, cada una de las precitadas modalidades de la culpa y, en suma, no se ha dicho cuál ha sido la imprudencia o cuál la violación al deber objetivo de cuidado, con lo que el fallo queda huérfano de sustento”* (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I. Causa n° 1881, caratulada “LOURO, Adrián Alejandro s/Recurso de Casación”. Sentencia del 28 de agosto de 1998. Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 10, Ad-hoc. Buenos Aires, 2000, págs. 51/54).

Es por ello que el primer estándar a tener en cuenta es que la sola referencia, en abstracto, de que ha existido imprudencia, negligencia o una violación general al deber de cuidado no es suficiente para garantizar el principio de legalidad.

ii) En segundo lugar, debemos afirmar, no obstante lo dicho anteriormente, que si bien es cierto que cuando se trata de una actividad reglamentada -y la circulación vehicular es ciertamente una de ellas- se debe recurrir prioritariamente al reglamento aplicable para *cerrar* el tipo, no es menos cierto que pueden existir normas sociales o consuetudinarias de prudencia que resultan exigibles, aun cuando no estén textualmente contenidas en la



reglamentación. En tal sentido, se ha dicho claramente que la infracción de normas del tráfico es, conforme señalamos, *un indicio* para la constatación de la imprudencia, “*pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado*”, porque, incluso “*el respeto de las normas de tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido*”.

Es por ello que un segundo estándar a tener en cuenta para determinar si se violó el principio de legalidad es que en la sentencia se debe exponer claramente cuál es la conducta que se le reprocha al imputado, es decir de qué modo ha creado un *riesgo no permitido* y con qué norma reglamentaria, social o consuetudinaria se *cierra* el tipo en el caso concreto.

C.5. NUESTRA POSICIÓN

El principio de legalidad pena está consagrado en el artículo 9 de la CADH, según el cual “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueron delictivos según el derecho aplicable ...*”.

Se trata de una garantía del imputado frente al poder penal de los Estados. Ese es su objetivo político: brindar al ser humano una herramienta de protección, que le sirva para limitar la terrible intromisión penal de los Estados. Ese objetivo político lo persigue el principio de legalidad tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el ámbito normativo interno de cualquier Estado parte del sistema interamericano de Derechos Humanos.

Ello es mucho más importante cuando estamos frente a casos de derecho penal común y, dentro de ellos, ante un hecho ni siquiera intencional, sino meramente culposo, atribuido a una persona de baja condición social, en el marco de un sistema penal que opera con altas cuotas de selectividad irracional. Es decir, no estamos frente a un caso de genocidio o de algún crimen de lesa



humanidad, previstos en Convenciones de Derechos Humanos específicas (que pudieran admitir alguna consideración particular debido a su especial gravedad para la comunidad internacional). Estamos ante el caso de un chofer de autobús, de baja condición social, que tuvo la desgracia de haberse encontrado con una persona que pretendió cruzar una avenida antes de que el semáforo le diera paso y sin querer alcanzó a tocarla, lo que provocó su caída y posterior muerte. Hablamos de una persona que, por este infortunio perdió hasta su trabajo y que inició, a partir de la condena penal, un martirio para él y toda su familia.

Una lógica consecuencia del principio de legalidad es la prohibición de la retroactividad de las leyes penales más severas para el imputado (y no de las más benignas). Este es un postulado contenido en todos los derechos de los Estados.

Ello está consignado expresamente en el artículo 9 de la CADH. Una ley que agrave la pena sólo se aplica para el futuro. “Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (2º frase del art. 9, CADH).

En cambio, la ley más benigna también se aplica para el pasado. “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (3º frase del art. 9, CADH).

Que la Convención Americana hable de “pena” y no de “delito, cuando se refiere al principio de irretroactividad de la ley penal más rigurosa, resulta intrascendente, porque no hay pena sin delito ni hay tampoco delito sin pena (al menos si entendemos como delito al hecho punible). La ley penal tiene que ser *anterior* al hecho que se juzga para permitir su conocimiento y comprensión; es decir, para que podamos saber qué conductas son delictivas y están, por ello, penalizadas con cierta de determinada sanción y cuáles no. Si la conducta delictiva pudiera crearse o agravarse por medio de una ley posterior al hecho (y aplicarse para el pasado), nunca podríamos motivarnos en esa ley y esa ley no



podría servirnos de guía para conocer y comprender la materia de la prohibición. Lo mismo ocurre con la pena; ella tampoco puede agravarse, para un caso concreto, por medio de una ley *posterior* al hecho de la causa, porque de ese modo no tendría vocación preventiva alguna. Es que, en definitiva, cuando se crea un nuevo delito o cuando se agrava un delito se está, al mismo tiempo, creando o agravando la penalidad. Cuando, para completar una ley penal, se pretende aplicar un reglamento para el pasado, se está queriendo considerar delito el hecho anterior de acuerdo con lo que describe una ley posterior; es decir, se está habilitando una pena en función de un reglamento que antes no la habilitaba (porque sólo la habilita para el futuro, conforme al principio de irretroactividad).

Por ello es que, incluso, el perito Julio B. J. MAIER (al tratar los interrogantes que le sugiere el caso *en relación con la Convención Americana* y otras regionales y universales de Derechos Humanos) dijo, al respecto, que el señor Mohamed *tampoco ha sido escuchado sobre este problema de la validez o invalidez de la sentencia (o de la corrección de la sentencia) que aplica (retroactivamente) un reglamento no vigente al momento del hecho; él no ha sido escuchado sobre ello.* Y añade, en lo que aquí nos interesa: *Esto tiene relación con el principio de legalidad penal, en el sentido de **la prohibición de aplicar leyes penales retroactivas tanto en relación a la pena como en relación a la conducta prescripta.***

En nuestro caso, se violó en principio de legalidad penal porque, para condenar a Mohamed, se aplicó una ley penal (un reglamento complementario de la ley penal) posterior al hecho del proceso.

Ello surge de la propia sentencia. En ella, la única ley que se cita como fuente de los deberes de cuidado (que se dicen violados) es ese reglamento de tránsito (no vigente, en este caso, al momento del hecho).

Nunca se citó ese decreto del año 1.945 (que sólo mencionan los Ilustres



representantes del Estado argentino).

Ni nosotros (ni la Corte IDH) tenemos hoy (20 años después del hecho) que buscar si había o no un reglamento aplicable al caso. Ello es así, sencillamente, porque la sentencia de condena no aplicó ni ese ni otro reglamento alguno. Sólo aplicó el no vigente, en donde dijo que se encontraban descriptos los deberes de cuidado que se entendieron violados por Mohamed. Determinar, ahora, si había o no otro reglamento (y comparar sus contenidos) llevaría a que la Corte IDH tuviera que actuar, hoy, como una nueva instancia de revisión de esa sentencia de condena; y esa no es función de la Corte IDH.

Sólo fueron los Honorables representantes del Estado Argentino quienes aludieron a un viejo reglamento de tránsito n° 12.689 del año 1.945.

De todos modos, como se ha interrogado sobre esta cuestión en la audiencia ante la Corte IDH, aclaramos que, aunque la condena no citó ningún otro reglamento (y no corresponde hoy recurrir a él), si se lo quisiera hacer jugar, ese vetusto reglamento decía: “En los sitios en que el tránsito se hallaba dirigido ... por medio de señales mecánicas, **los peatones sólo tienen derecho a cruzar la calzada en el mismo sentido en que lo hagan los vehículos a los cuales dé paso ... la señal mecánica**” (art. 56, b). Es decir, **tienen derecho a cruzar una calle (y mucho más una avenida de 6 carriles) cuando lo permita la luz del semáforo.**

Adviértase que la condena dijo que “**más allá de cualquier negligencia que pudo aportar la víctima a este luctuoso suceso, tal vez comenzando a cruzar** (como lo expone razonablemente el testigo Rodríguez) **cuando faltaban instantes para que la luz verde diera paso a la amarilla**” (hoja III de la condena). De esto resulta que la víctima no tenía derecho al cruce de la calle, pues sencillamente el semáforo no la autorizaba a ello.

¿Y qué decía sobre ello ese viejo reglamento (no citado en la sentencia)?



Precisamente decía: “Fuera de los casos expresamente previstos en este reglamento, **le está prohibido al peatón utilizar la calzada**” (art. 59, d).

Pero hay más. Sigue diciendo ese viejo reglamento: “**Si así no lo hiciere, ese solo hecho crea la *presunción de su culpabilidad*** en los accidentes de tránsito que se produzcan como consecuencia de la infracción a esta regla” (art. 56, d, 2º párrafo).

Si tuviéramos que introducirnos en una cuestión que no corresponde hoy, como dijimos, también podríamos, en esa lógica, sostener que la víctima, al comenzar a cruzar una avenida de seis carriles cuando el semáforo no se lo permitía, se auto-puso en peligro, por lo cual su muerte no es objetivamente imputable al conductor. La conducta riesgosa de la víctima excluye la imputación objetiva del resultado muerte a la conducta de Mohamed¹.

Lo cierto y determinante, en nuestro caso, es que la sentencia de condena (dictada por primera vez en segunda instancia) no mencionó otra fuente legal, de los deberes de cuidado que dijo violentados por Mohamed, que el decreto n° 692 del año 1992, no vigente al ocurrir el accidente.

Los Honorables representantes del Estado Argentino se equivocan cuando dicen que el decreto no vigente del año 1.992 sólo “se ubica en los *considerandos* (del voto) del Dr. Tozzini” (hoja 9 vta. de la Contestación del Estado Argentino al Informe de Fondo de la Comisión IDH y a nuestro escrito de solicitudes y pruebas), como si esa fuera la opinión aislada de uno solo de los tres jueces que firmaron la sentencia de condena. Ello lo ratificaron en el alegato oral ante la Corte IDH. El error consiste en omitir considerar que, precisamente, **a ese voto adhirieron expresamente los otros dos jueces**, con lo cual lo hicieron suyo también. En otros términos, *es la condena* la que se basa en un decreto no vigente al momento del hecho.

