

“COSA JUZGADA FRAUDULENTE – UN ENSAYO SOBRE LA COSA JUZGADA ÍRRITA” DE FEDERICO MORGENSTERN

Diana VELEDA*

Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2016

Fecha de aprobación: 17 de noviembre de 2016

MORGENSTERN, Federico, *Cosa Juzgada Fraudulenta – Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, B de F, 2015, 205 pp.

I. Un asunto incómodo

La posibilidad de revisar una sentencia firme en favor del condenado no nos resulta, al menos generalmente, una posibilidad controversial. Es que hemos asumido, no sin sólidas razones, que la inmutabilidad de un pronunciamiento condenatorio que ha adquirido la calidad de *cosa juzgada*¹ no es absoluta. De hecho, nuestras reglas procesales prevén mecanismos específicos para practicar ese reexamen que, comúnmente, denominamos acción o recurso de revisión.² Ello no importa el desconocimiento de los valores tutelados por la cosa juzgada³ sino que se explica, entre otras razones, por la necesidad de asegurar el derecho de todo individuo a la protección de su inocencia.⁴ En cambio, consideramos irrevisables en perjuicio del acusado las resoluciones

*Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Ayudante docente en la asignatura “Medios de impugnación en el proceso penal”, cátedra del Prof. Dr. Daniel Pastor. Agradezco a E. Matías Díaz y a Agustín Varela la lectura de este trabajo y sus comentarios. Contacto: diana_veleda@hotmail.com.

¹ Se entiende aquí a la *cosa juzgada* en su sentido material, como “la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla” (PALACIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 445).

² Véanse, entre otros, arts. 479 del CPPN, 467 del CPP de la Pcia. de Bs. As., 297 del CPP de la CABA y 318 del nuevo CPPN, de implementación pendiente.

³ Entre estos valores, se halla la recomposición de la paz y seguridad jurídicas (MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, pp. 91-93). Al respecto, MORGENSTERN explica que “los sistemas jurídicos no pueden sobrevivir sin una prohibición de litigar una y otra vez la misma cuestión” pues “la ciudadanía no respetaría lo decidido por los jueces si las decisiones judiciales siempre tuvieran carácter provisorio” (MORGENSTERN, *Cosa juzgada fraudulenta – Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, B de F, 2015, p. 15).

⁴ Como explica DÍAZ CANTÓN, “[d]esde un punto de vista sustancial, la finalidad de la pena (preventiva, retributiva o mixta) está subordinada a la finalidad de evitar una condena errónea” y, particularmente en lo que hace a los medios de impugnación, la mayor gravedad del error en una condena “exhibe una proyección procesalmente subjetiva: tendrá un

liberatorias, determinación que también vinculamos con una cuestión constitucional concreta: el alcance que conferimos a la garantía del *ne bis in idem*, como inadmisibilidad de la *persecución* penal múltiple de una misma persona, por un mismo hecho.⁵

Ahora bien, MORGENSTERN considera que contamos con buenas razones para permitir, en determinados supuestos, la revisión de una sentencia absolutoria firme en un caso penal.⁶ Es más, según el autor, no se trata sólo de buenas razones, sino que tenemos a nuestra disposición las herramientas jurídicas necesarias para canalizar esa pretensión de revisar aquellas decisiones que, en principio, parecían irrevisables.

Todo el asunto resultará, a primera vista, bastante incómodo. Una aproximación ligera a la propuesta de MORGENSTERN parecería sugerir que, sea cual fuere la posición que asumamos, ninguna nos satisfará completamente, ya sea por importar la desatención de un fenómeno indeseado —la fabricación de procesos dirigidos a garantizar la impunidad de una persona— o bien la creación de un riesgo significativo desde una perspectiva constitucional —desdibujar la cosa juzgada y relativizar intolerablemente el *ne bis in idem*—.

El trabajo de MORGENSTERN pretende apaciguar esta incomodidad. Además, viene a llenar un vacío, pues las implicancias de la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta o írrita en el proceso

derecho más ‘fuerte’ a recurrir el fallo quien pretende recurrir una condena para lograr su revocación que quien recurre una absolucón” (DÍAZ CANTÓN, “La vigencia de la garantía del ‘doble conforme’ en el proceso penal”, ponencia presentada en el *XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal: “Una sentencia cumplida es un derecho escuchado”*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2013). Sobre la conexión entre la revisión de la condena firme y cierta *ultractividad* del principio de inocencia véase también DÍAZ/VELEDA, “La acción de revisión en el Código Procesal Penal de la CABA y su repercusión en la corrección de sentencias injustas”, en *El sistema recursivo en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 166-170, con cita de AROCENA /BALCARCE, *La revisión en materia procesal penal*, Córdoba, Mediterránea, 2006, p. 26.

