

Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento

CORTE IDH, "CASO MOHAMED vs. ARGENTINA",
EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES y COSTAS,
SENTENCIA del 23 NOVIEMBRE de 2012, SERIE C N° 255

por **GUSTAVO L. VITALE**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

En el "Caso Mohamed vs. Argentina" (N° 11.618), la Corte IDH dictó sentencia, el 23 de noviembre del año 2012, en el que se condenó al referido Estado por violación al derecho a recurrir el fallo, consagrado en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 y 2. Esta violación convencional perjudicó al señor Oscar Alberto Mohamed.

Hace más de 20 años (el 16 de marzo de 1992), Mohamed, en su calidad de chofer de colectivos, conducía un autobús por la Avenida Belgrano —de la hoy llamada Ciudad Autónoma de Buenos Aires— y, en la intersección con la calle Piedras, protagonizó un accidente de tránsito, como consecuencia

.....
(1) Profesor Titular de Derecho Penal (Facultad de Derecho y C.S. de la Universidad Nacional del Comahue). Defensor Público Interamericano —por la República Argentina— para el período 2010-2013, designado en el Caso Mohammed conjuntamente con Marcelo Torres Bóveda, entonces Defensor Público Interamericano por Paraguay.

de éste pierde la vida la señora Adelina Vidoni de Urli, quien cruzaba la avenida, al ser apenas embestida por el ómnibus.

En la causa penal que se le abrió a Mohamed por el hecho mencionado, y en el marco del sistema procesal penal escrito que regía en ese entonces, el 30 de agosto de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3 pronunció, a su favor, una sentencia absolutoria.

Tanto el acusador público —el Fiscal— como el privado —el querellante— interpusieron recurso de apelación y, en función de tales medios de impugnación, el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la absolución y dictó sentencia de condena contra Mohamed, por el delito de homicidio culposo (art. 84 del CP), imponiéndole la pena de 3 años de prisión en forma condicional y la de 8 años de efectiva inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor.

Dicho Tribunal de Apelaciones, para fundar la responsabilidad penal por homicidio culposo, sostuvo que las normas que violó Mohamed al conducir el autobús

“...son normas de práctica internacional, una establece el deber para quien 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 procure adelantarse a otro vehículo la obligación de preservar la necesaria visibilidad, no debiendo, por tanto, iniciar esa maniobra ante una 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 donde no hay indicadores mecánicos, y de un modo relativo, donde hay señales fijas, pues debe hacerlo con arreglo a las indicaciones de las mencionadas señales. En nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts. 37, 39 y 40 del decreto-ley 692/92, reglamentario del tránsito automotor”.⁽²⁾

(2) Del texto de la sentencia de la Corte IDH, párr. 49.

Quedó acreditado en el proceso ante la Corte IDH que tal decreto-ley 692/92 no estaba vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed.

Contra esta condena que fue dictada por primera vez en segunda instancia, cabe señalar que en Argentina sólo existía (y en general sólo existe hoy) el recurso extraordinario federal. Es decir, no había recurso ordinario alguno para procurar una revisión amplia e integral de tal condenación.

Por ello, el 13 de marzo de 1995 la defensa de Mohamed interpuso recurso extraordinario federal (con fundamento en los arts. 14 y 15 de la ley 48 de 1863), planteando cuestiones federales o constitucionales, entre las que se destaca la afectación al principio de legalidad penal y, en particular, a una de sus consecuencias: la irretroactividad de la ley penal. Ello por cuanto, la condena invocó la violación a un deber de cuidado previsto en un reglamento no vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed.

La misma Sala Primera de la Cámara de Apelaciones que condenó a Mohamed, dejando sin efecto la absolución anterior, el 4 de julio de 1995 rechazó el recurso extraordinario, argumentando que la defensa invocó meras cuestiones de hecho, prueba y derecho común. Incluso, al resolver, intentó corregir lo que denominaron un “error material”, que fue precisamente la invocación del decreto no vigente al momento del hecho (como única norma previsoras de los mencionados deberes de cuidado —que para ellos había transgredido el colectivo—).

