

Disconformidades con el doble conforme

Por Rolando E. Gialdino

A. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) “en el caso *Mendoza y otros Vs. Argentina* concluyó que el Estado de Argentina incumplió con su obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], en relación con los artículos 8.2.h, 19 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la víctimas del caso, en virtud de que los artículos 474 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza vigente al momento de los hechos y el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación no permitían la revisión de cuestiones fácticas y/o probatorias por un tribunal superior [...] De idéntica manera, en el caso *Gorigoitía Vs. Argentina* la Corte determinó que el artículo 503 del Código Procesal de la Provincia de Mendoza vigente al momento de los hechos, en tanto que era sustancialmente idéntico al referido artículo 474, era violatorio del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 8.2.h del mismo instrumento”¹. Así lo recordó la Corte IDH en la última, reciente y renovada condena a nuestro país por circunstancias análogas a las antedichas: *Valle Ambrosio y otro*, vale decir, tras puntualizar las reprobaciones de mayo de 2013 y septiembre de 2019, respectivamente². También incorporó a esa suerte de “memorial ajustado” el caso *Mohamed Vs. Argentina*, de noviembre de 2012 (§ 54), en el que el procesado había sido condenado por primera vez en segunda instancia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional), la cual revocó el fallo absolutorio de la instancia anterior, al paso que los recursos contra esta decisión a que tuvo acceso el Sr. Mohamed, según la normativa vigente en aquel momento, esto es, el recurso extraordinario

¹ El art. 8 cit. prescribe: “2. [...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, al paso que el art. 2 cit. prescribe: “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

² *Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina*, fondo y reparaciones, 20/7/2020, Serie C N° 408, § 53 (en adelante *Valle Ambrosio y otro*). Salvo indicación en contrario, la cita de párrafos (§) remitirá a esta sentencia. Para las referencias: *Mendoza y otros Vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14/5/2013, Serie C N° 260 (en adelante *Mendoza y otros*); *Gorigoitía Vs. Argentina*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 2/9/2019, Serie C N° 382 (en adelante *Gorigoitía*).

federal y el de queja, no garantizaron el derecho enunciado en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)³, *i.e.*, un texto de jerarquía constitucional (art. 75.22, Constitución Nacional [CN]).

B. Hemos señalado la analogía de circunstancias dado que, en *Valle Ambrosio y otro*, la controversia se centró en si Argentina era responsable por la violación al derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior previsto en el citado art. 8.2.h, con motivo de los rechazos de los recursos de casación interpuestos por el Sr. Valle Ambrosio y por el Sr. Domínguez Linares, contra la sentencia de la Cámara Novena del Crimen de Córdoba, la cual calificó a ambos, cómplices necesarios del delito de “defraudación por administración fraudulenta calificada”, en los términos de los arts. 45, 174.5 y 173.7, Código Penal, imponiéndoles una pena de tres años y seis meses de prisión a cada uno, con accesorias de ley y costas (§§ 19/20). En tales condiciones, la Corte IDH juzgó, por un lado, “que el artículo 468 del CPPC [Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba] es de contenido casi idéntico a lo establecido en el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, así como a lo recogido en los señalados artículos 474 y 456 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, vigentes al momento de los hechos respectivos de cada caso” (§ 53). Y, por el otro, que el recurso de casación interpuesto por el Sr. Valle Ambrosio fue declarado “inadmisible” por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba “en aplicación del [...] artículo 455 del CPPC, lo que implicó –tal y como sucediera con el recurso interpuesto por la defensa del señor Domínguez Linares– un rechazo ‘*in limine*’ que además inhibió al tribunal *ad quem* de entrar en el fondo de las cuestiones planteadas” (§ 50; asimismo: §§ 48/49 y 52). Más aún: la defensa del Estado con sustento en que los aludidos recursos de casación “fueron declarados inadmisibles debido a que no se hallaron debidamente fundamentados y que se omitieron plantear cuestiones de hecho y/o de prueba en sus impugnaciones”(§ 52; asimismo: §§ 40/41), resultó desechada por la San José en la inteligencia de que ese desenlace “se debió, principalmente, a la imposibilidad por parte del tribunal *ad quem* de revisar los elementos fácticos declarados probados en la sentencia de primera instancia para poder así enfrentar los alegatos

³ Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 23/11/2012, Serie C N° 255, § 114 y punto resolutivo 2 (en adelante *Mohamed*). Son de añadir, aun cuando no referentes a Argentina, p.ej.: *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2/7/2004, Serie C N° 107 (en adelante *Herrera Ulloa*); *Ruiz Fuentes y otra Vs. Guatemala*, excepción preliminar fondo, reparaciones y costas, 10/10/2019, Serie C N° 385 (en adelante *Ruiz Fuentes y otra*).

esgrimidos por cada recurrente” (§ 52). Algo semejante ya había sucedido en *Gorigoitía* (§§ 49/53).

C. Es menester subrayar, con doble trazo, que ambos rechazos locales fueron cuestionados por sendos recursos extraordinarios, tenidos por inadmisibles por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, lo cual dio lugar a recursos de queja, igualmente inadmitidos por el Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte SJN) con arreglo al art. 280, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (§§ 24 y 30) ⁴.

D. *Valle Ambrosio y otro*, desafortunadamente, no nos debe tomar por sorpresa dado la preexistencia de los numerosos fallos de San José que hemos acabado de memorar, entre los cuales se encuentra, como aquel se encarga de especificarlo (§ 43), *Herrera Ulloa* en el que, ya para 2004, el Tribunal regional había esclarecido que el art. 8.2.h, CADH, refiere a un “recurso ordinario, accesible y eficaz, es decir, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente, es decir, que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que dé al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las 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. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria” ⁵.

⁴ Héctor GROS ESPIELL ya advertía, para 1991, que numerosas normas penales de Estados latinoamericanos estaban en contradicción con el art. 8.2.h, CADH (*La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 95).

⁵ “[I]ndependientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Parte y de la denominación que den al medio de impugnación [...] las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria”, “un examen integral de la decisión recurrida” (*Mendoza y otros*, § 245 y 242; asimismo: *Mohamed*, § 100; *Ruiz Fuentes y otra*, § 158).

También es de traer a cuento que, años previos, para el 9 de febrero de 1994, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) había decidido el caso *Maqueda c. Argentina* (informe n° 17/94), y entendido menoscabado el art. 8.2.h, CADH, atento a que el Sr. Maqueda, frente a la condena penal impuesta por la Cámara Federal de San Martín, “no tuvo posibilidad de interponer un recurso de revisión de la sentencia debido a que la Ley 23.077 no contempla apelación ni recurso amplio ante ningún tribunal de alzada. Por lo tanto, la única alternativa que quedaba al acusado era recurrir ante la Corte Suprema utilizando la vía del Recurso Extraordinario, un recurso de tipo excepcional y sujeto a restricciones”. Posteriormente, llevó el litigio ante la Corte IDH, requiriendo que esta, *inter alia*, declare que el Estado Argentino “está obligado a establecer un mecanismo ordinario que garantice la doble instancia en el procedimiento establecido por la ley 23.077 con el fin de lograr la compatibilidad de dicha norma con la Convención Americana de acuerdo a lo establecido por su artículo 2”. Con todo, motivada por el acuerdo celebrado entre las partes, terminó formulando el desistimiento de la demanda, que fue admitido por el Tribunal regional, a nuestro juicio, con dudoso acierto⁶. Tres años más tarde, en *Juan Carlos Abella c. Argentina*, la Comisión IDH, en términos semejantes a lo antedichos, consideró una vez más quebrantado el art. 8.2.h, CADH⁷. Remitimos, al respecto, al estudio que oportunamente realizamos del caso *Abella*, de contornos más que cercanos al antedicho *Maqueda*⁸.

E. En este orden de ideas, no ha de ser pasado por alto, asimismo, la presencia de otro precepto de jerarquía constitucional (CN, art. 75.22): art. 14.5, Pacto Internacional de

⁶ *Vide* Corte IDH, *Maqueda Vs. Argentina*, excepciones preliminares, resolución, 17/1/1995, Serie C N° 18. Consideramos dudoso el acierto de lo resuelto por la Corte IDH pues, al margen de que el acuerdo satisficiera el reclamo del Sr. Maqueda, en nada se comprometía el Estado argentino a adecuar su normativa (*vide ídem*, § 18).