⁵ MAIER enseña que reconocemos a la fórmula *ne bis in idem* su alcance más vasto o su *sentido procesal*, que cubre “el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite” (MAIER, *supra* nota 3, p. 599). Según el autor, el sistema alemán, que autoriza la revisión de decisiones absolutorias firmes, exhibe una comprensión más limitada de la garantía, es decir, su sentido material, como prohibición de la doble *condenación* penal (MAIER, “La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos” en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 345).

⁶ Cabe aclarar que MORGENSTERN refiere, en general, a cualquier clase de decisión liberatoria que pueda adquirir la calidad de cosa juzgada material —*v. gr.* sobreseimientos del proceso— y no sólo a la sentencia absolutoria dictada tras la realización del debate. Aquí utilizamos la noción de absolucón en sentido general, comprensivo de todas ellas, pero la clase de resolución judicial conclusiva de que se trate podría tener alguna incidencia en la posibilidad de autorizar la revisión. Por ejemplo, la Corte Suprema de EEUU ha considerado que la protección de la *Double Jeopardy Clause* no es aplicable en caso de *mistrials*. MORGENSTERN reflexiona críticamente sobre esta solución (*v. supra* nota 3, pp. 50 ss).

penal no habían sido estudiadas antes con esta profundidad.⁷ Su contribución es central no sólo por esa originalidad sino en razón de la audacia con la que encara un asunto complejo, de indudable actualidad⁸ —asunto que el lector, tras consultar el trabajo que aquí se reseña, conocerá más acabadamente—.

II. Un recorrido por la obra

A modo de advertencia preliminar, me permito aclarar que, en homenaje a la brevedad, este apartado contiene un apretado resumen del ensayo. Como consecuencia de ello, se han omitido algunos de los temas abordados por el autor, así como las riquísimas citas bibliográficas y jurisprudenciales —nacionales y extranjeras— que contiene el trabajo y que dan cuenta de la seriedad con la que ha estudiado cada asunto.

El trabajo se encuentra estructurado a partir de una breve introducción, seguida de nueve capítulos y una reflexión final. Convenientemente, MORGENSTERN revela en forma temprana su posición. Su argumento central, anuncia, consiste en que “cuando la exploración judicial no se encaminó a la búsqueda de la verdad, sino a rescatar y sobreseer a quien fue objeto de una hipótesis delictiva plausible, la firmeza del sobreseimiento no tiene que ser inmutable”.⁹ Para sustentarlo, no limita su análisis al ámbito jurídico procesal, sino que su ensayo incluye reflexiones bien diversas, ya sea de índole constitucional, filosófica o moral. Pese a ello, puede decirse que hay una noción que atraviesa todo el trabajo y enlaza sus distintas secciones a modo de hilo conductor. Se trata de la idea de *riesgo procesal* o *riesgo efectivo de condena*.¹⁰ Ésta proviene, fundamentalmente, de la formulación anglosajona de la garantía —*double jeopardy*—¹¹ y, dada su

⁷ En rigor, una versión anterior del trabajo de MORGENSTERN había sido publicada junto con el ensayo de Guillermo ORCE sobre la misma temática en MORGENSTERN/ORCE, *Cosa Juzgada Fraudulenta – Dos ensayos sobre la llamada cosa juzgada írrita*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.

⁸ De hecho, uno de los puntos de discusión en torno a la implementación del nuevo CPPN se vincula con la posibilidad de incorporar en su artículo 5 —que recepta la prohibición de doble persecución— alguna mención a la doctrina de la cosa juzgada írrita que habilite la revisión de absoluciones firmes.

⁹ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 1.

¹⁰ No se trata de la idea de riesgo procesal que usualmente asociamos a las medidas de coerción cautelares —por ej., el riesgo de entorpecimiento de una investigación o de fuga del imputado para la prisión preventiva—. Se trata, a grandes rasgos, del riesgo de ser condenado en el marco de un proceso penal.

¹¹ La *Double Jeopardy Clause* está contenida en la Enmienda V a la Constitución de los EEUU y establece “*nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*”. Tal riesgo, como explica BERTELOTTI, es entendido “en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad” (véase BERTELOTTI, “El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada” en HENDLER (comp.), *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico comparado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, p. 113).

importancia en la obra, abundan en ella interesantes referencias a los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia de EEUU sobre la materia.

Sólo para ilustrar brevemente la pluralidad de perspectivas desde las cuales el autor enfoca el problema de la *cosa juzgada fraudulenta*, efectuaré una breve mención al contenido de los capítulos que componen la obra.