El 18 de julio de 1995, la defensa de Mohamed debió interponer recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por recurso extraordinario denegado, indicando en forma expresa que las planteadas constituían cuestiones constitucionales trascendentes, sin perjuicio de destacar que los parámetros para que la Corte Suprema defina la trascendencia de cada cuestión era “imposible estimarla a priori”.

Ante tal reclamo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la queja sin expresar fundamento alguno, con la simple cita del texto del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que así lo autoriza. Sólo dijo, entonces, que la queja “era inadmisibles”.

El 27 de septiembre de 1995, la defensa de Mohamed interpuso revocatoria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que fue denegada el

19 de octubre de 1995 por no ser sus decisiones susceptibles de reposición o revocatoria.

Luego del rechazo del recurso extraordinario federal, Mohamed fue inhabilitado para conducir cualquier tipo de vehículos, por lo cual perdió su empleo como chofer de ómnibus en la empresa en la que trabajaba y, a consecuencia de ello, quedó directamente sin trabajo.

2 | Los problemas jurídicos del caso

El presente caso plantea varias cuestiones jurídicas de relevancia, entre las que mencionaré cuatro: a) el derecho del imputado al recurso amplio contra la primera condena; b) el principio de legalidad penal y la consecuente irretroactividad de la ley penal; c) la prohibición de más de un juzgamiento contra una persona por el mismo hecho y d) las reparaciones.

2.1 | El derecho del imputado al recurso amplio contra la primera condena

El tema principal del caso fue el derecho al recurso y, en particular, su alcance cuando es ejercido contra una absolución dictada, por vez primera, en segunda instancia.

La Corte IDH dispuso, correctamente, que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se inserta dentro de las garantías mínimas a favor de “toda persona inculpada de delito” (párr. 91). Es “una garantía del individuo frente al Estado” (párr. 92); “se trata de un derecho que asiste al condenado” (párr. 93) y, de acuerdo “...al lenguaje concreto del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) es una garantía que tiene **‘toda persona declarada culpable de un delito’**”. (párr. 93).⁽³⁾

Como también lo destaca esta sentencia de la Corte IDH, “...esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas

.....

(3) El resaltado pertenece al autor.

etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena” (párr. 91).

Este derecho al recurso “se garantiza respecto de todo aquel que es condenado” (párr. 92) y comprende la potestad de todo imputado a impugnar la condena dictada, en su contra, ya sea en primera como en segunda instancia, en este último caso por un tribunal que dejó sin efecto una absolución anterior.

Indudablemente, con esta sentencia se ha dado un importante paso adelante, al sostener que “...resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena” (párr. 92).

La sentencia de la Corte IDH dejó bien en claro, como lo había hecho antes en relación a condenas pronunciadas en primera instancia,⁽⁴⁾ que este derecho de todo condenado le debe proporcionar un “recurso ordinario, accesible, eficaz” (párr. 99) y “**adecuado** para obtener un **control amplio e integral** de la decisión que lo perjudica” (párr. 97, 99 y 100).

Puntualiza el Alto Tribunal Interamericano que el recurso extraordinario federal existente en la República Argentina no es un recurso **ordinario** y no satisface, por ende, los recaudos que necesariamente debe reunir un medio de impugnación para cumplir con las exigencias del art. 8.2.h de la CADH (párr. 104).

Al mismo tiempo la Corte IDH considera que:

“...el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna en **incierto la accesibilidad** al mismo, puesto que esta disposición habilita la denegatoria **no motivada del recurso**, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron **acceder** a esa instancia recursiva. Esto fue claramente expresado por la defensa del señor Mohamed

(4) Ver entre otros, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de julio de 2004.

(...) que manifestó que ‘no existe parámetro o elemento normativo alguno que pueda orientar a los recurrentes sobre las cuestiones que pueden ser sustanciales o trascendentes para la Corte Suprema. Por lo tanto, es una situación que resulta imposible estimarla a priori’”. (párr. 107).⁽⁵⁾

Entonces, por lo dicho por la Corte IDH, queda en claro que el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina torna **inaccesible** el recurso extraordinario federal y, por ende, aunque se tratara de un medio de impugnación amplio (que no lo es), no garantiza la necesaria *accesibilidad* que debe tener todo recurso para cumplir con las exigencias del art. 8.2.h de la CADH.