⁷ Informe n° 55/97, caso 11.137, fondo, 18/11/1997, §§ 250/273. “[...] el recurso de apelación especial [Código Procesal Penal guatemalteco] es un recurso en cierta medida limitado, toda vez que sólo permite la revisión de hechos ‘para aplicación de la ley sustantiva o cuando exista manifiesta contradicción con la sentencia recurrida’” (*Ruiz Fuentes y otra*, § 160).

⁸ GIALDINO, Rolando E., “Derecho Internacional Humanitario, ejecuciones sumarias y doble instancia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El caso Abella”, en *investigaciones*, 2000, n° 1, http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/investigaciones/2000_1x.pdf. En este litigio, la Comisión IDH no inició demanda ante la Corte IDH. Una de las “recomendaciones” dirigidas a nuestro país fue: “[q]ue en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los artículos 2 y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la Ley 23.077”. Empero, expirado el plazo (un mes) otorgado para informar acerca del cumplimiento de las recomendaciones sin respuesta alguna, la Comisión IDH decidió hacer público el informe e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA (Informe cit. nota anterior, §§ 438.ii y 439).

Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ⁹, “muy similar al artículo 8.2.h de la Convención Americana” en palabras de la Corte IDH ¹⁰, y el criterio de la Comisión IDH ¹¹. Esta disposición, conforme lo enseña el Comité de Derechos Humanos (Comité DH), impone que el fallo condenatorio y la pena del procesado puedan ser “revisadas íntegramente”, y no verse limitada dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia ¹². Cuanto más que, años antes, en 1998, había censurado “que la ley prevé únicamente una revisión judicial, que aparentemente se realiza sin una audiencia pública y versa únicamente sobre cuestiones de derecho”, cuando el art. 14.5 cit., “requiere una evaluación plena de las pruebas y de las incidencias del juicio” ¹³. Y sobre ello volvió, para 2007, en su

⁹ “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Para el orden de la Convención Europea de Derechos Humanos, esta temática, aunque con alcances diferentes de los previstos por la CADH y el PIDCP (*vide* texto *infra* G, segundo párrafo), fue introducida, en 1984, por el Protocolo 7, art. 2: “1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”.

¹⁰ *Barreto Leiva Vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, 17/11/2009, Serie C N° 206, § 84 (en adelante *Barreto Leiva*); *Mohamed*, § 93; *vide* texto *infra* G, tercer párrafo. En *Barreto Leiva* el Tribunal interamericano se encargó de refutar la defensa invocada por Venezuela, basada en que, según el Comité de Derechos Humanos en *Consuelo Salgar de Montejo c. Colombia* (comunicación n° 64/1979), “para la determinación del derecho a la doble instancia debe tenerse en cuenta el procedimiento establecido en las leyes y no en el derecho mismo a apelar”. Por lo contrario, sostuvo la Corte IDH, el Comité resolvió en un “sentido distinto al indicado por Venezuela, lo siguiente: ‘El Comité considera que la expresión *conforme a lo prescrito por la ley* que figura en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a la apelación, porque los derechos son los reconocidos en el Pacto y no únicamente los reconocidos en la legislación interna. Más bien, lo que ha de determinarse *conforme a lo prescrito por la ley* es el procedimiento que se ha de aplicar para la apelación’. El Comité se pronunció en contra del Estado porque se había negado a la señora Consuelo Salgar de Montejo el derecho a apelar ante un tribunal superior” (§ 84, las *italicas* reemplazan lo puesto por la Corte IDH entre comillas menores en el original).

¹¹ La Comisión IDH al resolver el fondo del caso que la Corte IDH carataría *Valle Ambrosio y otro*, expresó que la redacción del art. 14.5, PIDCP, es “sustancialmente similar” a la del art. 8.2.h, CADH, “por lo tanto las interpretaciones que haga el Comité de los Derechos Humanos de la ONU con relación al contenido y alcance de dicho artículo son pertinentes como pauta de interpretación del artículo 8.2.h de la Convención Americana” (*Julio César Ramón Del Valle Ambrosio y Carlos Eduardo Domínguez Linares c. Argentina*, fondo, informe n° 97/17, caso 12.924, 5/7/2017, § 41, nota 33).