En el Capítulo I, titulado “Fundamentos filosóficos de la cosa juzgada y el *ne bis in idem*. Lo írrito”, MORGENSTERN expone su entendimiento de *lo írrito* —que incluye el proceso fraudulento en sentido genérico, comprensivo tanto del fraude como de la simulación—¹² y reflexiona acerca de las diferentes clases de fundamentos que respaldan la *cosa juzgada*. En el Capítulo II, se dedica a refutar el denominado *argumento antiacoso*, que pone la atención en los padecimientos que implica el proceso penal para quien reviste el rol de imputado. Para ello, MORGENSTERN tiene en cuenta fundamentalmente la noción de riesgo procesal y la necesidad de reparar en otros intereses que entran en juego, distintos de los derechos del acusado.

En su Capítulo III, titulado “Sobreseimientos fraudulentos, riesgo efectivo y el caso Aleman”, el autor nos enfrenta con un caso paradigmático de fraude judicial en el derecho de EEUU, la absolución de un sicario de la mafia, Harry Aleman.¹³ Con referencia a este caso y otros, MORGENSTERN continúa dando contenido a la noción de *inexistencia de riesgo procesal* y reflexiona sobre la relevancia de la participación del imputado en el fraude —a la que considera una circunstancia agravante, pero no una condición imprescindible para habilitar la revisión—.

Seguidamente, MORGENSTERN dedica parte del capítulo IV —“Maier, el sistema alemán y Derecho vs. ciencia”— a discutir la posición de Julio B. J. MAIER, a quien critica por no haber considerado debidamente la noción de *riesgo procesal*. El Capítulo V, titulado “Reglas, principios y excepciones. Ilícitos atípicos”, es uno de los más ricos e interesantes del ensayo. Allí, el autor se

¹² MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 14. Según algunas formulaciones, la cosa juzgada írrita comprende las decisiones gravemente injustas mientras que la cosa juzgada fraudulenta incluye los fallos en los que *el juez resuelve deliberadamente de manera incorrecta o falla coaccionado* (OTTAVIANO, “Los fundamentos de la prohibición constitucional de *bis in idem*”, RIVERA(h)/ELÍAS/GROSMAN/LEGARRE (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, p. 252 y sus citas).

¹³ Como relata MORGENSTERN, el abogado defensor había sobornado al juez de juicio a través del pago de diez mil dólares (US 10000) para que Aleman fuese absuelto por los hechos de homicidio que se le imputaban. Tras demostrarse dicha manipulación, la Corte Federal de Apelaciones del 7º Circuito declaró la nulidad del proceso en 1977 (MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 33-35).

propone demostrar que “abogar por la aplicación de la cosa juzgada írrita de las sentencias absolutorias no implica repeler la cosa juzgada y el *ne bis in idem*”¹⁴ y lo hace a través de un interesante análisis sobre la vigencia y aplicación de principios y reglas y las excepciones a estas últimas.¹⁵

Luego, en el Capítulo VI —“Misión del Derecho penal, disintiendo del garantismo. La interacción justicia/seguridad”— MORGENSTERN discute con la corriente que denomina “garantismo” y la concepción agnóstica de la pena construida por Eugenio Raúl Zaffaroni,¹⁶ en razón de las implicancias negativas que, a su criterio, podrían tener estas perspectivas para la aplicación de la teoría de la cosa juzgada fraudulenta en el proceso penal. A su vez, reflexiona sobre la legitimidad del sistema de justicia penal y la denominada “*falsa opción*” entre seguridad y justicia.¹⁷

En el Capítulo VII, dedicado a “Falacias y contraargumentos”, el autor se ocupa de refutar las objeciones que podrían formularse a su posición. Atribuye el fracaso de algunas de ellas a la incursión en una *falacia non sequitur* pues, según explica, muchos juristas pasan por alto que del hecho de revestir la calidad de imputado en un proceso penal no se sigue, necesariamente, que se haya corrido un riesgo efectivo de resultar condenado. Asimismo, se dedica a contestar el argumento que denomina como de la *pendiente resbaladiza*.¹⁸

En los Capítulos VIII —“Galeano”—, IX —“‘Isabelita’ y el uso de los precedentes”— y X —“Novela encadenada y jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH”—, MORGENSTERN se dedica al estudio de variados precedentes jurisprudenciales nacionales e internacionales, de diversos tribunales, en los que fue analizada la posibilidad de revisar una decisión judicial que había adquirido la calidad de cosa juzgada. Puntualmente, en el Capítulo X, examina la evolución de la jurisprudencia de la CSJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de la

¹⁴ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 77.

¹⁵ Sobre el concepto de principios y reglas, el debate Hart-Dworkin y las tesis de diferenciación, véase ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010, pp. 156 ss.

¹⁶ Al respecto, véase ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 44-65.

¹⁷ La opción es falsa pues, como explica MORGENSTERN, “[s]e valora la seguridad en lo justo, no en lo injusto”. La expresión corresponde a HITTERS, *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata, Librería Editora Platense, 2006, pp. 175-177.