¹ Por todos, Manuel CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal (Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas)*, Bosch, Barcelona, 2001; en particular ps. 318 y siguientes.



La sola mención del artículo 84 del Código Penal en la parte resolutive del voto del Dr. Tozzini (al que adhirieron los otros dos jueces) y en la parte resolutive de la sentencia *no alcanza para cumplir con el principio de legalidad penal*, ya que los únicos deberes de cuidado que se dicen violados los declara sólo descriptos en un decreto inaplicable (por ser posterior al hecho).

Al contrario, **no dice la sentencia de condena** (ni su posterior intento de “corrección” o “mejoramiento” efectuado al rechazar el recurso extraordinario) **qué deberes de cuidado son los que se extraerían del texto del artículo 84 del Código Penal sin recurrir a reglamento alguno de tránsito**. Si la condena no cita otros deberes de cuidado, no puede luego sostener que fueron violados deberes de cuidado diferentes a los que dijo contenidos en el decreto posterior al hecho de la causa.

El perito Alberto BOVINO expresó que “con el artículo 84 del Código Penal, solamente, nadie podría conocer lo prohibido y nadie podría ser condenado”, en un caso como éste, de un hecho cometido en el contexto de actividades reglamentadas.

En un Estado Constitucional de Derecho, respetuoso de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando una ley no define precisamente la conducta prohibida y deriva a reglamentos, lo prohibido hay que encontrarlo en esos reglamentos y no en lo que se le pudiera ocurrir a cada juzgador.

Lo prohibido tampoco podría surgir, en esos casos, en las difusas “pautas sociales de conducta” (que, como nadie puede saber cuáles son y en qué consisten concretamente, el recurso a ellas daría lugar a que el juez, directamente, cree la conducta prohibida después del hecho y con plena libertad y discrecionalidad). Ello, además, crearía el peligro de cerramiento de las prohibiciones en base a las pautas de conducta o concepciones de vida propias de cada juzgador.

No existiría seguridad jurídica alguna si las prohibiciones genéricas de lo



penalmente prohibido pudieran ser completadas o cerradas por los jueces de conformidad con lo que algunos denominan “pautas sociales de conducta” ¿Adónde recurrimos para averiguar cuáles son dichas pautas? ¿Qué certeza tenemos acerca de su existencia y alcance? ¿Quién tiene la autoridad para deducirlas vaya a saber de dónde? Como dijo el Dr. Roque J. Mantiene (en el trámite ante la Comisión IDH), ello permitiría acudir al “sano sentimiento del pueblo”, si estuviéramos, claro, en la Alemania nazi. Como felizmente no estamos en un totalitarismo en la Argentina, sino todo lo contrario, resulta inadmisibles que pueda considerarse legítima una condena nada menos que *penal* (a pena carcelaria, con todas las consecuencias terriblemente nocivas que produce en la vida de una persona) fundada en una conducta (no intencional) no descripta en ley penal alguna anterior al hecho de la causa.

Si no se supo, con precisión, cuál era la conducta *penalmente* prohibida en el caso concreto, menos pudo saberse si la acción realizada por Mohamed, cuando conducía el autobús, cumplía con las características de un delito del derecho criminal.

Además de lo dicho, podemos agregar que el hecho atribuido a Mohamed estaba (y está) reprimido, además de pena carcelaria, con inhabilitación obligatoria. La inhabilitación sólo se aplica a conductas reglamentadas, que requieren habilitación, por lo cual su aplicación debe apoyarse necesariamente en la violación a un reglamento o ley que regule la actividad en cuyo contexto se lleva a cabo. Por ello no concuerdo con el ejemplo del marido que, sin querer pero en forma descuidada, le pega a la esposa embarazada y le hace perder el embarazo. Este último no es un aborto meramente culposo (no penado en Argentina), sino un aborto preterintencional, que requiere el ejercicio de violencia dolosa previa a la muerte de la persona por nacer (Conf. artículo 87 del Código Penal Argentino). El artículo 87 citado no contempla la pena de inhabilitación, a diferencia del artículo 84 aplicado a nuestro caso. El esposo de



ese ejemplo no podría, entonces, ser inhabilitado para estar con su esposa, mientras que los casos prohibidos por el artículo 84 exigen que se inhabilite al autor (lo cual sólo corresponde si el hecho fue realizado en el contexto de actividades reglamentadas). De todos modos, éste es un fundamento que podríamos dejar de lado en el caso concreto, porque nos llevaría a valorar críticamente toda la construcción dogmática de los delitos culposos (y no es éste el ámbito para hacerlo).

Si la conducta prohibida se la extrae de un decreto no vigente al momento del hecho que se juzga, tampoco se cumple con el mandato de *ley penal cierta y estricta*, que surge como consecuencia directa del principio de legalidad penal (sobre ello, podemos citar el caso Kimel vs. Argentina, Corte IDH, del 11 de mayo del 2007).

“El artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas ‘acciones u omisiones’ delictivas en la forma más *clara y precisa* que sea posible” (Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, apartado 90). La Corte cita aquí otros fallos en los que dijo que “la elaboración de los tipos penales supone **una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medias no penales**. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder *punitivo* ... *Corresponde al juez, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal*, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico” (Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, apartado 90, con cita de los casos “*Instituto*



de *Reeducación del Menor*”, sentencia del 2 de septiembre del 2004, párrafo 125; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury*, sentencia del 8 de julio del 2004, Serie C N° 110, párr. 179; *Herrera Ulloa*, sentencia del 2 de julio del 2004, Serie C, N° 106, párr. 142).

Para concluir, no toda imprudencia (lesiva) tiene que ser delito *penal*, pues ello produciría una enorme consecuencia negativa para el necesario tráfico automotor. Este último es necesario y valioso, aunque se produzcan lesiones y muertes en su contexto. Hay innumerables riesgos que producen diversas actividades sumamente convenientes y que no nos queda otra alternativa que aceptar. Es así como, frente a hechos humanos que producen consecuencias dañosas, un Estado Democrático y Constitucional de Derecho debe implementar respuestas de lo más diversas, sobre todo de índole preventiva. Sólo corresponde acudir a la vía punitiva (y en especial carcelaria) cuando no queda otra alternativa posible a la que echar mano, por ser un hecho demasiado grave y por haberse cumplido, a su respecto, con todo el sistema de garantías que limitan ese poder tan desgarrador. Es deber del Estado construir un *poder penal de mínima intervención* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú, del 14 de marzo del 2001).

De acuerdo con ello, la única imprudencia *penalmente* delictiva es aquella prevista, *en forma clara, precisa, expresa y taxativa*, en una ley penal previa a la comisión del hecho de la causa.

D. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM (ART. 8, 4 DE LA CADH).

Binder, Maier y el Amicus Curiae prueban la violación al *principio ne bis in idem* (art. 8, 4 de la CADH).

Además ello se comprueba con los estándares vigentes en Argentina de



acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

D.1. PERITO ALBERTO BINDER

Sobre la presente cuestión, le formulamos al perito Alberto M. BINDER, como número 6, la siguiente pregunta: ¿Es compatible la condena proferida en contra del Señor Mohamed con el principio del *Ne bis in idem*?

A ello BINDER respondió: *el caso rector hasta el momento para este tema es "Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento causa n°21.923/02 del 31 de agosto del 2010). En dicho caso se trataba de una absolución anulada, que mandaba realizar otro nuevo juicio sobre el mismo hecho. Si bien no se trata de la misma situación, ya que aquí el proceso recursivo lleva a la anulación y no al dictado de una decisión propia de condena por el tribunal revisor, la situación es análoga, en cuanto a los principios constitucionales aplicables. Pero el fallo Sandoval sólo es rector en tanto asume como doctrina de la Corte, lo que antes era un voto minoritario del Juez Petracchi en el caso "Alvarado" (321:1173). El argumento, ahora de la Corte Suprema, es el siguiente: (i) En primer lugar se señala que la Corte no puede dictar directamente el fallo, por no encontrarse en capacidad de meritarse todos los elementos del caso (es decir, no puede hacer lo que hizo el tribunal en el caso Mohamed) por lo que sólo podría reenviar a nuevo juicio; considerando 5); (ii) A continuación la Corte se plantea el siguiente objeto de decisión ¿Es posible -a la luz de nuestro derecho federal- que, en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes?*

La respuesta a esa cuestión (en ese entonces propia de un voto minoritario, a partir de Sandoval, decisión mayoritaria de la Corte) es la siguiente: (i) No, tal solución no sería válida, según los precedentes de la



propia Corte, en particular el caso "Mattei" (272: 188); (ii) el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuesto de nulidad"; (iii) tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente (iv) "además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal"; (v) el derecho a un juicio razonablemente rápido [incluido en el art. 18 de la Constitución Nacional (confr. considerando 14 del caso Mattei)] se frustraría si se aceptara que, cumplidas las etapas esenciales del juicio y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión sólo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello con perjuicio para éste en cuanto, sin falta de su parte, **lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal...**" (considerando 8)

En base a lo dicho en "Mattei", reproducido por el voto minoritario en Alvarado y hoy caso rector según "Sandoval", **la doctrina de la Corte Suprema**, quien se preocupa de adaptar los precedentes norteamericanos sobre el mismo punto **es la siguiente**: "La idea fundamental, una que está profundamente arraigada al menos en el sistema jurisprudencial anglo-americano, es que **no se debe permitir al Estado que, con todos sus recursos y**



*poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un invocado delito, sometiéndolo así a perturbaciones, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable... Así, uno de los principios elementales de nuestro Derecho Penal establece que **el Estado no puede originar un nuevo juicio mediante un recurso, aun cuando la absolución pueda parecer errónea**" (el énfasis en "negrita" es puesto por la misma Corte Suprema).*