¹² *Gómez Vázquez c. España*, comunicación n° 701/1996, 20/7/2000, CCPR/C/69/D/701/1996, § 11.1. En sentido análogo, *Manuel Sineiro Fernández c. España*: “en la presente comunicación, el Tribunal Supremo indicó explícitamente que la realización de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena no forma parte de sus funciones. Por lo tanto, la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio le fueron denegados al autor”, con violación del art. 14.5, PIDCP (comunicación n° 1007/2001, 7/8/2003, CCPR/C/78/D/1007/2001, §§ 7/8). Asimismo: *Karim Meïssa Wade c. SÉNÉGAL*, communication n° 2783/2016, 22/10/2018, CCPR/C/124/D/2783/2016, § 12.4.

¹³ *Victor P. Domukovsky, Zaza Tsiklauri, Petre Gelbakhiani e Irakli Dokvadze c. Georgia*, comunicaciones nos. 623/1995, 624/1995, 626/1995, 627/1995, 6/4/1998, CCPR/C/62/D/623/1995, § 11.1.

Observación general n° 32. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia: “[e]l derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el [art. 14.5 cit.] impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa” (§ 48) ¹⁴.

F. La *Observación general n° 32* indicó, a su vez, que el citado precepto es quebrantado “no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación [...] o un tribunal de última instancia [...] a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior” (§ 47, citas omitidas) ¹⁵. En este sentido, dejó en claro que “cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto” (§ 47) ¹⁶. Una situación calcada podría configurarse, habida cuenta de que nuestro país no expresó reserva alguna a este respecto, con motivo del ejercicio por la Corte SJN de su competencia originaria en materia penal ¹⁷.

G. En esta última materia, San José ha introducido algún matiz en el caso hasta hoy emblemático: *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. En efecto, después de reconocer, como lo había hecho en *Barreto Leiva*, que “el Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos”, por manera que “la designación del máximo órgano de justicia, a efectos del juzgamiento penal de [aquellos] no es *per se*, contraria al

¹⁴ Asimismo: Comité DH, comunicaciones nos.: 1100/2002, *Bandajevsky c. Belarús*, § 10.13; 985/2001, *Aliboeva c. Tayikistán*, § 6.5; 973/2001, *Khalilova c. Tayikistán*, § 7.5; 964/2001, *Saidova c. Tayikistán*, § 6.5; 802/1998, *Rogerson c. Australia*, § 7.5; 662/1995, *Lumley c. Jamaica*, § 7.3.

¹⁵ Recuérdese el caso *Mohamed*, texto *supra* A.

¹⁶ “[...] la expresión ‘conforme a lo prescrito por la ley’ [art. 14.5, PIDCP] no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación [d]el Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal” (Comité DH, *Jesús Terron c. España*, comunicación n° 1073/2002, 5/11/2004, CCPR/C/82/D/1073/2002, § 7.4).

¹⁷ *Vide* arts. 24, decreto ley 1285/58 –ratificado por la ley 14.467– y 6, ley 24.050.

artículo 8.2(h) de la Convención Americana”, sostuvo que cuando el procesado es juzgado por el máximo órgano de justicia del Estado, al no existir un tribunal de mayor jerarquía, “la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente. En este sentido, la Corte ha señalado que puede establecerse, ‘[...], por ejemplo, [...] que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso’ [...]. Asimismo, la Corte verifica que ésta ha sido la práctica de algunos Estados de la región”¹⁸. Renglones antes había sopesado: “si bien fue la Alta Corte de Justicia la que juzgó y condenó al señor Alibux, el rango del tribunal que juzga no puede garantizar que el fallo en instancia única será dictado sin errores o vicios” (§ 103)¹⁹.

Luego, hemos ante una marcada diferencia entre la CADH y el Protocolo 7, art. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, que la Corte IDH se encargó de poner de resalto para refutar la defensa de Argentina en *Mohamed*: la primera “no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo” (§ 94)²⁰.