A su vez, como el citado art. 280 del CPC y CN “habilita la denegatoria no motivada del recurso” (párr. 107) y como, a su vez, el “deber de motivar” las sentencias queda comprendido “dentro de la referida violación al derecho a recurrir el fallo” (párr. 118), es claro que, de acuerdo con el contenido de la presente sentencia de la Corte IDH, el art. 280 señalado violenta el derecho del imputado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior contenido en el art. 8.2.h de la Convención ADH.⁽⁶⁾

Por último, la **eficacia, adecuación o idoneidad** y, en definitiva, la **amplitud** del derecho al recurso importa que todo reclamo contra una sentencia de condena “debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido”. (párr. 99)

Además de servir para:

“ ...que pueda analizar[se] cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las

.....

(5) El resaltado le pertenece al autor.

(6) Es de lamentar que, sin embargo, la Corte IDH no haya acompañado esta correcta fundamentación con una medida de reparación compatible, destinada a evitar la repetición tan frecuente de los atropellos al derecho al recurso que se producen, en Argentina, por aplicación del ilegítimo “*certiorari* al revés”. Una crítica a este instituto, contenido en el art. 280 del CPC y CN, puede verse en VITALE, GUSTAVO L. “Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso penal a prueba (el ilegítimo “*certiorari* al revés”)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento del fascículo, n° 13, Lexis-Nexis, del 25 de junio del año 2003.

determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho” (párr. 100).

No hay duda alguna, entonces, sobre la corrección del fallo de la Corte IDH en el presente caso, en cuanto condena al Estado de Argentina por violación al derecho al recurso contenido en el art. 8.2.h de la CADH y, en esa medida, resulta ser una decisión apta para cumplir con la función primordial de controlar la convencionalidad de las decisiones estatales.

2.2 | El principio de legalidad penal y la consecuente irretroactividad de la ley penal

La sentencia del Caso Mohamed no se pronuncia sobre la posible afectación al principio de legalidad penal (y su consecuente prohibición de retroactividad de la ley penal), contenido en el art. 9° de la CADH, pues considera que la temática trata “... asuntos penales que corresponde sean examinados por el tribunal superior que debe conocer del recurso contra el fallo condenatorio, tal como lo ordena como consecuencia de haber declarado que se violó el art. 8.2.h (...) en perjuicio del señor Mohamed” (párr. 139).

Por lo que se verá, a pesar de lo resuelto por la Corte IDH, no es posible hoy revisar la sentencia de condena dictada contra el señor Mohamed, porque ella ha desaparecido de los registros de condenas al haber transcurrido sobradamente el plazo previsto por el art. 51 del Código Penal de Argentina sobre caducidad registral. Si no puede recurrirse una condena que no existe, entonces no existía razón válida para no tratar la cuestión de legalidad planteada por la Comisión IDH y por los representantes de la víctima (el señor Mohamed).

En verdad, es una lástima que no haya existido un pronunciamiento acerca de esta clara violación convencional producida en el caso al que nos referimos.

Es que el principio de legalidad penal requiere que el delito sea creado y descrito en una ley anterior al hecho del proceso, no pudiendo ningún otro órgano de poder de los Estados partes establecer elementos consti-

tutivos de ese delito. Lo mismo sucede, obviamente, con la pena, que no podrá establecerla, ni siquiera en parte, órgano alguno del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

El art. 9° de la CADH establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable ...”. Al momento del hecho, entonces, el derecho aplicable debe describir el delito. Por ende, no puede describirlo un órgano del Poder Ejecutivo ni tampoco el juez que, precisamente, debe aplicar ese derecho anterior.

“El principio de legalidad —dijo la Corte IDH— constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática...”. (párr. 130) “...la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste” (párr. 131).

La imposibilidad de aplicar la ley penal (más severa) para el pasado es una consecuencia lógica de la necesidad de ley anterior. La propia Corte IDH dijo al respecto que “...el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible” (párr. 131).