En esa línea argumental la Corte sostiene lo mismo que los precedentes norteamericanos asumidos, es decir, que: "cuando un recurso acusatorio contra una absolución puede originar procedimientos que violan la cláusula del non bis in idem, el recurso en sí mismo carece de un objeto válido [has no proper purpose]. Conceder una apelación así, frustraría el interés del acusado en obtener la finalización de los procedimientos en su contra. Por lo tanto, el Superior Tribunal [de Pennsylvania] sostuvo correctamente que la cláusula del non bis in idem impide la apelación acusatoria contra la sentencia de absolución no sólo cuando de ella resultaría un segundo juicio, sino también cuando la revocación se pudiera traducir en 'ulteriores procedimientos de alguna clase, tendientes a la resolución de cuestiones de hecho referentes a los elementos del delito imputado'"

*Los efectos de esa doctrina son claros para la corte: el objeto del recurso sub examine -en tanto, por medio de él, el acusador público pretende revocar la sentencia absolutoria dictada en autos y reenviar el caso a nuevo juicio- no encuentra amparo a la luz del derecho federal vigente, más allá del acierto o el error de los agravios de fondo que el apelante ha pretendido hacer valer contra el pronunciamiento impugnado. Si este razonamiento impide la realización de un juicio mediante "reenvío" cuanto más impide que el tribunal revisor dicte **sentencia sin un nuevo juicio**. El hecho de que el recurso haya sido sostenido*



por el acusador privado, además del público, tampoco cambia la situación ya que en el proceso penal los acusadores, respecto del sistema de garantías, se encuentran en la misma situación y posición y no sería admisible que un imputado tuviera menos garantías cuando es sometido a juicio por un acusador u otro.

En síntesis, viola el principio del “non bis in idem” cuando se pretende modificar la absolución dictada en el primer juicio, mediante un recuso del acusador, sea que esto lleve a un nuevo juicio por reenvío o provoque directamente una sentencia de condena.

D.2. PERITO JULIO B. J. MAIER

El tercer punto al que se refiere la declaración del perito Julio B. J. MAIER, en orden de importancia, es que, dijo textualmente, *existe también aquí el problema que, conforme al derecho argentino, han habido dos enjuiciamientos del imputado; un primer enjuiciamiento que lo declaró absuelto y un segundo enjuiciamiento por intermedio de un tribunal al que recurre el fiscal, que, al contrario, lo declara culpable y le impone una pena.*

Los representantes de Oscar Mohamed le preguntamos si se puede o es legítimo revisar una sentencia absolutoria y, particularmente, en relación a la discrepancia de criterio del acusador. MAIER dijo: *la respuesta a esto exige varios pasos. Yo he dicho ya que, desde el punto de vista ortodoxo, si se afirma el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, de alguna manera va a resultar imposible permitirle al Estado, o al Ministerio Público o al acusador, o también a la víctima del caso penal, recurrir en busca de otra sentencia. Ella ya ha presenciado un juicio. En el caso de que el juicio por alguna razón “x” no sea declarado inválido, la sentencia absolutoria rige. Eso nos lleva al derecho angloamericano, que yo menciono también en un artículo sobre el tema. Voy a citar ahora mismo un caso de la Corte Suprema de los*



Estados Unidos, Green vs. U. S., 1957, U.S., vol. 355, ps. 184 y ss. (allí se dice: "...es uno de los principios elementales de nuestro derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación, aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea"). El resultado es que yo creo que éste sería el estándar correcto que tendría que existir en el derecho universal, para poder realizar en toda su extensión el derecho al recurso de quien es condenado por una sentencia o a quien se le impone, si no es una sanción, al menos una medida que restrinja sus derechos, como puede ser la internación en un establecimiento hospitalario, etc. Pero, al menos por una cuestión de regreso al infinitum, sería absolutamente imprescindible que el Estado tenga al menos un recurso menos que el imputado, directamente, porque si no la cuestión se repite y sigue funcionando hacia adelante. Supongan, en este mismo caso, si la Corte Argentina, al conceder el recurso, hubiera anulado la sentencia, no hay duda que otro tribunal puede de nuevo entender y, en caso de una absolución, vuelve de nuevo, según el derecho argentino, a tener derecho el fiscal a recurrir. Esto demuestra cómo, en algún momento, por una cuestión simplemente práctica (no por una cuestión jurídica), para la realización del derecho al recurso el Estado debe tener al menos un recurso menos. Quizá ésta sea la idea más conservadora. Porque, atrás de esto, la idea real es que se quiere concebir el recurso como una garantía judicial. No hay posibilidad, en materia penal, de concebir el recurso como una posibilidad del Estado de alcanzar una sentencia condenatoria o una sentencia más grave que la realmente alcanzada. Con esto quiero decir: los recursos nunca, en origen, representaron una garantía para quienes intervenían en un litigio. Los recursos fueron invento de la inquisición, en el sentido de que el príncipe, quien tenía en su poder el juzgar, lo daba prestado (lo entregaba) a sus oficiales y sus oficiales debían devolvérselo y explicarle la razón de haberse conformado a las reglas que el príncipe daba, de tal manera que allí comenzaron a existir diversos recursos en contra de la sentencia dentro del derecho inquisitivo. Una



*obra de teatro española desarrolla bien el tema, que es de Lope de Vega, Fuenteovejuna, desarrolla muy bien el tema de cuál es el sistema de recursos y cómo llega hasta los Reyes Católicos la decisión de la Justicia, en el sentido de delegar el poder para después recuperarlo por devolución. **Los recursos no son en origen, entonces, un sistema de garantías. Sólo son un sistema de garantías si introducimos una verdadera revolución dentro del sistema de recursos, sobre lo que yo creo que es misión el presentar un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales. Ese nuevo sistema de control, en el caso del derecho penal, exige, a mi juicio, que el Estado (como dice la norma que ha dictado la Corte Suprema de los Estados Unidos) no tenga un recurso frente a la absolución, ni tampoco frente a una sentencia para lograr una sentencia más grave. En ese sentido es que también existe otra regla que carecería de sentido material si existe un derecho del Estado a recurrir, que es la prohibición de la reformatio in peius. Los procesalistas normalmente toman la regla en su sentido formal. Si, en cambio, el acusador recurrió se borró el efecto de la regla y es posible obtener una sentencia en perjuicio (o sea una peor sentencia en perjuicio de la persona juzgada). Y esto no es posible. La regla tiene sentido material y esta regla también integra el catálogo de Derechos Humanos. Un segundo tribunal, si un primer juicio ha sido válido, no puede perjudicar aun más a la persona que sufre el procedimiento, que lo que ocurrió en la primera sentencia.***

Preguntamos a MAIER si el principio *ne bis in idem*, previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos, permite alguna distinción según la gravedad del delito (por ejemplo si podría hacerse alguna diferenciación con respecto a juicios por delitos de lesa humanidad, como sería el caso de la imprescriptibilidad).

MAIER contestó: *mientras se mantenga el sistema penal, el sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires prevé penas privativas de la*



*libertad para contravenciones. Mientras se mantenga la contravención (he bregado para que las contravenciones sean derecho administrativo sancionatorio) en ningún caso podrían tener penas que no sean fácilmente reparables por el Estado en caso de error y el procedimiento se deba comprender allí como se comprende la sanción administrativa, como una posibilidad dada a quien sufre la sanción administrativa de demostrar que es un error. La administración, por razones de necesidad de obrar urgentemente, por ejemplo en el caso del decomiso de alguna mercadería que ya no puede ser expedida al público, no tiene demasiado tiempo para que la persona perjudicada por esto demuestre en el procedimiento administrativo que se trató de un error, que la mercadería secuestrada era idónea para ser expedida al público. Pues, entonces, la reparación es posible. Si se trata de otras penas que no son reparables o que no son reparables inmediatamente, y esto es lo que hace el derecho contravencional de la ciudad de Buenos Aires, a mi juicio no hay otra forma que también aplicarle el derecho del condenado al recurso. Pero en un orden ideal **no debería alcanzar más que a un derecho penal, que debería reducirse significativamente en relación al derecho penal de hoy, sobre todo la amenaza de la pena privativa de la libertad. Esto es lo que no es reparable. A nadie se le puede reparar el tiempo que estuvo preso en una cárcel; tampoco se puede reparar la vida para aquellos que justifican la pena de muerte o que tienen en su legislación la pena de muerte. Si yo constituyo un sistema contravencional, por ejemplo, más leve, pero sobre la base de la pena privativa de la libertad, debe tener las mismas garantías que se exponen para el sistema penal.***

El Juez Eduardo Vio Grossi expresa, dirigiéndose a MAIER, que aquí hay que fallar conforme al derecho internacional. Hay que ir buscando las normas pertinentes. Usted ha mencionado el caso de los EEUU, en donde no se admite un recurso en contra del condenado. En América ¿hay otros casos iguales o es minoría (esa posición) en América? MAIER contesta que *las reglas dictadas*



por la Corte Americana (son importantes) sobre todo para mi país, que ha seguido su Constitución muy regularmente y ha sido muy influido por la Constitución Norteamericana, de EEUU. Nosotros no tenemos excepciones que hacer al derecho al recurso del condenado, porque realmente hemos aceptado la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; todas las convenciones de Derechos Humanos integran, en Argentina, el bloque de constitucionalidad. Por lo que yo entiendo, si alguien tiene la buena intención de reconocer ello, debería reformar el derecho interno y se debería aproximar a aquella frase de la Corte Americana.

¿Y en otros derechos internos?, agrega el Juez Eduardo Vio Grossi.

Maier responde: es claro que no parten de esta base, sino del principio de bilateralidad, todos. A lo mejor alguno no; yo no lo conozco, pero todos han partido del sistema bilateral del recurso: dado un recurso para el imputado existe un mismo recurso para el acusador. Y esto no es posible de sostener frente al texto de las Convenciones de Derechos Humanos.