Otro aspecto a tener en mente, es que *Liakat Ali Alibux*, sin desconocer la similitud del art. 8.2.h, CADH, con el art. 14.5, PIDCP, ya destacada (*supra* E), sí observó un distingo evidente: el texto americano “es muy claro al señalar el derecho a recurrir el fallo sin hacer mención a la frase ‘conforme a lo prescrito por la ley’, como sí lo establece el artículo del PIDCP”²¹. Con todo, tras citar la *Observación general n° 32*, Comité DH (“La expresión ‘conforme a lo prescrito por la ley’ en esta disposición no tiene por objeto dejar a

¹⁸ *Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 30 /1/2014, Serie C N° 276, §§ 88 y 105, los corchetes son del original, y las comillas menores remiten a *Barreto Leiva*, § 90 (en adelante, *Liakat Ali Alibux*);). Y aclaró seguidamente: “[s]in perjuicio de ello, el Tribunal estima que el Estado puede organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda” (idem).

¹⁹ Ya en *Barreto Leiva* San José había dicho: “[...] Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia [Corte Suprema de Justicia] y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo” (§ 91).

²⁰ Asimismo: *Liakat Ali Alibux*, § 96. *Vide* el texto del Protocolo 7, art. 2, cit., *supra* nota 9.

²¹ *Liakat Ali Alibux*, § 93.

discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que este es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión ‘conforme a lo prescrito por la ley’ se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión, así como la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto [...]”), tras ello, reiteramos, arribó a una conclusión paralela: “si bien existe una deferencia a los Estados para regular el ejercicio del recurso, mediante su normativa interna, no pueden establecerse restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo [...] o la existencia del mismo”²², más aún cuando la remisión a dicha normativa “no se reconoce en la Convención Americana”²³.

H. Al paso, la *Observación general n° 32* dio cuenta de que el art. 14.5, PIDCP, “es una *lex specialis* en relación con el párrafo 3 del artículo 2 cuando se invoca el derecho de acceso a un tribunal de apelación” (§ 58)²⁴.

I. Condiciones parejas a las que venimos exponiendo rigen los trámites en los que se requiere una autorización para recurrir: el Comité DH observa que el Tribunal de Apelación de Arnhem (Países Bajos) negó la solicitud de autorización para apelar de la autora, porque ello no redundaría en interés de la “adecuada administración de justicia”. Mas, sostuvo el órgano, cualquier revisión de este tipo, en el contexto de una decisión relativa a una solicitud de autorización para apelar, debe examinarse en cuanto a su fondo²⁵.

J. Añadamos, concerniente a nuestro país, que el Comité DH, para 2016, al pronunciarse sobre el quinto informe periódico, si bien acogió con “satisfacción” que el derecho enunciado en el art. 14.5, PIDCP, “esté contemplado en el Código Procesal Penal

²² Ídem, § 94, c/ cita de *Herrera Ulloa*, § 161, y *Barreto Leiva*, § 90.

²³ Ídem, § 94.

²⁴ El art. 14.5 cit. constituye una *lex specialis*, por lo que no tendría sentido aplicar el derecho general a interponer un recurso efectivo del art. 2.3, PIDCP (*Duilio Fanali v. Italy*, communication n° 75/1980, 31/3/1983, Supp. No. 40 A/38/40 at 160, § 13). Para la Corte IDH “[...] en razón de que el artículo 8.2.h) de la Convención tiene un contenido jurídico propio y el principio de efectividad (*effet utile*) es transversal a la protección debida de todos los derechos reconocidos en ese instrumento, el Tribunal considera innecesario analizar aquella disposición en relación con el artículo 25 de la Convención” (*Ruiz Fuentes y otra*, § 167). La Corte “no estima necesario realizar un pronunciamiento adicional respecto de la violación a la protección judicial establecida en el artículo 25 de la Convención, ya que la consecuencia de las afectaciones descritas en sus alegatos se subsumen en lo ya resuelto en el capítulo VII-2 de la presente Sentencia [relativo al art. 8.2.h, CADH]” (*Liakat Ali Alibux*, § 119). Con todo, *vide* el elaborado voto del juez Mac-Gregor Poisot en este último caso, según el cual no necesariamente la consecuencia de las afectaciones de haber declarado la violación al artículo 8.2.h) quedarían comprendidas en las alegadas afectaciones del artículo 25 de la Convención Americana (§ 30 y ss.).