¹⁸ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 112. MORGENSTERN define la objeción de la *pendiente resbaladiza* como aquella posición que considera que esta clase de revisión implicaría “la provisionalidad de todas las decisiones judiciales y [...] la paranoia eterna que dominará la vida de los absueltos”. Además de negar esas consecuencias catastróficas, advierte que esta objeción, en rigor, no cuestiona el acierto de la propuesta, sino en todo caso sus consecuencias.

noción de *novela encadenada* de DWORKIN,¹⁹ para afirmar que “no se trata de expresiones aisladas en una disidencia, sino que la viabilidad de este instrumento normativo está sustentada por valores constitucionales, una línea jurisprudencial concordante de la CSJN y precedentes nacionales y regionales”.²⁰

Su capítulo final está dedicado principalmente a la reflexión sobre los riesgos que la tramitación y el cierre definitivo de los procesos fraudulentos puede tener para la legitimidad y la credibilidad moral del sistema penal. Para desarrollar este punto, utiliza como marco de análisis algunas nociones de la teoría del castigo de A. DUFF.²¹

III. Por qué revisar y en qué casos hacerlo

(a) *Distintas alternativas argumentativas*

En la obra de MORGENSTERN parecen coexistir dos justificaciones posibles de su tesis. La primera, exige un ejercicio de ponderación entre la garantía que prohíbe la doble persecución y el interés estatal en la persecución de los delitos.²² La segunda, en cambio, supone que, en determinadas circunstancias, la garantía del *ne bis in idem* resulta inaplicable. En otras palabras, sugiere un nuevo límite para la aplicación de la prohibición.²³

¹⁹ Con la idea de novela en cadena DWORKIN comprende al derecho como construcción colectiva y a la interpretación judicial como una actividad que, entre otros puntos, debe tener en cuenta las prácticas constitucionales del pasado. MORGENSTERN explica que “DWORKIN plantea que los jueces deben visualizarse como autores de una novela encadenada, teniendo en mente que sus decisiones integran una larga tradición que ellos deben interpretar y continuar” y lo hace con cita de DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005, cap. VII.

²⁰ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 150.

²¹ Sobre su teoría del derecho penal democrático y el carácter *relacional* de la responsabilidad penal, véase DUFF, *Sobre el castigo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

²² En este sentido, el autor discute en varias ocasiones el carácter absoluto del *ne bis in idem* y afirma, por ejemplo, que “[e]l valioso derecho del imputado a que su juicio sea completado por un tribunal puntual debe en ciertas instancias subordinarse al interés público en procesos justos” (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 32).

²³ Nuestro ordenamiento jurídico ya reconoce algunos límites a la aplicación de la garantía del *ne bis in idem*, relacionados con supuestos en los que autorizamos la renovación de una persecución en razón, por ejemplo, de los obstáculos jurídicos que inhibieron en el primer intento el conocimiento de un caso desde todos los puntos de vista jurídico-penales posibles, o bien con decisiones a las que sólo reconocemos fuerza de cosa juzgada en sentido *formal* (véase MAIER, *supra* nota 3, pp. 623-631). Por otra parte, MORGENSTERN explica que su propuesta no implicaría, en rigor, reconocer una *excepción* a la regla que prohíbe la doble persecución. En este sentido, precisa que “una *cualificación* incluida en un enunciado no es precisamente una excepción” y que “[n]o es igual cuando el juez admite una excepción novedosa a una regla (allí se da una redefinición de la regla) que cuando identifica una condición de una regla ya articulada”, que es lo que sucede en la revisión de las absoluciones fraudulentas firmes (MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 83-86). Explica que, por ejemplo, “[e]n la regla fijada en un cartel en una puerta que dice: ‘No entre salvo que sea personal autorizado’, personal autorizado no es una

Si pretendemos ponderar los intereses en juego, es imprescindible identificarlos debidamente. A lo largo de la obra, MORGENSTERN invoca diferentes valores asociados con el proceso penal y que podrían oponerse a la garantía del *ne bis in idem*, entre los que incluye la legitimidad del sistema y de sus decisiones, las razones por las cuales castigamos, entre otros. Sin embargo, confiere un considerable protagonismo a la justicia, asociada con el descubrimiento de la verdad.²⁴ Esta noción no es invocada por el autor en su función de garantía y, quizás, hubiese sido preferible restarle centralidad, pues es sabido que el proceso penal alberga múltiples limitaciones en relación con la averiguación de la verdad.²⁵ Incluso quienes reconocen una conexión teleológica entre ésta y la actividad probatoria admiten que “la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (verdad)”²⁶ y hasta se ha llegado a recomendar, directamente, descartar a la averiguación de la verdad como una de las finalidades de la actividad probatoria o del proceso penal.²⁷

excepción” (*idem*, p. 84). En definitiva, si no existió un auténtico primer proceso, habilitar otra persecución no es una excepción al *ne bis in idem*.

