

ABELEDOPERROT



Cosa Juzgada Fraudulenta

Dos ensayos sobre la llamada
cosa juzgada írrita

colección derecho penal y procesal penal

Directores: **Gustavo F. Trovato y Nicolás F. D'Albora**

FEDERICO MORGENSTERN

Abogado, Universidad de Palermo; Magister en Derecho penal, Universidad Torcuato Di Tella; Magister en Ciencias Penales, Universitat Pompeu Fabra-Universitat de Barcelona. Investigador del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés. Publicó distintos artículos y capítulos de libros sobre Derecho penal y Derecho constitucional.

GUILLERMO ORCE

Abogado, Universidad de Buenos Aires; Magister der Rechtsvergleichung, Universidad de Bonn. Publicó diversos trabajos de Derecho penal material y procesal penal, entre ellos *Delitos tributarios* (coautor), Abeledo-Perrot 2008.

**FEDERICO MORGENSTERN
GUILLERMO ORCE**

Cosa Juzgada Fraudulenta

**Dos ensayos sobre la llamada
cosa juzgada írrita**

Prólogos de **Alejandro Carrió** y **Carlos Rosenkrantz**

colección derecho penal y procesal penal
.....

Directores: **Gustavo F. Trovato** y **Nicolás F. D'Albora**

ABELEDOPERROT

Orce, Guillermo

Cosa juzgada fraudulenta: dos ensayos sobre la llamada cosa juzgada írrita / Guillermo Orce y Federico Morgenstern. - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2014.

368 ps.; 20 x 14 cm.

ISBN 978-950-20-2636-7

1. Derecho Procesal. I. Morgenstern, Federico II. Título CDD 347.05

© Federico Morgenstern y Guillermo Orce
© de esta edición, AbeledoPerrot S.A., 2014
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares

ISBN 978-950-20-2636-7

SAP 41693366

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Agradecimientos y dedicatorias	XI
Prólogo por Alejandro Carrió	XIII
Prólogo por Carlos Rosenkrantz	XIX

PRIMERA PARTE

Por Federico Morgenstern

Introducción	3
I. Fundamentos filosóficos de la cosa juzgada y el <i>ne bis in idem</i> . Lo írrito	13
II. <i>Double jeopardy</i> y refutación del argumento antiacoso	25
III. Sobreseimientos fraudulentos, riesgo efectivo y el caso Aleman	33
IV. Maier, el sistema alemán y Derecho <i>vs.</i> ciencia	55
V. Reglas, principios y excepciones. Ilícitos atípicos.....	71
VI. Misión del Derecho penal, disintiendo con el garantismo. La interacción justicia/seguridad	85
VII. Falacias y contraargumentos.....	103
VIII. “Galeano”	115
IX. Isabelita y el uso de los precedentes	133
X. Novela encadenada y jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH	139

	Pág.
XI. Legitimidad del sistema penal, distintas concepciones del proceso penal y corrupción	169
Final	183

SEGUNDA PARTE

Por Guillermo Orce

I. Introducción	187
II. La garantía contra la múltiple persecución penal en el sistema jurídico estadounidense	195
a) El estado de la discusión hasta el fallo “Green”	197
b) La situación posterior al fallo “Green”	230
III. Las propuestas académicas de reforma	243
a) Asimetría como inconsistencia del sistema	245
b) Nuevas pruebas, condenas <i>ab initio</i> erradas e incertidumbre	253
IV. ¿Justificación epistemológica para el cambio de las reglas de juego durante el juego?.....	265
V. ¿Qué es el juicio? Razones de la imposibilidad de revisión desde fuera de su propio sistema	273
a) El juicio como sistema observador	273
b) Observación del hecho vs. observación del juicio: observación de la observación.....	281
c) Hacia una serie de criterios para la revisión posible de la cosa juzgada	283
VI. La reanudación del procedimiento penal en perjuicio del imputado en el sistema jurídico alemán.....	285
VII. Hacia la noción de competencia. Competencia por qué cosas y en qué medida	305
a) Recapitulación	305

	Pág.
b) Competencia por la derogación del juicio vs. competencia por jugadas deshonestas dentro de un juicio	308
c) Jugadas deshonestas	309
d) Fraude completo	317

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS

Por su generosidad y grandeza, a Alejandro Carrió y Carlos Rosenkrantz, quien además da las mejores sugerencias *autoritativas*.