Entonces, corresponde al juez penal, 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 inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. El tribunal considera preciso agregar que, tratándose de delitos culposos, cuya ilicitud es menor comparada a las de los delitos dolosos y cuyos elementos típicos están definidos de forma genérica, se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa ...” (párr. 132).

La sentencia de condena —dictada en segunda instancia— sostuvo que Mohamed violó deberes de cuidado provenientes de “normas de práctica internacional”, agregando que “en nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts. 37, 39 y 40 del decreto-ley 692/92, reglamentario del tránsito automotor”.⁽⁷⁾

Como tal decreto-ley no estaba vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed (y ello lo reconoció la Corte IDH), para condenar a este último se aplicó un decreto-ley en forma **retroactiva**. Esto es, a los efectos de determinar cuáles eran los deberes de cuidado que se le exigían a él, antes del hecho, en la situación particular en la que actuó, no podía recurrirse a una norma legal no vigente el día del hecho. Por esa razón, ese decreto-ley no era fuente legal válida para cerrar el tipo penal abierto de homicidio culposo.

Resulta sorprendente que la Corte IDH, a pesar de no expedirse sobre la violación alegada por la Comisión IDH y por los representantes de la víctima, haya expresado que: “...al contrario de lo sostenido por los representantes ..., para determinar en cada caso cuál fue el deber objetivo de cuidado que se infringió, tratándose de un hecho ocurrido en un accidente de tránsito, el juzgador **no está limitado a recurrir únicamente a una norma formal** como lo sería el reglamento de tránsito automotor” (párr. 136).⁽⁸⁾ Y mucho más llamativo es que —después de haber sostenido que, en materia de delitos culposos, “se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa”—⁽⁹⁾ haya tomado en cuenta que el tribunal que condenó a Mohamed, en segunda instancia, sostuvo que los deberes de cuidado surgían de “normas de práctica internacional”,⁽¹⁰⁾ pues estas últimas no son fuentes válidas de creación de delitos y de penas.

La única fuente válida de los delitos y de las penas es la ley anterior al hecho del proceso. Y no es otra cosa lo que exige en principio de legalidad penal.

(7) Del texto de la sentencia de la Corte IDH, párr. 49.

(8) Lo resaltado pertenece al autor.

(9) Párr. 132.

(10) Párr. 137.

En suma, si el deber de cuidado no estaba descripto en una ley formal anterior al hecho del proceso no puede, supliendo tal ausencia, ser deducido por el juez de ninguna pauta social de conducta. Tal deber legal, como elemento de un tipo penal culposo, no puede, por ejemplo, identificarse con las pautas de conducta que “habría seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor”,⁽¹¹⁾ ni de “los patrones sociales de prudencia” o del “estándar mínimo de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura”.⁽¹²⁾ Más allá de la imprecisión y de lo indescifrable de tales **pautas sociales de conducta**, ninguna de ellas constituye un deber **legal** y, menos aún, proveniente de una **ley anterior** al hecho del proceso.⁽¹³⁾

La violación a la legalidad penal, en este caso, era patente y así debió ser declarada.

2.3 | La prohibición de más de un juzgamiento contra una persona por el mismo hecho

La Corte IDH rechazó la pretensión de los representantes de la víctima de considerar violado el derecho del señor Mohamed a no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, contenido en el art. 8.4 de la CADH (“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”).

Sostuvo, básicamente, que el término “firme” utilizado por el texto del art. 8.4 convencional impide considerar transgredido tal principio cuando la sentencia absolutoria fue pronunciada en primera instancia, quedando abierta la segunda instancia del mismo proceso. Dijo la Corte IDH que: “La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una

.....

(11) WELZEL, HAN, *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 187.

(12) ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000, p. 530.

(13) Ver VITALE, GUSTAVO, “Rol del Estado frente a la seguridad ciudadana y tutela de los derechos fundamentales. Tutela Judicial, Derechos Humanos y Privación de Libertad”, 3° Congreso Nacional de Defensa Pública, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Oficina Nacional de Defensa Pública y Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal, 2010, p. 17 y ss. y, en especial, p. 34.

sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal..." (párr. 123).