El Juez Alberto Pérez Pérez hace, sobre el tema, una larga manifestación, dirigiéndose al perito MAIER, diciendo lo siguiente: la cita de lo que es un principio en el derecho anglosajón, de que un veredicto de inocencia o de no culpabilidad no puede ser modificado, apelado en los hechos, eso no piensa que sea extensible como tal a nuestros sistemas jurídicos, aunque la Constitución Argentina y la práctica de la Corte Suprema han utilizado mucho la jurisprudencia de los EEUU en la materia. Nosotros tenemos que juzgar las cosas según la CADH, que usted aplica y domina, y la tenemos que tomar en cuenta para saber si en su aplicación se ha infringido alguna norma de la CADH o si ese derecho interno, aunque se aplique bien, nos lleva a infringir la Convención. Hay dos aspectos, me parece, separables: uno es el saber si puede haber una condena en segunda instancia, cuando hubo absolucón en la primera. Otro el saber si, en caso que se admita esa condena en segunda instancia, tiene o



no tiene que haber un recurso contra ella. Las actas registrarán que usted asiente con la cabeza. Si hubiera aquí alguna infracción a normas de la CADH estaría (dada) en la medida en que el recurso extraordinario o el que sea, o la casación, no admite una revisión plena de la sentencia condenatoria, porque la CADH dice que el inculpado absuelto por una sentencia “firme” no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

También usted, cuando contestó la pregunta del juez Vio Grossi, dijo que la CADH debiera interpretarse en el sentido de que no admite una condena en segunda instancia de quien haya sido absuelto en primera instancia. Los Estados que elaboraron, firmaron o ratificaron esa Convención hicieron reservas. Si no me equivoco debieron hacer en ese momento una reserva. Uruguay, por ejemplo, hizo una reserva respecto de una parte de la Convención por entender que contrariaba su Constitución.

D.3. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CÁTEDRA DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO (ARGENTINA)

El texto del Amicus nos dice, sobre el tema, que cuando la condena recayere en segunda instancia, difícilmente quien resulte así condenado -por un tribunal de jerarquía superior al del juicio- tendrá acceso a un recurso integral y completo, que por definición están diseñados para atacar sólo las sentencias recaídas en los tribunales *primarios* ante los cuales se realizó el debate, pero no las adoptadas por los tribunales de alzada o superiores; frente a estas últimas caben solamente recursos extraordinarios de naturaleza sumamente restringida (el Recurso Extraordinario Federal, por ejemplo).

Dicho esto, parece necesario entonces reflexionar sobre medidas que permitan dar soluciones a estas hipótesis. Veamos.2.a) *Prohibición de bilateralidad en el acceso al recurso, con salvedad de los supuestos*



excepcionales que la legislación restrictivamente deberá prever. En primer lugar entendemos debería restringirse la bilateralidad en el acceso al recurso; es decir, limitar la posibilidad de que personas distintas al imputado puedan recurrir, o bien una sentencia absolutoria (con miras a obtener una condena) o bien una sentencia condenatoria (en aras de procurar una decisión más gravosa). Respaldan esta posición fundamentos de diversa índole que subsiguientemente examinaremos. En primer lugar, y como ya adelantamos, de no restringirse las facultades recursivas de la parte acusadora, razones de orden práctico procesal impedirían al imputado la posibilidad de acceder a la revisión de su condena ante un Tribunal Superior (en los términos exigidos por el artículo 8.2.h de la CADH). En efecto, como bien enseña Maier, si el Fiscal o la parte querellante pueden acceder sin mayores restricciones a dicho recurso, siempre existirá la posibilidad de que el Tribunal de Alzada dicte una condena o agrave la existente, con lo cual el imputado se vería imposibilitado de acceder a una revisión integral de dicha sentencia (toda vez que, en el mejor de los casos, sólo podrá acceder a recursos extraordinarios por definición). En definitiva, la Convención Americana exige concebir a los recursos contra las decisiones de los tribunales de juicio *"como una garantía procesal del condenado (...) y al mismo tiempo, perder por completo su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores"*. Así, según explica Maier, *"el recurso contra la sentencia no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público fiscal, para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente; deberá perder así, su carácter bilateral -el de ser facultad de todos los participantes- para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena"*. Incluso más allá, no restringir la bilateralidad mencionada, implicaría que -siempre que quiera respetarse la exigencia



convencional de otorgar un recurso al "condenado"- se extendería cualquier proceso a infinito, toda vez que si se dicta condena en un tribunal superior al tribunal del juicio, a partir de ese momento procesal debería garantizarse siempre un recurso -amplio e integral- al condenado frente a un tribunal superior, a su vez, al que condenó. Finalmente, cabe aclarar que la propuesta que aquí ofrecemos no implica desconocer por completo las facultades de Fiscal o querellantes de recurrir una condena, siempre que dicha posibilidad se limite a casos en que hayan tenido lugar nulidades manifiestas, o hubiere existido cohecho, coacciones ilegales o cualquier otro supuesto que implicare la comisión de un delito contra la administración de justicia (al respecto, véase la pericia del Dr. Julio B. J. Maier prestada en el marco del trámite del este caso -"Mohamed contra Argentina"-, audiencia del día 20 de junio de 2012). Ahora bien, aún en dichas hipótesis, el Tribunal de Alzada no debería tener facultad para reemplazar la sentencia absolutoria por una condenatoria o para agravar la condena previamente dictada, sino solamente para anular la decisión anterior a efectos de que el tribunal *primario* (por supuesto, uno distinto al que sentenció por primera vez), adopte una nueva decisión. Es que, aún en tales casos excepcionales la facultad del Tribunal de Alzada debería limitarse en el sentido señalado -juicio de reenvío-, toda vez que de lo contrario existiría siempre la posibilidad de que el imputado se viera impedido de acceder al derecho consagrado en el artículo convencional citado. Además de lo hasta aquí expuesto, debemos señalar que, al margen de la razón estrictamente vinculada con el acceso al derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, la jurisprudencia y la doctrina argentina han fundamentado restricciones a la citada bilateralidad, acudiendo al principio *ne bis in idem*. Recordemos que a este respecto las posturas se dividen entre quienes consideran que la garantía del *ne bis in idem* sólo prohíbe la repetición de la persecución cuando se trata de causas en las que ha recaído sentencia firme (por efecto de la cosa juzgada) y la de quienes entienden que la garantía juega también dentro de



un mismo proceso, aun cuando en el mismo no haya sentencia firme. La primera postura es compartida, en la doctrina argentina por Palacios y Ottoviano, entre otros. La llamada **tesis amplia** fue planteada hace ya varios años de un modo radical por Julio Maier, cuando sostuvo la proscripción de todo recurso promovido por los acusadores, sea para anular la sentencia, para casarla o para aumentar la pena impuesta (*Derecho Procesal Penal. Editorial del Puerto. Buenos Aires, T.I, pg.635.*). Recientemente, en forma más moderada, Patricia Ziffer, circunscribió la vulneración de este principio cuando la anulación que resulte de un recurso casatorio promovido por el acusador afecta la validez de una sentencia absolutoria (“El derecho al recurso y los límites del juicio de “reenvío”. Libro homenaje a D’Albora). Los partidarios de esta tesis coinciden en que una sentencia absolutoria (o una condenatoria más benigna) no puede ser revisada a instancias del acusador, porque provocaría una doble persecución penal violatoria de la garantía del *ne bis in idem*. Pero más allá de estas dos posturas doctrinarias, lo cierto es que en los últimos tiempos este principio ha experimentado una aplicación por demás interesante, que recientemente se viene delineando como *usus foris* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, este Alto Tribunal al analizar el juicio de reenvío por motivos procesales, ha postulado su improcedencia por resultar violatorio de este principio cuando el mismo es consecuencia de la anulación de una sentencia absolutoria. Recordemos que en los fallos de nuestro más Alto Tribunal de Justicia se advierte un avance en la interpretación del principio de *ne bis in idem*, con una progresiva ampliación de los alcances del mismo. Ya, en 1968, en el caso “Mattei” el tema aparece vinculado al derecho a un enjuiciamiento penal rápido y al principio de progresividad del proceso penal. Luego, en el caso “Márquez” (CSJN, Fallos 315:2680) del 10 de noviembre de 1992, el Alto Tribunal de la Nación había establecido que el principio *ne bis in idem* no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también “la exposición al riesgo de que ello ocurra”, criterio que se respalda en otros



precedentes como el registrado en *Fallos* 314:377. En este caso, tuvo efecto determinante para la admisibilidad del remedio federal el desconocimiento del valor de la cosa juzgada por parte del superior tribunal de la causa que ordenó un nuevo juicio y la violación de la *reformatio in peius*, al aprovechar el recurso de casación interpuesto por el defensor y el actor civil para adoptar tal temperamento. La cuestión no terminó allí ya que en la causa “Alvarado” (*Fallo*: 321:1173) de 1998, la mayoría del Alto Tribunal hizo lugar a un recurso extraordinario interpuesto por el ministerio público contra la sentencia de un Tribunal Oral que declaró la nulidad de todo lo actuado en la causa a partir de la denuncia y absolvió al imputado, basándose en la doctrina de la arbitrariedad como excepción a la regla por la cual las cuestiones de apreciación de prueba no constituían materia de revisión por la vía del recurso extraordinario (criterio anterior al precedente “Casal”). Pero la minoría (Drs. Petracchi y Bossert) acudió a otro argumento, que terminaría imponiéndose en la jurisprudencia de la Corte Suprema, al declarar inadmisibile el recurso extraordinario y la queja interpuesta con el argumento que, si triunfaba la tesis del recurrente, la Corte “*se vería obligada a dar al caso la solución prevista en la primera parte del artículo 16 de la ley 48: hacer una declaratoria sobre el punto en disputa y devolver la causa para que sea nuevamente juzgada*” (considerando 5°). “*Un reenvío dispuesto en tales términos -afirmaron- supone, en un caso como el presente, la reedición total del juicio, esto es, la renovación de la integridad de sus partes (declaración del imputado, producción de la prueba, acusación y defensa*” (considerando 6°). Como “*en el presente caso, en razón de que el recurrente no ha dirigido queja alguna respecto de la validez de los actos procesales que integraron el debate -sino que [...] sólo impugnó la sentencia del a quo por sus vicios de motivación- debe concluirse que el juicio desarrollado (en la causa) ha sido válidamente cumplido en su totalidad*” (considerando 7°) Así las cosas, se pregunta la minoría si resulta válido que, a la luz de nuestro derecho federal, en un caso en que es el acusador publico requiere la revocación de la sentencia