²⁵ *S.Y. v. Netherlands*, communication n° 2392/2014, 17/7/2018, CCPR/C/123/D/2392/2014, § 9.4.

de la Nación y haya sido reconocido en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, también lamentó que “esta garantía no sea aplicable de manera uniforme en todas las jurisdicciones provinciales”, por lo que le señaló que “debe asegurar la aplicación de la garantía del artículo 14, párrafo 5 del Pacto en todo el territorio nacional”²⁶. Por cierto que, con ello, reiteraba, en buena medida, lo expresado seis años antes al expedirse sobre el cuarto informe, cuando, después de observar “con preocupación la ausencia de normatividad y práctica procesal que garantice, en todo el territorio nacional, la aplicación efectiva del derecho enunciado en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”, remató: “[e]l Estado parte debe tomar medidas necesarias y eficaces para garantizar el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior. En este sentido el Comité recuerda su Observación general N° 32, relativa al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, cuyo párrafo 48 enfatiza la necesidad de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena”²⁷.

K. Para el supuesto de niños, procede tener presente la Convención sobre los Derechos del Niño, también de jerarquía constitucional (CN, art. 75.22), cuyo art. 41.2.b.v determina, en términos del Comité de los Derechos del Niño, que el menor “tiene derecho a apelar contra la decisión por la que se le declare culpable de los cargos formulados contra él y las medidas impuestas como consecuencia del veredicto de culpabilidad. Compete resolver esta apelación a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, en otras palabras, un órgano que satisfaga las mismas normas y requisitos que el que conoció del caso en primera instancia. Esta garantía es análoga a la formulada en el párrafo 5 del artículo 14 del [PIDCP]”. El derecho de apelación, agrega, “no se limita a los delitos más graves”²⁸, lo cual confirman los trabajos preparatorios del PIDCP²⁹. Con sostén, *inter alia*, en estas consideraciones, la Corte IDH estableció que “el derecho de recurrir del fallo adquiere una relevancia especial tratándose de la

²⁶ *Observaciones finales: Argentina*, 2016, CCPR/C/ARG/CO/5, §§ 31/32.

²⁷ *Observaciones finales: Argentina*, 2010, CCPR/C/ARG/CO/4, § 19. Hemos mencionado el citado § 48 *supra* texto E.

²⁸ *Observación general n° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores*, 2007, § 60.

²⁹ NOWAK, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl/Estrasburgo/Arlington, N.P. Engel, 1993, p. 267.

determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos”³⁰.

L. Observemos, por lo demás, que las defensas esgrimidas por Argentina en *Mendoza y otros* con invocación del precedente *Casal* de la Corte SJN³¹, no obstante la “importancia” que San José concedió a este, no impidieron en manera alguna que el Estado fuese condenado a cumplir con el deber “de adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos” por el Tribunal regional³². Otro tanto ocurrió en *Gorigoitía* (§ 56 y punto resolutivo 9), y en *Valle Ambrosio y otro*, mayormente cuando en este la Corte IDH puso de manifiesto que “no se ha desplegado la correspondiente prueba para acreditar que, efectivamente, a raíz del ‘fallo Casal’ la práctica judicial interna ha provocado en la actualidad que el recurso de casación contra una sentencia dictada en primera instancia cumpla con los estándares interamericanos en la materia, reiterados en el presente caso”³³. Previamente, en su decisión de fondo en este último caso, la Comisión IDH había entendido que “según la información disponible a través del sistema de casos y el trabajo de monitoreo de la Comisión, dicho fallo [*Casal*] no ha provocado cambios suficientes para resolver los problemas señalados en el presente análisis. Uno de los obstáculos que encuentra [...] para concluir que el Estado ha subsanado esta problemática, es la falta de obligatoriedad del fallo Casal. La Comisión observa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad del artículo 456 del CPPN –que regula la procedencia del recurso de casación y que como se indicó es de contenido casi idéntico al artículo 468 del CPPC– dicha sentencia constituye una pauta interpretativa pero jurídicamente no es de obligatorio acatamiento por los jueces [...]”. Y completó, conviene apuntarlo: “[a]ún más, la Comisión nota que la pauta

³⁰ *Mendoza y otros*, § 247.

³¹ “El Estado [...] sostuvo que ‘de conformidad a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Casal [...], sólo es posible resolver adecuadamente la vía casatoria en la medida que se garantice la revisión plena del fallo condenatorio’” (§ 239). La referencia es a *Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa*, Fallos 328:3399, 20/9/2005.