Ello, más allá de responder a una interpretación **estrictamente literal** del texto convencional, entra en franca contradicción con la naturaleza que el mismo fallo de la Corte IDH adjudicó al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el art. 8.2.h de la CADH.

Ello por cuanto sostuvieron, en la misma sentencia, que "El art. 8.2.h de la Convención contempla la protección de **garantías mínimas a favor** de 'toda persona inculpada de delito'" (párr. 91).⁽¹⁴⁾ Es "una garantía del individuo frente al Estado" (párr. 92); "se trata de un derecho que asiste al condenado" (párr. 93) y, de acuerdo "al lenguaje concreto del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) es una garantía que tiene 'toda persona *declarada culpable* de un delito' (énfasis agregado)" (párr. 93).

El derecho a recurrir el fallo no es, entonces, una potestad del poder penal del Estado para intentar nuevamente lograr una sentencia de condena, cuando no logró su objetivo en un juicio penal, luego de haber sometido al imputado al riesgo de condena. No se trata de un poder estatuido a favor del Estado ni del poder penal. No está en manos del acusador, sino del imputado de delito y de su defensor. Y eso lo dijo con toda claridad la Corte IDH al tratar el alcance del citado art. 8.2.h.

Por lo dicho, resulta contradictorio sostener que el término "firme" del art. 8.4 de la CADH constituye razón suficiente para reconocer la procedencia del recurso del acusador contra la sentencia absolutoria, cuando se afirmó, en la misma sentencia, que el derecho a recurrir el fallo está consagrado a favor del imputado, como parte de "...un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el inculcado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar 'las debidas garantías' que aseguren ...el derecho al debido proceso" (párr. 80).

Si el poder del Estado puede seguir juzgando a una persona —por el mismo hecho— a pesar del pronunciamiento de una sentencia absolutoria

(14) El resaltado pertenece al autor.

que cierra el proceso a su favor, entonces el derecho a recurrir el fallo deja de ser “una garantía del individuo frente al Estado” (como la misma sentencia lo declaró, en su párrafo 92), para pasar a ser un eslabón del entonces inagotable poder punitivo del Estado.

Tal pretensión de inagotabilidad del proceso surge de las claras palabras de Julio B. J. Maier (perito en el caso que aquí se trata):

“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 organización judicial y que la solución 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 persecución penal provocada por el Estado, el sometimiento múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución 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 (prohibición de la *reformatio in peius*)”.⁽¹⁵⁾

En el mismo sentido se expidió el perito Alberto M. Binder, quien concluyó su fundado dictamen escrito sosteniendo, sobre el punto, 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 ídem*’”.⁽¹⁶⁾

(15) Ver MAIER, JULIO B. *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2da. ed., Bs. As., Editores del Puerto, 1996, T. 1, pp. 635/ 636.

(16) Ver texto de la pericia de Alberto M. Binder, prestada ante escribano público.

Pero, hay otra cuestión que merece remarcar y es la falta de tratamiento por parte de la Corte IDH acerca de una petición concreta de los representantes de la víctima. Me refiero al necesario respeto, por parte de la Corte IDH, del mejor estándar jurisprudencial existente en Argentina en materia de *ne bis in ídem*, por imperio del principio *pro homine* (o pro persona), contenido en el art. 29 de la CADH.

En tal sentido, la Corte IDH manifestó que “no encuentra fundamento para entrar a analizar lo solicitado por los representantes en cuanto al criterio de interpretación del art. 29.b) de la Convención”, ya que “los representantes no aportaron al acervo probatorio de este caso las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a las que se refirieron en su escrito de solicitudes y argumentos”, por lo que “no ha sido probado ante este Tribunal con la seguridad que se requiere, que en Argentina el principio de *ne bis in ídem* está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la Convención” (párr. 124).