absolutoria, sea sometido el imputado a un nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes. Y arriba a una respuesta negativa, basándose en el valor del principio de progresividad y de preclusión como garantía de seguridad jurídica y el derecho del imputado a un pronunciamiento rápido que determine de una vez y para siempre su situación frente a la ley penal (sentados por la Corte en “Mattei”, *Fallos* 272:188). Así lo expresaron: *“Dicho de otro modo, según tales precedentes, sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio por sobre actos ya cumplidos, más solo en la medida de la nulidad declarada.* Luego pasa a analizar si la prohibición de múltiple persecución penal (*ne bis in idem*) es una garantía que también resultaría violada con un nuevo juicio en los términos planteados. Con extensa cita de precedentes doctrinarios y jurisprudenciales, concluye que en el derecho norteamericano ante una sentencia absolutoria, por virtud de la cláusula del *ne bis in idem* “no hay lugar para que el Estado provoque un nuevo juicio en el que el acusado sea puesto nuevamente frente al riesgo de ser condenado”. Así, tales precedentes “confirman la decisión que, con base en el pronunciamiento de *Fallos* 272:188, ya era posible anticipar. Tal es la que impone que una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria. Una decisión diversa significaría otorgar al Estado una nueva chance para realizar su pretensión de condena, en franca violación al principio constitucional del non bis in ídem y a sus consecuencias, la progresividad y la preclusión de los actos del proceso”. Con posterioridad, en el caso “Polak” (*Fallos* T. 321, p. 2826) la Corte Federal, esta vez sin disidencia, niega la posibilidad que un tribunal invalide todo lo actuado habiéndose cumplido las formas esenciales del juicio, esto es, acusación, defensa, prueba y sentencia. El párrafo siguiente resume la cuestión en toda su magnitud: *“Una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple*



juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir de fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable". Ahora bien, pese a la que la Convención Americana, en su artículo 8 inciso 4 parece volcarse por una tesis restringida de la citada garantía, entendemos que -no obstante ello para el caso de Argentina y en aplicación del denominado principio *pro persona*, ninguna disposición del tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar mejor reconocido por las leyes internas (art. 29 de la CADH y art. 5.2 del PIDCP).

D.4. NUESTRA POSTURA

En nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ya hemos explicado los fundamentos jurídicos por los cuales sostenemos que, en nuestro caso, se ha violado el principio *ne bis in idem*, previsto en el artículo 8, 4 de la CADH.

Solo nos interesa marcar aquí, además de las pruebas que hemos señalado a favor de nuestro planteo, que el estándar sobre el tema que rige en la República Argentina es más protector de derechos que el que surgiría de una interpretación sólo literal del texto del artículo 8, 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello es, de una o de otra forma, consecuencia del origen de la Constitución Argentina, que proviene de la de Estados Unidos de



Norteamérica, la cual, al fundar su sistema procesal sobre la base de la actuación de jurados, no reconoce recursos contra el veredicto condenatorio emanado de los jurados. Ello, en verdad, proviene del derecho inglés (como señaló, al respecto, la Jueza Margarette May Macaulay).

Por otra parte, y más allá de lo que surgiría de un análisis meramente *literal* de la letra del artículo 8, 4 de la Convención Americana, lo que se busca con esa garantía es que la persona que ya fue juzgada y sentenciada no lo sea nuevamente, para no volver a someterla al mismo riesgo de condena que debió padecer antes de la decisión definitiva de la causa. Cuando el Estado juzgó a una persona, de modo tal que se dictó sentencia definitiva (una absolución o una condena), no es legítimo que lo siga juzgando, volviendo a intentar su condena o una condena más severa, obligándolo a soportar nuevamente los sufrimientos propios que le produce el sometimiento a la situación de incertidumbre que implica la asunción de un nuevo riesgo de condena o de mayor condena.

Recordemos que la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* de Argentina viene sosteniendo que “los precedentes de esta Corte ... tienen su fundamento no sólo en el principio que veda la múltiple persecución penal sino, además, en el derecho que asiste a todo imputado a liberarse del estado de sospecha que comporta el enjuiciamiento penal, dentro de un plazo razonable” (CSJN, K. 121. XLIV. Kang, Yoong Soo s/ rec. Extraordinario, autos: “Kang, Yoong Soo s/ rec. extraordinario” Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011). Por ello es que anuló una condena que dejaba sin efecto la absolución (ver Anexos).

La interpretación literal del artículo 8, 4 CADH, según la cual “el inculpado absuelto por una sentencia *firme* no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, llevaría a sostener que los procesos penales, prácticamente, no tendrían límite temporal (más que el diluido concepto del “plazo razonable”). Ello es así por cuanto la existencia de una absolución estaría supeditada a la no interposición de recursos por parte de los acusadores, quienes



podrán impugnarla y, si logran la condena, el imputado podrá recurrirla. Si el imputado obtiene así la absolució, ella podrá ser recurrida por los acusadores y así sucesivamente.

Ello lo dijo el perito Julio B. J. MAIER con toda claridad, tanto en su declaració como en sus obras: «Repárese en que, si se permite al ministerio público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente, a que, si la consigue en última instancia o en un nuevo juicio, todavía se debe ofrecer al condenado -por primera vez o por primera vez respecto de esa condena- un recurso para atacarla, ante un tribunal superior. Se advertirá que ello resulta prácticamente imposible desde el punto de vista de la organizació judicial y que la solució conduce, en verdad, a un infinito recursivo y procesal, pues siempre es posible pensar ... que el acusador logrará la condena ansiada ante el último tribunal y contra ella todavía resulta necesario garantizar un recurso al imputado a quien esa condena afecta. Se advertirá también ... cómo queda a la vista la múltiple persecució penal provocada por el Estado, el sometimiento múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. *El único que puede provocar esta persecució penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventual no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibició de la reformatio in peius)*» (Julio B. J. MAIER, ob. cit., ps. 635 y 636).

Cuando una persona es sometida a juicio penal, sometiéndosela al permanente riesgo de resultar condenada (con todo lo que la condena penal implica), ella lucha, si puede, para conseguir su absolució.

Esto es lo que hizo Oscar Mohamed, quien tenía un trabajo de conductor de ómnibus al ser sometido a proceso penal por un accidente de tránsito (y una familia bien constituida, a quienes mantenía con el producto de su trabajo). “La



absolución me devolvió la paz y tranquilidad familiar”, dijo Mohamed en su declaración; “... todos estábamos preocupados por la posibilidad de perder el trabajo y la absolución fue un alivio en ese sentido ... pensaba que todo había terminado, que podía seguir viviendo tranquilo con mi familia y mi trabajo” (3º página de su declaración ante fedatario). Si es absuelta, para ella termina un suplicio. Como dijo Mohamed: la absolución le devolvió la paz.

Si el proceso se reabre en contra del imputado y absuelto, por un recurso del acusador, el suplicio continúa y no se sabe hasta cuándo. Oscar Mohamed dijo, en tal sentido: “El Fiscal apeló la absolución y entonces empezó de vuelta del calvario. Otra vez tanto yo como mi esposa empezamos a vivir nuevamente la angustia de la situación. Otra vez sentimos que podía cambiar la absolución y quedar desempleado. También volví a sentir que me trataban como culpable y eso me ponía mal ante mi familia, amigos y vecinos. Se creó otra vez un manto de sospecha sobre mi persona, como si a mí no me hubiera importado la vida de la señora, que no pude evitar. Se abrió entonces la causa de nuevo y eso me causó mucho sufrimiento, ansiedad, angustia y depresión, dándome cuenta que mi salud se estropeaba cada vez más. No sabía de nuevo qué me iba a pasar y eso es lo más dañino: no saber qué iba a pasar con mi futuro, con mi vida familiar, con el sustento de mis hijos y con mi trabajo” (3º y 4º página de su declaración).

Si, para colmo de males, luego de todo ello lo condenan, el sufrimiento es terrible y tiene un sentido de permanencia. Sobre ello Mohamed declaró: “Pasaron entonces algo así como medio año viviendo esta situación de dolor, hasta que me comunicaron que me habían condenado en febrero del año 1.995, que ya no valía más la absolución del juzgado y que ahora habían cambiado de opinión y directamente decían que yo era culpable. Entonces me sentí nada, que no valía nada, que no servía ni para mi trabajo, porque hacía todo lo mejor que podía pero de golpe cambiaron de opinión y me dijeron todo lo contrario de



antes, que era culpable. Primero me dicen que soy inocente y después que soy culpable. Ni siquiera los jueces se ponían de acuerdo. No saben el dolor que esto me causó y todavía me causa. Si lo hubieran sabido no lo hubieran hecho. Pero esto no es lo peor. Después de eso el calvario siguió con la Justicia, porque mi abogado (el que me había puesto la compañía de seguro) me dijo que iba a apelar de vuelta a la Corte Suprema, pero que eso tardaba y no se sabía cuánto tiempo. Ahora las cosas para mí estaban peor, porque estaba condenado y el juicio seguía abierto sin saberse hasta cuándo. Pero lo peor todavía no había llegado, porque yo seguía trabajando, hasta que me llamaron de la Comisaría para decirme que tenía que entregar el carnet de conducir y después recibí el telegrama de despido. Desde aquí en adelante mi vida ya no tenía sentido. Sentí deseo de desaparecer de la tierra. No tenía más ganas de vivir. Antes me sentía orgulloso de poder comprarles la ropa, las zapatillas y todo lo que mis hijos necesitaban y desde ahí en adelante sentía hasta vergüenza que me vieran mis hijos, que me miraran a los ojos, porque ya no tenía mi trabajo, no traía más dinero a la casa y estaba desesperado, pensando cómo iba a mantener a mi familia y a mí mismo”.