Leo Pitlevnik y Agustín Zbar leyeron borradores y me hicieron valiosos comentarios, sobre el libro y la vida.

Sebastián Elías, Alberto Garay, Hernán Gullco y Roberto Gargarella me ayudaron a elaborar ideas puntuales.

Hace varios años, en un curso lisérgico de Derechos Reales tuve la suerte de tener como profesor a Lucas Grosman. En *Round Midnight* una cantante visita a su ex compañero musical, el saxofonista Dale Turner. Cenando, ella le dice que nunca le va a dejar de agradecer haberle hecho notar que cuando canta tiene que prestarle menos atención a la batería y más atención al bajo. Y Turner le contesta que no es nada, “es algo de lo que te hubieras dado cuenta sola dentro de... diez o quince años”. Ése fue y es el efecto Grosman.

Martín Irurzun me apoyó con nobleza.

A José Milmaniene, por la palabra.

A Claudio (Shlomo) Kiesel, por el viaje.

Patricia Gallo aportó buenos consejos y contención durante el proceso.

Luli, hermana.

A mi Nona, que me conminó a seguir estudiando Derecho.

Leo y Pipo, por la amistad.

Vanesa Risetti, que me enseñó algo en el camino.

Paty Ballestero, porque me ayudó a crecer, con o sin él.

A los chicos de la Secretaría 4.

A mis compañeros de Sala 2.

A mis interlocutores en el Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad de San Andrés, por los viernes de discusión y aprendizaje.

Mi madre, Mónica, me sostuvo y me transmitió que cuanto más explotara mi potencial, más feliz sería.

Simón, el campeón de mi corazón.

Y Bárbara, la compañera de vida que soñé, por amarme y ayudarme a empequeñecer mis muchos defectos y a magnificar mis pocas virtudes.

F. M.

Son muchas las personas de las que recibí apoyo y consejos. Como siempre, en este momento me represento a las más cercanas, a las que debo especialmente gratitud: María, Valentina, Martín y Paulina. Raúl leyó pacientemente el manuscrito y además de corregir numerosos defectos, me confirmó que lo que yo había querido transmitir era comprensible. A todos ellos les agradezco y dedico este modesto aporte.

G. O.

PRÓLOGO

Por Alejandro Carrió

Hacer un prólogo a un libro de dos autores distintos implica ya de por sí un desafío. Hacerlo cuando lo producido por ellos es rico y ofrece diversas aristas para el análisis, es un desafío aún mayor.

Siguiendo el orden cronológico en el que leí ambos trabajos, empiezo por el de Federico Morgenstern, quien suele ofrecer visiones del Derecho que no siempre comparto, pero que constituyen un reto de alto calibre (algo así como cambiar golpes intelectuales con un peso pesado, donde uno probablemente saldrá lastimado).

Este nuevo trabajo de Morgenstern no es una excepción. Se ha propuesto la tarea de ofrecer fundamentos para una idea que, para fortuna del lector, enuncia claramente al comienzo mismo de su obra: la de permitir la revisión, sin el obstáculo de la cosa juzgada ni la barrera infranqueable de la garantía del *non bis idem*, de ciertos pronunciamientos judiciales liberatorios –y teóricamente firmes–, que hayan beneficiado a funcionarios sometidos a proceso por actos de corrupción. El universo en el que este autor se sitúa, y que vuelve su trabajo tan interesante y aplicable a realidades de las que no cabe estar muy orgulloso, es el de casos donde no puede realmente decirse que el funcionario involucrado haya corrido un riesgo genuino de ser condenado.