³² *Mendoza y otros*, § 332 y punto dispositivo 22. “Sin dejar de reconocer la importancia de dicho fallo [*Casal*], el Tribunal constata que siguen vigentes las disposiciones procesales pertinentes en ambos códigos, en contradicción con dicho fallo” (ídem, § 302).

³³ § 68 y punto dispositivo 4. Frente a otra alegación argentina, fundada en la reforma operada por la ley cordobesa 10.457 al Código Procesal Penal local, San José replicó: esa ley “no contiene ninguna modificación del ámbito y contenido del recurso de casación” (*Valle Ambrosio y otro*, § 67); y añadió: el Estado también mencionó una futura reforma del antedicho código, “sin desplegar ningún tipo de actividad probatoria con respecto a las modificaciones específicas que se introducirían y si estas ya habrían entrado en vigor” (ídem).

interpretativa ofrecida por el fallo Casal, no resulta evidente del texto de la norma”, para lo cual transcribió el siguiente pasaje de esa sentencia: ““(…) es claro que en la letra del inc. 2 del art. 456 del CPPN, nada impide otra interpretación. Lo único que decide una interpretación restrictiva del alcance del recurso de casación es la tradición legislativa e histórica de esta institución en su versión originaria. El texto en sí mismo admite tanto una interpretación restrictiva como otra amplia: la resistencia semántica del texto no se altera ni excede por esta última (...)”³⁴.

M. El literal anterior nos induce a convocar el pronunciamiento, Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, por un doble orden de motivos. Primero, en cuanto juzgó que en el supuesto de que una norma incompatible con la CADH resultara, en la práctica, no aplicada por los jueces, ello no eximiría al Estado de modificarla, por dos razones: a. “las cortes internas pueden cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”, y b. la reforma legislativa tiene también la finalidad de “facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular”. Oportuno, entonces, es dejar en evidencia que uno de los fundamentos por los que la Comisión IDH sometió *Valle Ambrosio y otro* a la jurisdicción de la Corte IDH residió en que, no obstante haber resuelto que Argentina debía “[d]isponer las medidas legislativas necesarias para adecuar la legislación interna relativa al recurso de casación a los estándares establecidos en el presente informe sobre el derecho consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana”, y haberle otorgado dos meses para informar al respecto, amén de tres prórrogas, el Estado “se limitó a señalar que desde diciembre de 2016 se estableció una Comisión de Reforma Procesal en la Provincia de Córdoba, cuyo objetivo principal es elaborar ‘una reforma integral por cuanto resulta necesario adecuar la legislación vigente en la materia a los nuevos paradigmas en materia de funcionamiento de los sistemas judiciales’”, comisión esta que “se encuentra en funcionamiento y uno de sus ejes de estudio es el sistema recursivo”. La Comisión IDH agregó, *inter alia*, que “[l]a legislación procesal penal en Argentina de varias provincias consagra como único recurso contra una sentencia condenatoria de primera instancia, al recurso de casación, cuyas causales se encuentran limitadas a errores de derecho, tanto en lo procesal como en lo

³⁴ Julio César Ramón Del Valle Ambrosio..., cit. *supra* nota 11, § 62 y su nota 47.

sustantivo. En ese sentido, la CIDH ha requerido una adecuación normativa al Estado argentino, que continúa sin implementar a la fecha. Tomando en cuenta que la legislación en Argentina continúa siendo incompatible con los estándares interamericanos sobre el artículo 8.2 h) de la Convención, el presente caso trasciende a la víctima, siendo ese componente del caso una cuestión de orden público interamericano”³⁵.

Y valga el memorial de *Almonacid Arellano y otros*, en segundo lugar, en la medida en que, por así decirlo, dio respuesta a una pregunta no planteada como tal, pero que se interpone, inevitablemente: ¿qué deben hacer los jueces cuando el legislador incumple con la mentada obligación y permanecen vigentes normas contrarias al tratado? No obstante dicha falla –afirmó San José– “el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la [CADH] y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. El aludido Poder, prosiguió, “debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” teniendo en cuenta “no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Y retomó este aspecto en *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*: en tanto se adecua la normativa incompatible con el tratado, el Estado debe abstenerse de aplicar la primera³⁶. Sumemos, desde luego, que es asunto del todo averiguado que el mentado control ha de ser realizado incluso *ex officio*³⁷. Más en concreto todavía: “[I]a Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal”³⁸. Y reiteró,

³⁵ Vide la nota de remisión de la Comisión IDH a la Corte IDH del 4/9/2018, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12924NdeRes.pdf>, rec. 31/8/2020.