Cabe destacar que los representantes de la víctima adjuntaron copia del último fallo relevante en ese momento (el correspondiente a la causa “Kang, Yoong Soo s/rec. Extraordinario”, Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011), como en otro lugar de la sentencia lo reconoció la propia Corte IDH.⁽¹⁷⁾ Pero, inclusive, ese mismo fallo —incorporado a los Anexos como prueba documental—, en su considerando 5º, remite expresamente a la causa Sandoval (dijo allí la Corte Suprema Argentina, en la decisión incorporada al acervo probatorio: “la cuestión debatida en al presente resulta sustancialmente idéntica a la tratada en los autos “Sandoval, David Andrés —Fallos: 333:1687—”, a cuyas consideraciones corresponde remitir en lo pertinente”).

Además de ello, se mencionaron y transcribieron las partes pertinentes de las demás decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativas al tema, indicando todos los datos indetificatorios de los fallos y proporcionando a la Corte IDH el *link* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en el ofrecimiento de prueba), precisamente para poder constatar la veracidad de las citas y transcripciones.

(17) Ver párr. 77, nota de pie n° 67.

Por si fuera poco, a los mismos fallos se refirieron los peritos Julio B. J. Maier (en la audiencia oral ante la Corte IDH) y Alberto M. Binder (en su declaración escrita prestada ante escribano público).

También, hicieron una pormenorizada mención de tales fallos, con transcripción y cita de las fuentes, los firmantes del *Amicus Curiae* presentado por la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, que formó parte de la prueba incorporada al proceso.

En verdad, no hacía falta nada más para demostrar cuál era el estándar del máximo tribunal judicial argentino sobre la materia, ya que no quedó duda alguna acerca del contenido de los fallos mencionados, perfectamente ubicables, por otra parte, en el *link* de la Corte Suprema Argentina (lo que, incluso, es más seguro que acompañar una simple copia, por medio del procedimiento de copiado y pegado del texto).

Por esta razón, la Corte IDH no trató un planteo central de los representantes de la víctima, por el que se reclamó, con toda justicia, que se acepte, por imperio de lo dispuesto en el art. 29 de la CADH, los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que otorgan mayor protección al principio que prohíbe el doble juzgamiento del imputado por el mismo hecho. De acuerdo con ello, la condena que (en segunda instancia) revocó la absolución dictada en un proceso regular no tiene ningún valor, por afectar la garantía contra el doble juzgamiento contenida en el art. 8.4 de la CADH.

2.4 | Las reparaciones

Aquí sólo voy a tratar algunos aspectos.

La sentencia de la Corte IDH condenó al Estado de Argentina, por violación al art. 8.3.h de la CADH, y, en función de ello, estableció ciertas obligaciones para el Estado.

En primer lugar, le impuso una obligación de imposible cumplimiento. En tal sentido, lo obligó a dos cosas imposibles: 1) adoptar las medidas necesarias para que, hoy, Mohamed tenga un recurso contra la condena

(párr. 152, a) y 2) adoptar las medidas necesarias para que, hasta que Argentina dicte sentencia de fondo (en virtud del recurso que debe garantizar a Mohamed) se suspendan los efectos jurídicos de la condena y, en especial, su registración (párr. 152, b).

No es posible el cumplimiento de tales obligaciones por la sencilla razón de no existir ya, en los registros de antecedentes, la condena dictada contra el señor Mohamed. Ello es consecuencia de la disposición legal incorporada al Código Penal Argentino, en el año 1984, en virtud de la cual los antecedentes condenatorios ya no perduran durante toda la vida de la persona, sino que caducan por el transcurso del tiempo. Por haber transcurrido, entonces, los plazos legales de caducidad registral previstos en el art. 51 del Código Penal, Mohamed no tiene ya condena alguna en sus registros de antecedentes, por lo que mal podría recurrirse una condena inexistente o mal podría suspenderse la registración de una condena que no se encuentra registrada por disposición legal.

Si esto hubiera sido advertido por la Corte IDH, entonces hubiera tratado el planteo de la Comisión IDH y de los representantes de la víctima relativos a la violación al principio de legalidad contenido en el art. 9° de la CADH (que no trató por haber impuesto al Estado de Argentina el deber de brindar un recurso amplio contra una condena hoy inexistente).