²⁴ MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 2, 28, 62, 69, entre otras.

²⁵ Al respecto, explica MAIER que el derecho procesal penal implica un límite para la capacidad del conocimiento humano “en tanto sólo permite conocer por los medios indicados por la ley y prohíbe ciertos otros medios de conocimiento”. Además, enseña, “la vocación por la verdad del procedimiento penal descansa sobre la verificación posible de una mera hipótesis, esto es, no consiste en la comprobación lisa y llana de un suceso real, sino que reside en la verificación de la mera afirmación hipotética acerca de la existencia o inexistencia de un suceso”, al tiempo que “el procedimiento penal alcanza incluso su finalidad [...] cuando la llamada verdad no pueda ser descubierta, esto es, aun cuando no alcancemos por su intermedio el conocimiento real necesario para afirmar o negar la hipótesis cuya existencia o inexistencia pretendemos verificar” (MAIER, *Derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires, Del Puerto, 2011, pp. 71-72). En similar sentido, TARUFFO denomina exigencias *contraepistémicas* a las reglas probatorias que funcionan como límites a la averiguación de la verdad en el marco de un proceso judicial (TARUFFO, *Simplemente la verdad*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 176).

²⁶ FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2005, p. 31.

²⁷ Advierte PASTOR que “resulta exagerado creer que el derecho procesal penal es un instrumento predispuesto para conocer la verdad, cualquier verdad y con la mayor amplitud y confiabilidad” y, tras formular sus objeciones teleológica, epistemológica, metodológica, técnica, política e histórica, concluye que “[e]l recurso de invocar la verdad es cuestionable no sólo por la absoluta carencia de una determinación aceptable de ésta, sino ante todo por su disponibilidad a ser utilizada como valor incuestionable para imponer a ultranza el propio punto de vista” (PASTOR, “Acerca de la verdad como derecho y como objeto exclusivo del proceso penal” en PASTOR/MACULAN, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pp. 69-125). GUZMÁN sostiene, en el mismo sentido, que “el proceso tiene, en sentido estricto, un conjunto de fines, que tienden a posibilitar la válida aplicación de la ley penal”, de modo que “[e]l conocimiento del hecho por el cual se condene —o, mejor dicho, la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria— dejará de ser un fin en sí mismo para pasar a ser, simplemente, una condición necesaria más de validez de la sentencia condenatoria por medio de la cual se aplica la norma sustancial” (GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2011, p. 124). En un refinado estudio del asunto, DÍAZ advierte que el valor de la verdad de una proposición debe ser juzgada dentro de un sistema y, en el marco del proceso penal, la necesidad de determinar la veracidad de un enunciado fáctico funciona como una condición para la aplicación de una pena a una persona. Así, tras examinar en profundidad la relación de la verdad y el proceso penal a la luz del principio constitucional de inocencia, concluye que “[q]uizás sería mejor aludir directamente a que la protección del inocente es el fin fundamental del proceso penal, y para ese fin es que se debe acudir al estándar de prueba ‘más allá de la duda razonable’” (DÍAZ, “Algunas

Al margen de ello, podemos afirmar que en aquellos casos que, según el autor, reclaman la aplicación de la teoría de la cosa juzgada fraudulenta, nos hallaremos ante una tensión entre un interés general o estatal y una garantía constitucional y no, en cambio, con una colisión entre derechos individuales.²⁸ Si bien MORGENSTERN no adopta ningún modelo de ponderación en particular, podría afirmarse que en su esquema **(i)** esos principios son considerados, *en abstracto*, de igual rango²⁹ —pues, de otro modo, el conflicto debiera resolverse sin más en favor del precepto jerárquicamente superior o de mayor *peso*—³⁰ y **(ii)** dadas determinadas condiciones en un caso *concreto* —vinculadas a la verificación de un proceso fraudulento— es posible que uno preceda al otro. Se trata, pues, de una *relación de precedencia condicionada* entre el interés general e individual.³¹

La primera premisa de ese razonamiento, vinculada con la equiparación, en abstracto, de los principios en tensión, podría exigirnos algún esfuerzo argumental adicional. Es que la prohibición de la doble persecución, en tanto garantía individual, es generalmente considerada de rango superior al interés estatal en la aplicación de la ley penal.³² Por razones similares, se ha afirmado

apreciaciones sobre la peculiar relación entre la *verdad* y el fin del proceso penal, y sus repercusiones en la revisión de la condena” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14, vol. 2, 2015, p. 91).