Sus dichos son prueba de lo que decimos en el plano jurídico. No se trata de una mera apreciación subjetiva. Es lo que le ocurre al ser humano en esas circunstancias. Pero, en el caso particular de Oscar Mohamed, las cosas fueron peores que en muchos otros casos, pues en este supuesto el Estado *ni siquiera le abrió los recursos* que él tenía contra esa condena, de acuerdo con la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

El alcance literal del artículo 8, 4 de la CADH nos llevaría a permitir un trato cruel, inhumano o degradante contra una persona, afectándose su propia dignidad.

Por ello es que sostenemos que el alcance que debe acordarse a la garantía contra la doble persecución, contenida en el art. 8, 4, CADH, es aquella que



impide someter al ser humano a múltiples intentos de condena por parte del Estado, como un modo de evitar que sea sometido reiteradamente al riesgo de ser condenado en un proceso penal. De acuerdo con ella, el imputado absuelto en un proceso regular no puede ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Ello surge, en Argentina, del contenido de los fallos de la Corte Suprema de la Nación que hemos acompañado como prueba (entre los que resaltamos, por su importancia, el caso Sandoval, y por su cercanía temporal, el caso Kang recién citado). Nos remitimos, aquí, a nuestro escrito de solicitudes y pruebas y al anexo correspondiente.

Si ese es el estándar argentino en la materia (de conformidad, incluso, con los textos legales vigentes), entonces la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a respetarlo, por imperio de lo establecido en su artículo 29. En efecto, *ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada en el sentido de 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*. No nos olvidemos que el Código Procesal Penal de la Nación tiene un texto más amplio que el de la Convención Americana y que, por ello, el derecho que acuerda no puede ser limitado por la Convención. Es que el **artículo 1**, entre las garantías fundamentales, contempla en *ne bis in idem*, con el siguiente texto: “Art. 1. *Nadie podrá ser* juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, **ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho**”. Cuando alguien fue juzgado y absuelto en un proceso penal



regular, ya fue perseguido, por lo cual queda prohibida una segunda o sucesivas persecuciones. Esto lo admitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos que hemos citado y debe ser respetado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de conformidad con lo dispuesto por el art. 29

E. ACTUALIDAD DE TALES VIOLACIONES, EN FUNCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El mantenimiento actual de la situación de violación al derecho al recurso efectivo, amplio e integral del fallo condenatorio ha sido probado, en mayor o en menor medida, tanto por las manifestaciones *expresas* de los peritos Alberto BOVINO y Julio B. J. MAIER, como por el AMICUS CURIAE presentado por la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

Pero, además, ella surge de la enorme cantidad de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se rechazan recursos con la sola invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se describen a continuación.

E. 1. PERITO ALBERTO BOVINO

Sobre el punto, el perito Alberto BOVINO manifestó que, aún después de Herrera Ulloa (de la Corte IDH) y Casal (de la Corte SJN Argentina), se han generado más problemas que soluciones. A raíz de Casal hubo una lucha política entre la Corte de Argentina y la Cámara Nacional de Casación Penal. La Corte SJN no sabe qué hacer para que la Cámara Nacional de Casación abra los recursos como debiera. Este último tribunal abre más recursos a los fiscales que



a los defensores. Ese es un grave problema.

BOVINO, respondiendo a una pregunta de la Comisión IDH (sobre medidas de no repetición), dijo que *hoy en el ámbito nacional la cuestión está como sucedió en el presente caso Mohamed; sólo que, en lugar de condenar la Cámara de Apelaciones, condena hoy la Cámara Nacional de Casación Penal. Y, en el ámbito provincial, hay varias provincias en las que el recurso ordinario contra la condena lo resuelven los tribunales superiores provinciales, por lo cual contra la condena sólo queda la vía del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello demanda medias urgentes de no repetición.*

E.2. PERITO JULIO B. J. MAIER

Sobre la actualidad de la situación de deficiencia recursiva, MAIER ha declarado, en la audiencia oral ante la Corte IDH que *la Corte de Casación actual y la Corte Suprema, en virtud del derecho al recurso, en realidad no han fijado un estándar. Está todo muy confuso todavía en Argentina, aunque han intentado acomodarse al fallo de la Corte Herrera Ulloa. Respecto del caso que nos ocupa yo creo que en la Argentina todavía es muy confuso y el ordenamiento positivo no legitima a ningún tribunal para ocuparse de la sentencia en el recurso del imputado, por ejemplo (en un recurso) extendido a cuestiones de prueba y hecho.*

E.3. AMICUS CURIAE PRESENTADO POR LA CÁTEDRA DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO (ARGENTINA)

No obstante la mayor amplitud que (como se dijo) la Corte Suprema acordó al recurso de casación (en “Casal” -pero no en todas sus decisiones



presentes-), como vía para cumplir con el artículo 8, 2, h de la CADH, el Amicus señala correctamente que *“el problema de la satisfacción del derecho de recurrir la condena ante juez o tribunal superior es una cuestión que se mantiene hasta el presente. Es decir, sin perjuicio de que las facultades recursivas con las que cuentan actualmente las personas que acuden al auxilio de la Justicia penal argentina son diferentes a las existentes al momento de los hechos (por cuanto existe el recurso de casación ante la Cámara Nacional de Casación Penal), el problema de la limitación en el recurso aún persiste. Ello, toda vez que tanto el mencionado tribunal casatorio -en la esfera federal- como los tribunales superiores de provincia -en el ámbito de la justicia local- pocas veces hacen eco de las evaluaciones y las interpretaciones formuladas por la Corte Suprema de Justicia de Nación en el ya mencionado fallo Casal. Así las cosas, consideramos que la presente oportunidad resulta propicia para avanzar en la superación de esta problemática”*.

E.4. FALLOS DE TRIBUNALES ARGENTINOS QUE MANTIENEN ACTUALIZADAS TALES VIOLACIONES A LA CONVENCIÓN AMERICANA.

A su vez, la actualidad indicada se ve reafirmada, sin duda alguna, por fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal y de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros tribunales del país.

Por un lado, puede consultarse nuestros Anexos, adjuntos al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

Por otro lado, ello se desprende de una serie de casos, incluso bien actuales, en los que, pese al desconocimiento del derecho al recurso amplio contra la sentencia de condena (incluso dictada por primera vez en segunda instancia, o agravando la pena por primera vez en segunda instancia), la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza recursos sin expresar fundamento



alguno, con la sola invocación del temible “sello” o “plancha” del artículo 280 (para usar palabras del perito Alberto BOVINO).

E.4.1. CSJN, Argul, Nicolás Miguel s/robo doblemente calificado, causa n° 1604, del 18 de diciembre del 2007.

En esta causa, el Tribunal Oral de Menores n° 3 condenó a 8 años de prisión a Nicolás Miguel Argul, imponiendo la pena única de 10 años de prisión.

Por recurso de casación interpuesto por el Fiscal, la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala I) aumentó la pena a 12 años, imponiendo la pena única de 15 años de prisión.

La defensa de Argul sólo tenía disponible, contra esa condena más severa dictada en segunda instancia, un recurso extraordinario federal, el que interpuso.

Este recurso extraordinario fue rechazado, por razones de inadmisibilidad formal, por lo cual la defensa de Argul interpone recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien la rechaza en los siguientes términos: “Considerando: que **el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).** Por ello ... se la desestima”.

Este es un caso de agravamiento de la pena en segunda instancia, provocado por un recurso del fiscal, que se rechaza por el artículo 280, a pesar de ser posterior a “Casal” y muy posterior a “Giroldi”.

E.4.2. CSJN, Cirilo, María Eugenia y Lizondo, Roberto Antonio s/defraudación por retención indebida, causa n° 648, del 5 de febrero del 2008.

En este caso, la Cámara Penal de Tucumán (en primera instancia) juzgó el



caso y dictó una sentencia absolutoria a favor de María Eugenia Cirilo.

Por recurso de la parte acusadora, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (en segunda instancia) condenó, por primera vez, a Cirilo a tres años de prisión de ejecución condicional.

La defensa de Cirilo interpuso el único recurso que legalmente tenía, el recurso extraordinario federal, invocando arbitrariedad de sentencia, la violación al derecho al recurso y el derecho a ser sentenciado en un juicio oral y público.

La Corte Suprema de Tucumán rechazó el recurso extraordinario porque dijo que las cuestiones federales no son trascendentes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso extraordinario por considerar que “**la cuestión constitucional alegada no se interpuso oportunamente**” (es decir, por una cuestión meramente formal, no invocada ni siquiera por Corte Suprema de Tucumán, que se limitó a decir que “las violaciones constitucionales invocadas no trascienden el interés de las partes ni afectan el interés de la comunidad”).

Este es otro caso de agravamiento de sentencia en segunda instancia (aunque peor que el anterior, pues se condenó un caso antes absuelto), provocado por un recurso del fiscal, que, llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es rechazado por el artículo 280, a pesar de ser también posterior a “Casal” y muy posterior a “Giroldi”.