Por otra parte, la supuesta existencia actual de la condena contra Mohamed la dio por probada (errónea e implícitamente) sin incorporar prueba alguna al respecto, a contrapunto con su decisión de no dar por probada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina que mencionamos en el apartado anterior, relativa a los estándares en materia de prohibición de doble juzgamiento, a pesar de los elementos probatorios que considero abundantes para acreditarlos.

A su vez, la sentencia le impuso al Estado la obligación de publicar el resumen oficial de la sentencia y el texto íntegro de esta última.

Igualmente, lo condenó a pagar al señor Mohamed, en carácter de única víctima, una indemnización en dinero (50.000 dólares de los Estados Unidos de América en concepto de daño material e inmaterial y 3000 dólares del mismo Estado por gastos relacionados con la tramitación del caso ante la Comisión IDH).

Lo que no entiendo compatible con los fundamentos de la sentencia es la falta de imposición al Estado —como medida de no repetición—, de la obligación de prever, en sus distintas legislaciones procesales (nacional y provinciales) un recurso amplio contra la sentencia de condena y, en especial, contra la que se dicte en segunda instancia dejando sin efecto una absolución anterior o aumentando la pena impuesta en una anterior sentencia (aunque una legislación acorde con este fallo debiera, directamente, prohibir el dictado de una primera condena en segunda instancia o de una condena más severa en segunda instancia, debiendo ordenarse el reenvío para que otro tribunal juzgue el caso —al menos mientras la Corte IDH permita el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria o contra la condena para lograr una pena mayor, a diferencia del planteo de los representantes de la víctima y de lo que personalmente pienso sobre el tema—).

Tampoco entiendo compatible con el contenido de la sentencia (en cuanto afirma un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el art. 8.2.h de la Convención),⁽¹⁸⁾ no haber asegurado la no repetición impidiendo que el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina pueda ser empleado para rechazar, sin fundamento, un recurso extraordinario al menos en los casos en los que no se respetó el derecho a interponer un recurso ordinario, accesible, eficaz y amplio contra una condena dictada, por primera vez, en segunda instancia.

Las anteriores apreciaciones se entienden si se repara en que la Corte IDH, en esta sentencia, declaró la responsabilidad internacional del Estado por violar el art. 8.2.h en función de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, el último de los cuales manda a que, cuando el derecho desconocido no estuviere garantizado por disposiciones legales, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos tales derechos, entre las cuales se incluye la obligación de “dejar sin efecto leyes contrarias a la Convención Americana” o la de “adoptar legislación para proteger derechos consagrados en la Convención Americana”.⁽¹⁹⁾

.....

(18) Ver párr. 116.

(19) CEJIL, *Guía para Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Bs. As., Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007, p. 113.

3 | Consideraciones finales

En suma, la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Mohamed vs. Argentina”, en cuanto condenó al Estado por violación al derecho al recurso previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, significó un importante avance en el reconocimiento del contenido de tal potestad del imputado, al reconocer que puede ser ejercido, con toda amplitud, contra la primera condena pronunciada en segunda instancia.

No obstante ello, hubiera sido deseable y necesario que ordenara al Estado la adopción de medidas legislativas encaminadas a evitar la reiteración de violaciones al mismo derecho, como la ocurrida en el presente caso.

Al mismo tiempo, si bien la sentencia obliga al Estado a compensar en dinero los daños materiales e inmateriales y los gastos del proceso, por otro lado le impone obligaciones de imposible cumplimiento (acordar un recurso contra una condena hoy inexistente —sin probar su aceptada existencia—), en base a lo cual no trató el reclamo de violación al principio de legalidad penal (producido por una condena por homicidio culposo que cita, como fuente legal de los deberes de cuidado, un decreto ley no vigente al momento del hecho juzgado).

A su vez, la sentencia rechazó el reclamo de violación al *ne bis in ídem* (que tuvo lugar por haberse condenado a quien había sido antes absuelto en un proceso regular), por entender que es legítimo revocar, en otra instancia del mismo proceso, una sentencia absolutoria —si es recurrida por el acusador—, a pesar de haber sostenido antes, con toda corrección y en opuesto sentido, que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior es un derecho del imputado o condenado frente al poder punitivo del Estado (y no una prerrogativa de este último en contra del primero).