²⁸ En efecto, quizás en razón de las características de los procesos que tiene en mira —vinculados con hechos de corrupción política— MORGENSTERN no plantea la cuestión como una posible tensión entre derechos del imputado y, por caso, algún derecho de la víctima. No obstante ello, en relación con las dificultades que presenta el reconocimiento de un pretense derecho de las víctimas a obtener el juzgamiento y castigo de los autores de delitos, particularmente en casos de delitos de lesa humanidad, véase GUZMÁN, “El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el *ne bis in idem* y la cosa juzgada” en PASTOR (dir.)/GUZMÁN (coord.), *Neopunitivismo y neoinquisición*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 226-240.

²⁹ ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 90. Nótese que MORGENSTERN busca sustento constitucional para la doctrina de la cosa juzgada irrita y lo hace, por caso, con referencia al preámbulo constitucional (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 23).

³⁰ En la alternativa de la ponderación, nos referimos al interés estatal y al *ne bis in idem* como principios. Sobre la dimensión del *peso* de los principios, explica DWORKIN que “no puede haber, por cierto, una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia” (*Los derechos en serio*, Ariel Derecho, 2010, pp. 77-78).

³¹ ALEXY, *supra* nota 29, p. 92.

³² A esta conclusión puede arribarse si se consulta la posición de MAIER. Él advierte que la importancia del principio reside en su significado como garantía de seguridad individual, propia de un derecho penal liberal de un Estado de Derecho. Así, explica que estos principios “se traducen en valores que alcanzan la cúspide de nuestro orden jurídico, cuyo centro es el individuo que se coloca bajo la vigencia del orden jurídico nacional, valores que, por tanto, aparecen como *superiores* en rango a la misma potestad penal del Estado y, en nuestra materia, específicamente, a la misma facultad de realización (persecución penal) del Derecho penal material y a su eficacia” (MAIER, *supra* nota 3, p. 476).

que resulta inviable la utilización de un mecanismo de ponderación o *balancing test* para la resolución de litigios entre intereses generales y derechos individuales.³³

Ahora bien, el ensayo parece sugerir, paralelamente, otra alternativa argumental. Esta propuesta de justificación tiene su eje en la idea de que ocupar el banquillo de los acusados en un proceso penal no implica, necesariamente, estar siendo *perseguido penalmente*.³⁴ Ello es así pues, como explica MORGENSTERN, los vicios que exhiben las investigaciones fraudulentas —que se traducen en la inexistencia de un riesgo efectivo de condena— impiden calificarlas como auténticas persecuciones penales y reconocer a sus decisiones conclusivas los efectos de la cosa juzgada.³⁵ Entonces, según esta visión, la revisión de la cosa juzgada no implicaría una *reiteración* de la persecución pues, en rigor, la que habría ocurrido en primer lugar no puede ser considerada tal.

Esta alternativa tiene la virtud de no obligar al juzgador a comprometerse con una interpretación más restrictiva del *ne bis in idem* —*v. gr.* una que solamente prohíba la doble *condenación* penal—. Más aun, esta justificación se sustenta en los fundamentos mismos de la garantía, pues si vedamos múltiples procesos por la necesidad de evitar el sometimiento del imputado a reiterados *riesgos de persecución*, la inexistencia de ese riesgo en la persecución inicial dejaría sin razón de ser a la prohibición. Sin embargo, este punto también podría exigir algunas precisiones adicionales.

Cuando nos referimos al fundamento de la regla *ne bis in idem*, solemos asociar las molestias y restricciones de derechos que el imputado padece con el riesgo de condena,³⁶ pero esos elementos

³³ Véase, por caso, las tres razones que ofrece TOLLER para justificar esta imposibilidad en “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en RIVERA(h)/ELÍAS/GROSMAN/LEGARRE, *supra* nota 12, p. 177.

³⁴ “Así como comprar un piano no te convierte en pianista, figurar formalmente como imputado en un proceso que es una impostura, un mero juego de marionetas, no hace que juegue la garantía contra el doble juzgamiento” (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 36).

³⁵ “[E]l juicio al que alude la Constitución Nacional dos veces en el art. 18 asignándole ciertas consecuencias, es un procedimiento tramitado en forma legal, no uno fraudulento” (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 181).

³⁶ Al referirse a la cuestión, MORGENSTERN acude a las formulaciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre caso “Polak”, ocasión en la que el máximo tribunal afirmó que “a partir del fundamento material de la [garantía del *ne bis in idem*] 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 así 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” (“Polak, Federico Gabriel *s/* violación de los deberes de funcionario público *s/* casación”, 15 de octubre de 1998, *Fallos*: 321:2826, del considerando 17 del voto de la mayoría).