E.4.3. CSJN, Barisio, Aldo Juan s/recurso de casación, B. 82. XLIII, del 7 de octubre del 2008.

Se trata de un caso igual al anterior, sólo que aquí, en lugar de concluir la Corte que la cuestión federal no se interpuso oportunamente, se aplicó directamente la plancha del artículo 280.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dice así: “Vistos los



autos: 'Barisio, Aldo Juan s/ rec. de casación'. Considerando: Que el recurso extraordinario es inadmisibles (art.280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se lo declara mal concedido”.

Este caso es, del mismo modo, posterior a “Casal” y muy posterior a “Girolodi”, en el cual, incluso, el Procurador Fiscal votó a favor del recurso del imputado.

E.4.4. CSJN, Ferreira Ayala, Clemente Alfonso s/queja, F. 644. XLI, del 16 de febrero del 2010.

Aquí se trataba del caso de un menor, que en primera instancia lo condenaron a 6 años de prisión.

Por recurso del fiscal, la Cámara Nacional de Casación Penal (o sea la segunda instancia) le agravó la calificación de la conducta imputada y la pena, que fijó en 10 años de prisión.

La defensa del menor interpuso recurso extraordinario (el único medio de impugnación que la ley admitía), el que le fue denegado por la misma Cámara Nacional de Casación Penal.

Ante este rechazo, la defensa interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien resolvió en los siguientes términos: “Considerando: que el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja es inadmisibles (artículo 280 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por ello ... se desestima la queja”.

Este es, también, un caso de agravamiento de la pena en segunda instancia, provocado por un recurso del fiscal, que llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se rechaza por el artículo 280 (sin fundamentos), a pesar de ser igualmente posterior a “Casal” y muy posterior a “Girolodi”.



Cualquiera de estos casos puede consultarse en la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: www.csjn.gov.ar De todos modos, adjuntamos los fallos citados en los Anexos.

F. REPARACIONES.

De las pruebas agregadas y producidas en este caso, resultan más que evidentes y probadas las violaciones a la Convención. En ese sentido, a las argumentaciones que hemos esgrimido en el escrito de argumentaciones y pruebas y al momento del alegato final oral, nos permitimos agregar algunas consideraciones.

En efecto, una materia de vital trascendencia que ha emergido en el sistema internacional de derechos humanos es la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos. Uno de los sistemas que más han aportado a este tema es el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana².

En el derecho internacional público se define la responsabilidad en los siguientes términos: "Es una institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual le es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe reparación al Estado en contra del cual fue cometido ese acto". Los elementos que componen el hecho ilícito son: a) existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión; y b) que dicho acto de carácter ilícito le sea imputable al Estado³.

² Claudio Nash Rojas; *Las reparaciones por violaciones de derechos humanos en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*.

³ Comisión Internacional de Derecho Internacional, Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53° período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.



Sobre ese contexto hemos solicitado las reparaciones por violaciones a los derechos contenidos en los artículos: 8.1, 8.2 c, 8.2 d, 8.2 e, 8.2 h, 8.4; 9; 17; 21.1, 21.2; 25.1, 25.2 a, 25.2 b; y 32.1 en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ningún momento hemos hecho alusión al art. 10 de la Convención ADH, por no tratarse el Caso Mohamed de un caso de reparaciones por error judicial. Nuestro requerimiento se ha ceñido única y exclusivamente sobre lo estipulado por el art. 63.1 de la Convención ADH. El referido artículo 63.1 constituye la adopción por parte de la Convención de un principio del derecho internacional y, en general, sobre la responsabilidad, de acuerdo con el cual quien daña a otro debe ser obligado a reparar los perjuicios causados, indemnizando. La Corte Interamericana, respecto del artículo 63.1 de la Convención, ha señalado:

“Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación”⁴.

En ese sentido y antes de determinar la modalidad de la reparación, consideramos probada la condición de víctimas de Oscar Mohamed, la de su esposa Julia Potenza y las de sus hijos: Javier Oscar; Ariel Alberto; Damián Darío y Daniel Alexis, todos de apellidos Mohamed Potenza. En efecto, el concepto de reparación sostiene que ésta tiene como fin restituir los hechos al

⁴ Caso Trujillo Oroza - reparaciones, párr. 60. En el mismo sentido ver: caso Cantoral Benavides - reparaciones, párr. 40; caso Cesti Hurtado - reparaciones, párr. 35; y caso Villagrán Morales y otros - reparaciones, párr. 62; caso Bámaca Velásquez - reparaciones, párr. 38.



estado anterior a la violación y, si eso no es posible, va a buscar compensar, satisfacer a la víctima en sus derechos y en particular las consecuencias que han tenido para ellas las violaciones señaladas y en especial la situación de cada una de ellas con anterioridad a sufrir la violación a su derechos, cómo y en qué aspectos se ha alterado sus vidas. La declaración de Oscar Mohamed, ante *affidávid*, es más que elocuente de cómo han sufrido los padecimientos señalados, una vez que le retiraron su licencia de conductor, lo cual le imposibilitó seguir con su actividad laboral. Y frente a estos hechos el Estado ha mostrado su total indiferencia, la imposibilidad de la revisión de su condena y sus consecuencias: la pérdida de sus posibilidades de trabajo; la pérdida de sus ingresos; pasar a formar parte de las estadísticas de los desempleados, ha impactado negativamente en el Sr. Mohamed y en toda su familia, provocando de esta forma nuevas violaciones de derechos, no sólo en contra del Sr. Mohamed sino de él y de su núcleo familiar. En efecto, se produjeron nuevas violaciones que no sólo provienen del vínculo con la violación original, sino que tienen relación con la forma en la que el sistema ha tratado a aquellos a quienes alcanza estas violaciones.

Las reparaciones que hemos solicitado desde un comienzo y que ratificamos por estar plenamente probadas son, en primer lugar, las reparaciones materiales, del daño directo, esto es, las consecuencias directas de la violación y que se pueden traducir en términos patrimoniales; en segundo lugar el daño indirecto, dado que de las consecuencias de las actuaciones de la justicia, señaladas, se ha afectado la posibilidad de generar ingresos para la familia. En ese sentido estos hechos han tenido consecuencias muy negativas para la vida económica de la familia, por lo que las reparaciones económicas son necesarias, aunque nunca van a ser suficientes; también las inmateriales, por eso consideramos de suma importancia que, al momento de ordenar las reparaciones, se tengan en cuenta el restablecimiento de la dignidad y del buen nombre de Oscar Mohamed, que ha pasado por sufrimientos elevados durante



muchos años a causa del proceso penal que concluyó con una condena en violación de las garantías de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al fijar la indemnización por daño inmaterial en el presente caso, se debe considerar que el Sr. Mohamed sufrió enormemente al ser sometido a un proceso indebido, viéndose imposibilitado de ejercer su profesión, lo que afectó seriamente su autoestima y sus posibilidades de autorrealización. Este Tribunal considera que se puede presumir que las violaciones de esta naturaleza causan daños morales a quien las padece⁵.

Al no haber sido reintegrado en su puesto o en cargos similares y, por lo tanto, no haber podido ejercer el derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permitiera a la víctima y sus familiares gozar de un estándar de vida digno, se impidió que éstos tuvieran acceso al bienestar económico y que Mohamed pudiera proporcionar a sus familiares mejores condiciones de salud, vivienda y educación, entre otras. Además, la Corte toma en cuenta que la falta de incorporación al trabajo tiene un efecto directo en el ánimo de la persona desempleada, que afecta las relaciones personales y familiares y tiene un efecto lesivo en la autoestima personal⁶.

En este caso, la víctima no necesita simplemente que declaren anulen su condena y se restablezca su absolución, o que le pidan perdón y que lo indemnicen; necesita también que su buen nombre quede recuperado y que se sepa, públicamente, que no fue un delincuente.

Además de las reparaciones requeridas, solicitamos que la Corte IDH también se pronuncie sobre el proyecto de vida, en particular sobre la vida de sus hijos, quienes sufrieron las consecuencias de los hechos a muy corta edad;

⁵ Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.párr.177.

⁶ Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.



éstos incluso perdieron sus estudios, se dedicaron a actividades laborales siendo aún niños, dejando de lado algo propio de la edad: “el juego” y la formación. Está claro que la afectación al proyecto de vida produjo consecuencias negativas en ellos.

Por todo lo dicho solicitamos:

F.1. INDEMNIZACIÓN.

- a. Compensación por los gastos directos emanados de la violación sufrida⁷.
- b. Reparación por los salarios que dejó de percibir la víctima en razón de la violación de los derechos convencionales⁸.
- c. El lucro cesante o pérdida de ingresos.
- d. El daño inmaterial.
- e. El Proyecto de vida.

Funda el derecho a la reparación, además del deber estatal de reparar los daños causados por sus actos que ocasionen responsabilidad internacional, la violación al derecho a la protección de la familia de la víctima (artículos 17 y 32.1 de la Convención Americana) y a los derechos del niño (artículo 19 de la Convención Americana) y la violación al derecho a la propiedad privada (artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana) y al derecho a ser indemnizado en caso de error judicial (artículo 10 de la Convención Americana)

F. 2. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN.

⁷ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, párrs. 191-192 / 217-218.

⁸ *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. –reparaciones-*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N°. 42, párr. 129.



AIDEF

Sobre la pertinencia de estas reparaciones, hay referencias concretas en nuestro caso.

La invalidez de la sentencia de condena fue proclamada, en forma expresa, en la pericia de Alberto M. BINDER, en la que el nombrado concluyó, en lo que respecta a esta temática, en lo siguiente:

“1. Que la condena del señor Mohamed sería inválida por tratarse de una condena que no tiene posibilidad de ser revisada integralmente por un tribunal revisor.

2. Que la condena del señor Mohamed sería invalida tanto por modificar la base fáctica como por realizar una calificación sorpresiva.