Y aquí las variantes que el autor nos presenta ya no son todas uniformes, circunstancia que él mismo admite. Ellas van desde el prevaricato, al haber el juez hecho una renuncia consciente y voluntaria a investigar, pasando por el acto delictivo de “comprarse” al juez o fiscal investigador, o de extorsionar a alguno de ellos para que no remueva lo que no se quiere ver expuesto, llegando por último a los casos de desidia. Esta última, claro está, puede tener su fuente en la mera cobardía, o el deseo de “no hacer olas”, en un mundo donde sacar la cabeza suele ser el antecedente de pedidos de juicio político, denuncias ante el Consejo de la Magistratura, “aprietes” públicos y otras criaturas tan desconectadas de un sano republicanismo. En este recorrido, el autor menciona también las llamadas “investigaciones superficiales” que, explica, conducen a ese mismo resultado común: que el imputado no haya enfrentado ningún riesgo serio de ser condenado.

La elección del paradigma del “riesgo” efectivamente corrido, ni es casual ni deja de tener su astucia. Si el Derecho constitucional estadounidense, que el autor domina bien en esta área, ha hecho fincar la fuerza de la garantía contra el doble juzgamiento justamente en el riesgo a la exposición penal (el *double jeopardy* de la Enmienda V a la Constitución de ese país), entonces el silogismo es que cuando ese riesgo ha sido inexistente la garantía no debería seguir funcionando.

A esta manera de presentar el problema se le contrapondría otra posición, atractiva desde ya por su simpleza, según la cual resulta peligroso crear “excepciones” a la regla de la cosa juzgada, por lo que es preferible dejarla funcionando en el reino de los “absolutos”. Ello, según esta posición, pues sólo concibiendo al *non bis in idem* como un absoluto es posible alcanzar valores tan tras-

cedentes como el de la estabilidad de las relaciones jurídicas y el evitar que el Estado haga permanente uso de sus recursos para obtener la condena de un imputado en causa penal. Sólo que, esta posición absoluta es la que no permitiría realizar el valor justicia en muchos casos.

Es en este duelo entre absolutos y no absolutos que aparece, en la concepción del autor, el salvavidas protector de la “cosa juzgada írrita”. Ello, como manera de mantener en general la valiosa doctrina de la garantía contra el doble juzgamiento, pero permitiendo también una solución para los casos en que el proceso penal se ha convertido en una farsa, donde nada se investigó.

Morgenstern cuenta para esta nada fácil tarea con su sólida formación en filosofía del Derecho, su muy buen conocimiento de los precedentes tanto a nivel local como internacional, y también su destreza para apreciar qué es realmente un precedente y cuál es su alcance. Hay un repaso de todos los fallos que puedan tener incidencia en la materia y una alusión final a la Convención Interamericana Contra la Corrupción que, tiene razón al señalarlo, no ha merecido hasta ahora suficiente atención por parte de los estudiosos.

Se percibe, entre muchas otras cosas valiosas, el deseo de no circunscribir la solución que el autor ofrece con la doctrina de la cosa juzgada írrita a los llamados casos de “lesa humanidad”. Esta categoría ha servido ya para asestar golpes mortales a principios asentados por muchos años, como para que le asignemos un nuevo efecto de talismán. La teoría de Morgenstern no se limita a estos casos y de allí su mérito.

Al lector de sus ideas, empresa para la cual lo alieno, le restan dos desafíos importantes. Primero, decidir si los principios de la cosa juzgada fraudulenta, sencillos de

identificar y aplicar cuando el imputado ha hecho algo delictivo como amenazar al juez o al fiscal para que no apele, son también aplicables cuando estamos ante una investigación “flojita”, donde es evidente que el juez poco quiso investigar y se conformó con una explicación muy superficial de los hechos con la que concluyó definitivamente el proceso. El segundo desafío, y esto es ya una invitación de mi propia creación, es que evalúe en este esquema más amplio de “cosa juzgada írrita”, los riesgos inherentes a nuestra cambiante política, donde los ídolos de hoy son los archienemigos declarados del mañana. El autor nos ha dado valiosas herramientas para posicionarnos y, sobre todo, para reflexionar sobre un muy trascendente tema.