podrían ser considerados separadamente.³⁷ Si hacemos eso, entonces la inexistencia de un riesgo de condena —provocada, por ejemplo, por haber sido sobornados todos los jueces del tribunal oral— podría no importar, necesariamente, que el proceso no haya importado restricciones graves para los derechos del imputado —*v. gr.* encarcelamiento preventivo, excesiva duración, etcétera—. De este modo, si el fundamento de la prohibición se vincula también con la evitación de estos padecimientos —y no sólo de un nuevo riesgo de condena—, la mera ausencia de ese riesgo no sería suficiente para autorizar una segunda persecución. Pareciera, sin embargo, que no es ésta la conclusión a la que arriba MORGENSTERN, quien si bien admite que son reconocibles los padecimientos y molestias antes mencionados, entiende que esos costos no son inaceptables en los procesos en los que no hubo *riesgo efectivo*.³⁸ Restaría precisar, entonces, si esto se debe a que la prohibición constitucional sólo prevendría la reiteración del riesgo de condena³⁹ o bien que, a fin de cuentas, debemos aquí también usar un argumento de ponderación.

(b) *Sobre la determinación de los casos en los que sería permisible la revisión*

Es claro que, para cualquier argumentación de MORGENSTERN, desempeña un rol central la noción de *riesgo procesal*: en la primera, determina la prevalencia, en un caso concreto, de un principio sobre otro y, en la segunda, da cuenta de la imposibilidad de afirmar la existencia de una *reiteración* de la persecución. Por esa razón, es imprescindible que acordemos a qué nos referimos cuando hablamos de *ausencia de riesgo*.

MORGENSTERN asume esta necesidad y, por ello, advierte que los supuestos de cosa juzgada írrita o fraudulenta deben ser determinados "con el mayor grado de refinamiento posible"⁴⁰ y que

³⁷ Por ejemplo, OTTAVIANO señala que a la luz de la prohibición de la doble persecución podrían considerarse "todos los males que un proceso penal acarrea" o bien únicamente "la posibilidad de resultar condenado" (OTTAVIANO, *supra* nota 12, P. 245).

³⁸ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 31.

³⁹ Desde esta perspectiva explica OTTAVIANO la noción de *jeopardy* desarrollada por la Corte Suprema de EEUU, que ha definido "a partir de qué momento del primer proceso se fija el riesgo relevante desde la perspectiva del *double jeopardy*" y que lo vincula con "la efectiva instauración de un jurado". No se consideran, entonces, "los riesgos padecidos en las etapas preliminares de investigación". El autor propone, seguidamente, una visión "más abarcadora" que considere "también otras situaciones como la duración del primer proceso (independientemente de su grado de avance) y las injerencias efectivamente soportadas por el imputado" (OTTAVIANO, *supra* nota 12, p. 246).

⁴⁰ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 6.

no pueden incluir cualquier clase de error en la persecución.⁴¹ Sin embargo, bajo la noción de *inexistencia de riesgo* engloba situaciones bastante diferentes, que incluyen, entre otros, la fabricación intencionada de un proceso para obtener la impunidad de una persona, la coacción a un magistrado, el cohecho o simplemente la conducta gravemente negligente del investigador.

Dada su indiscutible relevancia, hubiese sido preferible un mayor grado de determinación de esas condiciones. Cuando menos, podríamos preguntarnos si, en efecto, es posible afirmar con certeza la inexistencia de riesgo de condena en casos de impericia en la conducción de una investigación o si, en cambio, para ello es necesario que los responsables del fraude hayan tenido pleno dominio del curso causal, circunstancia asociada a una manipulación dolosa o intencionada del proceso.⁴²

El caso que quizás despierte menos inquietudes es el del imputado que participa en el fraude dirigido a conseguir su absolución. Aquí, además de la inexistencia de riesgo de condena, contamos con una razón adicional —ya sea para determinar la precedencia del interés general sobre el derecho individual o bien para negar la existencia de una auténtica persecución penal—. En estos casos, es la propia conducta del imputado la que podría justificar que sea desprovisto de legitimación para reclamar la protección de la garantía.⁴³ Como bien explica MORGENSTERN, aquí “la negativa a permitir que un sobreseimiento fraudulento impida un segundo proceso también tiene fundamento en la idea de que a nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o ilícito”.⁴⁴ Sin embargo, como fue advertido anteriormente, el autor no reduce la posibilidad de revisión a estos supuestos, pues entiende que “lo decisivo no es la competencia del absuelto y su conducta antijurídica para propiciar su sobreseimiento, sino el carácter fraudulento del fallo”.⁴⁵

⁴¹ “Un error en el proceso que no es imputable al acusado y que no obedece a una decisión deliberada para sabotear la búsqueda de la verdad no puede ser un motivo para deshacer un sobreseimiento, porque si no se vacía la garantía del *ne bis in idem*” (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 46).

⁴² Para determinar la existencia de una conducción dolosa de la investigación y del dominio del curso causal, podríamos acudir a ciertos institutos que ofrece la dogmática penal, o quizás también analizar los desarrollos que han sido efectuados en torno a la noción del Estado que “no quiere investigar”, propia de las reglas de complementariedad en la intervención de tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional (cf. art. 17 del Estatuto de Roma).