³⁶ Para todo lo que va de este párrafo: GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, ps. 576/578 (hay reimpresión 2014).

³⁷ Vide GIALDINO, Rolando E., “Control de *constitucionalidad* y de *convencionalidad* de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *La Ley*, t. 2008-C, p. 1295.

³⁸ *Mendoza y otros*, § 332 y punto dispositivo 22; asimismo: *Gorigoitía*, § 73. En el ya citado informe n° 97/17, *Julio César Ramón Del Valle Ambrosio...* (*supra* nota 11), la Comisión IDH había “recomendado” a nuestro país que “de manera independiente a la adecuación normativa”, le correspondía “asegurar que las autoridades judiciales ejerzan un control de convencionalidad al momento de resolver los recursos contra sentencias condenatorias, de forma consistente con los estándares establecidos en el presente informe” (§ 67.3).

tiempo después, que en *Mendoza y otros* había considerado que, aun ejerciendo los jueces argentinos control de convencionalidad, “era necesario, dentro de un plazo razonable, adecuar el ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros interamericanos en la materia”³⁹.

Ñ. En estos contextos, bueno es traer a la memoria, en orden al art. 28, CADH, que “según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir con una obligación internacional”⁴⁰. El PIDCP, de su lado, es asaz terminante: “[I]as disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna” (art. 50).

O. Cabe adicionar, incluso, dos datos más: según la página oficial de la Corte IDH, en *Gorigoitía* está pendiente la reparación relativa a adecuar el ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, situación que se reitera en *Mendoza y otros*, en el que solo ha sido declarada cumplida la condena al reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas⁴¹.

Al parecer, los órganos legislativos internos estarían siguiendo el inaudito y, desde luego, nada recomendable criterio, por su manifiesta ilicitud, que ha aplicado para sí la Corte SJN en el caso *Fontevicchia y D’Amico*, de 2017, desconociendo, sin rebozos ni atenuantes, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH (CADH, art. 68.1)⁴².

P. En conclusión: es más que llegada la hora de que las normas federales, nacionales y provinciales sean puestas de inmediato, por el legislador competente, en plena armonía con la doctrina de la Corte IDH y del Comité DH en torno de preceptos de jerarquía

³⁹ *Liakat Ali Alibux*, § 118; asimismo: § 58.

⁴⁰ *Gorigoitía*, § 55 y su cita. En este litigio Argentina alegó “que [...] nunca se ha excusado en la cláusula federal con el propósito de justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, por lo que no existe violación al artículo 28.2 de la Convención” (§ 45).

⁴¹ Vide <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/argentina/gorigoitia/gorigoitia.pdf>, y <https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/SCS/argentina/mendoza/mendozac.pdf>, recs. 31/8/2020.

⁴² GIALDINO, Rolando E.: “¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? El caso *Fontevicchia y D’Amico*”, en *La Ley*, 2017-D; “Incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina”, en *Estudios Constitucionales* (Santiago, Chile), 2017, vol. XV, n° 2, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n2/0718-5200-estconst-15-02-00491.pdf>. El caso se caratula *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico v. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con disidencia del juez Maqueda, Fallos 340:47.

constitucional: arts. 8.2.h, CADH, y 14.5, PIDCP, y, de esta concluyente manera, después de tantos años, censuras, condenas, daños a las víctimas y deber de repararlos, poner fin al “hecho ilícito internacional”⁴³ que configura el desconocimiento de esa garantía “mínima y primordial”⁴⁴. Se trata de “una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención”⁴⁵.

La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado

⁴⁶.

⁴³ *Gorigoitía*, § 53; *Ruiz Fuentes y otra*, § 166.

⁴⁴ *Gorigoitía*, § 57; *Mendoza y otros*, §§ 241/242.

⁴⁵ *Mohamed*, § 92.

⁴⁶ *Mendoza y otros*, § 242; *Barreto Leiva*, § 89; *Mohamed*, § 97.