“3. Que la condena del señor Mohamed sería invalida porque la concesión del recurso de los acusadores ante una absolución ya dictada viola el principio del ‘non bis in idem’”.

Al ser interrogado el perito Alberto BOVINO (¿cuál es el remedio que debería concederse si se viola el principio de irretroactividad mediante una condena, como la dictada contra Mohamed y, mediante un recurso, cualquiera que éste sea, se impugna esa violación?), responde que *una de las opciones es revocar la condena (por haber sido dictada en violación a tal garantía convencional).*

El perito Alberto BOVINO, preguntado por esta parte acerca de qué remedio debería prever la legislación actual frente a una condena dictada en segunda instancia, contesta que: *a) o se elimina el régimen bilateral; b) o se permite que una Sala de un Tribunal, por ejemplo de la Cámara de Apelaciones, distinta a la que falló, pueda resolver el recurso de casación interpuesto contra esa condena (cosa que en la Corte no puede suceder porque*



no hay distintas salas). Si condena una Sala, habría que pasar a otra Sala diferente, para que así tenga la revisión amplia e integral que tiene que tener contra la primera condena.

El AMICUS CURIAE sostuvo, también, que “*así las cosas (se refiere a la actualidad de la situación lesiva del derecho a un recurso amplio e integral contra una sentencia de condena), consideramos que la presente oportunidad resulta propicia para avanzar en la superación de esta problemática, que si bien se plantea como una cuestión eminentemente jurídica conlleva efectos graves prácticos. Por ello, resultaría de sumo provecho para el ordenamiento jurídico argentino que, en sus consideraciones respecto de las reparaciones para el cas d’espèce, la Honorable Corte impulse medidas destinadas a evitar su repetición. En concreto, entendemos que la Corte podría ordenar al Estado argentino a adoptar las medidas -de cualquier naturaleza- que resulten necesarias para garantizar a las personas que hubieren sido condenadas en sede penal, su derecho a que un tribunal superior revise de forma amplia e integral su condena*”.

“Estas medidas, complementarias entre sí -dada la estructura federal de gobierno que impera en nuestro país-, pueden resumirse de la siguiente manera:

- *Medidas con impacto en el ordenamiento jurídico federal: reforma en la ley procesal nacional.* Las disposiciones legales que regulan el procedimiento de las causas que se sustancian antela denominada “Justicia Federal” ... se encuentran reglamentadas en el Código Procesal Penal de la Nación. En efecto, el Libro IV del mencionado cuerpo legal regula los “Recursos”, y -siendo aún más específicos- el Capítulo IV establece las reglas que rigen el “Recurso de Casación”. Por lo tanto, entendemos que resultaría adecuada una modificación a dicha reglamentación, en el sentido de incorporar los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su histórico fallo “Casal”, que



siguieron -a su vez- los criterios sentados por el Tribunal Interamericano en el caso Herrero Ulloa. De esta manera, se limitarían las facultades discrecionales de la Cámara Nacional de Casación Penal en cuanto a la aplicación de los estándares fijados para la materia, otorgándoles fuerza de ley y garantizando a toda persona que pretenda hacer uso del recurso de casación ante una sentencia penal dictada en su perjuicio, que el mismo será otorgado y sustanciado conforme a los estándares nacionales e internacionales.

- Medidas con impacto en la legislación procesal provincial: adopción de una "ley procesal constitucional". Ahora bien, superada la cuestión en lo que la órbita federal respecta, nos queda pendiente de dilucidar la manera a través de la cual se podría efectivizar la garantía del 8.2.h) convencional en aquellos casos en los cuales la sentencia penal de condena hubiere emanado de tribunales provinciales. ... compartimos la opinión del maestro Bidart Campos, en el sentido de que el Congreso de la Nación tiene competencia para dictar las llamadas "leyes reglamentarias de los tratados internacionales" ... *"cuando se trata de normas contenidas en un tratado de derechos humanos que tiene jerarquía constitucional, y la cuestión está definida con el perfil de un derecho personal, es posible que las normas internas emanadas del Congreso para conferir desarrollo a los tratados resulten aplicables en todo el territorio y en todas las jurisdicciones para todos los tribunales -federales y provinciales- aun cuando el aspecto que se reglamenta por dicha ley del Congreso sea procesal y esté adherido de manera muy marcada, al derecho personal previsto en el tratado, para cuya efectividad se dicta la referida ley interna"*. Al respecto, debemos decir que esta interpretación ya tuvo acogida por órganos nacionales y provinciales de administración de justicia. En efecto, observamos que en tal sentido se pronunció la Cámara Nacional de Casación Penal en su fallo plenario N° 3 *in re "Molina"*, de 1995, al reconocer a la Ley Nacional 24.390 (límite a la prisión preventiva) el carácter de ley reglamentaria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ese entendido, y toda vez que el derecho en



cuestión -doble conforme- goza de jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, consideramos que una solución adecuada al problema podría traducirse en la emisión de una ley de naturaleza procesal constitucional emitida por el Congreso Nacional y que, teniendo por norte asegurar la supremacía constitucional por encima de legislación de inferior rango, regule el art. 8.2.h) de la CADH y establezca los parámetros dentro de los cuales se debe concebir el recurso (cualquiera fuere la denominación que se le dé) en la República Argentina –lo cual deberá respetar, lógicamente, los estándares *Casal* y *Herrera Ulloa*-. Finalmente, ... existen antecedentes concretos en los cuales, frente a situaciones análogas, la Honorable Corte Interamericana ordenó al Estado a adoptar medidas que impliquen modificaciones en su ordenamiento jurídico. En concreto, observamos que en el *leading case* *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH dispuso que ‘... dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma’ ”.

Sobre las alternativas posibles de solución legislativa, el perito Julio B. J. MAIER sostuvo también, en la audiencia ante la Corte IDH, lo siguiente: *creo que, para que no suceda así, se debe acabar con el principio de bilateralidad. Eso es lo que yo pienso. El principio de bilateralidad, que hoy sostiene la gran mayoría... hay que eliminarlo. Un eminente constitucionalista, el Dr. Sagüés, también ha dicho esto: si existe al derecho al recurso del condenado, es justo que exista un recurso para el fiscal o acusador. Yo he salido a rebatirle el argumento, diciendo lo contrario: si existe un recurso del condenado en contra de la sentencia, no puede existir, por muchas razones, un recurso del acusador contra la sentencia, salvo casos excepcionalísimos (que antes el mismo perito señaló y que tienen que ver fundamentalmente con la nulidad de la sentencia absoluta, más que nada por comisión de delitos por parte del juzgador).*



Solicitamos que se dispongan las siguientes medidas de la misma naturaleza:

a) Publicación de la Sentencia.

b) Modificación legal que asegure un recurso (hoy de casación o extraordinario federal, según el caso) oportuno, eficaz, accesible, amplio e integral contra la sentencia condenatoria dictada en cualquier instancia procesal (con el alcance mínimo de Herrera Ulloa), tanto a nivel de la justicia nacional como de las distintas administraciones de justicia de cada provincia.

c) Declaración de nulidad o invalidez de la sentencia de condena, dictada por primera vez en segunda instancia, manteniendo la absolucón.

Esta nulidad procede por no permitir el derecho al recurso efectivo y amplio para lograr una revisión integral del fallo y de las decisiones judiciales que rechazaron los recursos extraordinarios, de queja y de reposición.

La anulación de la sentencia de condena procede también por basarse en un reglamento no vigente y por haber cerrado el tipo de un modo sumamente impreciso, en violación al principio de legalidad y al consecuente de irretroactividad de la ley penal más gravosa.

Del mismo modo, corresponde la anulación por haber sido dictada, tal condena, luego de haberse dictado una sentencia absolutoria al imputado, por el mismo hecho, y haberlo sometido a un nuevo riesgo de condena.

d) Prohibir la condena en segunda instancia.

Para evitar la violación al derecho al recurso efectivo, amplio e integral, debe prohibirse que el juez o tribunal que, en segunda instancia, entiende en un recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria, dicte sentencia condenaría, debiendo limitarse (en caso de nulidad o invalidez) a reenviar el caso para que



otros jueces dicten nueva sentencia.

e) Previsión legal, para la admisibilidad formal de un recurso, de órganos judiciales diferentes al que dictó la resolución recurrida.

Para el caso en que se dictara una primera sentencia de condena en segunda instancia, debe preverse legalmente un órgano judicial, distinto al que dictó la condena en segunda instancia, para que decida acerca de la *admisibilidad formal del recurso de casación* del imputado y para que resuelva el *fondo del recurso de casación* del imputado, en forma previa a la interposición de recursos extraordinarios ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Debe preverse un órgano judicial, distinto al que confirmó la condena de segunda instancia rechazando el recurso de casación del imputado, para que decida acerca de la *admisibilidad formal de tal recurso extraordinario* del imputado, que puede o no ser la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

f) Modificación legal que impida el recurso de las partes acusadoras contra una sentencia absolutoria pronunciada en un proceso regular.

g) Modificación legal derogatoria del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por ser contrario a las garantías judiciales previstas en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto permite el pronunciamiento de fallos sin fundamento alguno, afectando el derecho a la defensa en juicio, a ser oído y a un recurso efectivo, eficaz, oportuno, amplio e integral del fallo condenatorio.

En subsidio (en caso de no disponerse su derogación) debe, al menos, intimarse al Estado Argentino a que modifique su texto, de modo que permita el respeto al derecho a la doble instancia amplia e integral, impidiendo el rechazo de los recursos extraordinarios (o de queja por rechazo del recurso extraordinario) cuando ese derecho haya sido antes



desconocido. Debe disponerse la obligación legal de fundar los fallos de cualquier órgano judicial y en cualquier supuesto.

Gustavo I. Vitale
Defensor Público Interamericano

Marcelo Torres Bóveda
Defensor Público Interamericano