⁴³ Como explica MORGENSTERN, “negar la protección de la cosa juzgada en estos supuestos es consistente con los principios del *double jeopardy*, porque cuando un acusado manipula indebidamente el proceso y hace que (o contribuye a que) no exista el riesgo asociado tradicionalmente a una acusación penal, desiste tácitamente de un eventual reclamo a *finality* de la decisión o a que se acabe la ansiedad” (MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 56).

⁴⁴ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 47.

⁴⁵ MORGENSTERN, *supra* nota 3, p. 43.

IV. La falta de una norma, un problema aparte

En la visión de MORGENSTERN, que nuestras leyes procesales no prevean un recurso o acción de revisión en sentido acusatorio⁴⁶ no es un obstáculo para la aplicación de la doctrina de la cosa juzgada fraudulenta. Entre las razones que esgrime para sustentar esta afirmación se destacan que “el Derecho argentino ya receptó la nulidad por cosa juzgada írrita” y que “la evaluación de la existencia de la cosa juzgada írrita es inevitablemente específica y casuística, y tampoco se debe pretender cargar el asunto con un nivel de precisión que no puede soportar”.⁴⁷

Sin embargo, quedó pendiente el estudio de esta cuestión a la luz de la exigencia de *legalidad* en el proceso penal. Si toda injerencia estatal en el ámbito de una libertad individual debe estar precedida de una autorización normativa que, a su vez, debe reunir determinados recaudos —*gr. ser previa, cierta, estricta*—⁴⁸, el argumento de autoridad vinculado con la actividad de nuestros tribunales —cuya falibilidad es eje de la obra que aquí reseña—, o bien con las dificultades que podría presentar la determinación precisa de los motivos de revisión, podrían resultar insuficientes para descartar este problema constitucional.

V. A modo de conclusión. La investigación de casos de corrupción.

Si bien MORGENSTERN no circunscribe su propuesta a los procesos penales seguidos por delitos vinculados con hechos de corrupción, es claro que estos casos son el eje de sus preocupaciones. Cabría preguntarse, entonces, si son las peculiares características de estos procesos las que hacen más probable la existencia de manipulaciones y resultados fraudulentos y, en su caso, si ello justificaría una regulación *ad hoc* para prevenir este tipo de conductas.⁴⁹

⁴⁶ Los distintos ordenamientos procesales penales federal, provinciales y de la CABA prevén la revisión de la cosa juzgada sólo *en favor* del imputado. Esta decisión, claro, no es universal. Como ya mencionamos, por ejemplo, el derecho procesal alemán reconoce la revisión de sentencias firmes tanto en favor como en perjuicio del acusado (véase, al respecto, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2003, pp. 491-499).

⁴⁷ MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 66, 115-117.

⁴⁸ Esta exigencia determina que todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente preestablecido (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009, p. 606). Sobre la vigencia de una reserva de ley general en el ámbito procesal penal con fuente en el art. 30 de la CADH, véase PÉREZ BARBERÁ, “Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal” en *Revista En Letra. Derecho Penal*, vol. 1, 2015, pp. 42-86. También analiza la legalidad como requerimiento de legitimidad en el juzgamiento penal DÍAZ en *Aplicación de la ley procesal penal en el tiempo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 42-53 y 53-62.

⁴⁹ Nuestro derecho ya contiene algunas medidas del estilo, como la suspensión de la prescripción mientras dura el ejercicio de la función pública (art. 67, CP), pero ellas han demostrado ser insuficientes. Una alternativa podría relacionarse con el

Por otra parte, si bien la falta de sistematicidad del ensayo pudo haber tenido algún costo en términos de claridad expositiva, puede que lo controversial del tema trabajado haya empujado al autor a abordarlo no tanto a través de una explicación metódica, sino más bien desde la refutación de las objeciones que tradicionalmente se esgrimieron frente a la posibilidad de implementar esta clase de revisión. Además, el propio MORGENSTERN advierte al inicio de su obra que ésta carece de una pretensión totalizadora y, en cambio, tiene por objeto “experimentar para romper las costuras de la cosa juzgada írrita”.⁵⁰ Aun así, su trabajo es de consulta obligada para cualquier lector interesado en los problemas que suscita la revisión de la cosa juzgada en el proceso penal.

incremento del control ciudadano en esta clase de investigaciones. Sólo para mencionar una propuesta, BINDER advierte que la persecución penal de la corrupción de los funcionarios públicos es problemática y, aunque con ciertos reparos, considera que es preferible dejar abierta la posibilidad de implementar en estos casos la *acción popular* (BINDER, *Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, p. 537).

⁵⁰ MORGENSTERN, *supra* nota 3, pp. 6-7.