La sección siguiente del libro, escrita por Guillermo Orce, ofrece también mucho material de interés. El autor se ha propuesto una meta más limitada que la de su antecesor para hacer fincar la herramienta de la cosa juzgada fraudulenta. Ella se daría en los casos donde el imputado es el responsable de un control total del proceso, el que ha subvertido mediante fraude.

En estos casos, resulta atractivo seguir su razonamiento acerca de que no corresponde que la parte de un proceso se beneficie con sus propias ilegalidades, ni invoque garantías que no corresponde aceptar cuando el proceso se ha salido de todo cauce de legalidad.

Esta tesis está ofrecida al principio del trabajo y reiterada al final, luego de que Orce nos haya hecho transitar por diversos caminos de interés para cualquier lector. Existe en una primera parte de su desarrollo un análisis comparativo muy completo, e infrecuente en nuestro medio, sobre los alcances de la garantía contra el doble juzgamiento en el Derecho judicial estadounidense. El lector

interesado en saber cómo esta institución puede rastrearse a postulados del Derecho inglés y en qué supuestos es válido volver a juzgar casos donde un veredicto es invalidado por acción del propio imputado, y con qué alcance, encontrará aquí abundante material para su divertimento.

En ocasiones, el desarrollo nos lleva a pensar en instituciones afines, tales como la nulidad cuando se ha actuado con exceso de jurisdicción, y otras como la que se conoce como *reformatio in pejus*, donde lo que se busca es no desalentar a quien ha recurrido una resolución para que el resultado de su apelación no lo deje, literalmente, en una situación peor. Por supuesto, los lectores interesados en hallar la síntesis a la propuesta de Orce pueden saltarse estos desarrollos, aunque se estarán privando de aprender importantes nociones de Derecho comparado.

También existe a lo largo de su trabajo una invitación al análisis de “asimetrías” que el Derecho consagra sin que muchos hayan indagado seriamente acerca de sus orígenes. ¿Por qué si permitimos un amplio recurso de revisión del imputado cuando aparece nueva prueba exculpatoria, no hacemos lo mismo cuando la prueba recientemente hallada es demostrativa de su culpabilidad? ¿Y por qué concebimos al proceso penal como una lucha del Estado contra el imputado, como único titular de derechos, y no pensamos que hay otros derechos, como los de las víctimas, que merecen una equivalente protección? Éste es el tipo de interrogantes que van surgiendo a medida que uno avanza en el desarrollo del trabajo.

En un momento del aporte de Orce se advierte una invitación, o más bien un *excursus*, dirigido a analizar si el proceso penal es una unidad, o si acaso el mismo está fragmentado en etapas. Y en este último caso, si las reglas o principios deben mantenerse inalterados durante

su desarrollo. También aparecen en esta misma travesía reflexiones de interés acerca de cuáles son los reales propósitos del proceso penal.

En una sección posterior, es fácil advertir un buen dominio de ciertos principios del proceso penal alemán. Ellos permiten –de manera demasiado amplia para el autor, en juicio que es fácil compartir– reaperturas de juicios concluidos con una absolución. Utiliza estos ejemplos para que se vean los riesgos de tomar a la ligera el valor de la “cosa juzgada”, pero –intuyo– también para que el lector termine aceptando una tesis más restrictiva que la alemana y que es con la que retoma al final del trabajo su propuesta inicial.

Cuando ha existido “fraude” imputable al propio acusado, y cuando por esa razón todo el proceso se ha visto teñido de ilegalidad, de manera que los resortes principales de la justicia (jueces y fiscales) han sido en definitiva corrompidos por ese accionar indigno, seguir aferrados a rajatabla a los efectos balsámicos del *non bis in idem*, es algo así como premiar demasiado a quien no lo merece.

Para concluir, enfrentamos una obra valiosa. No hay que estar de acuerdo con todo lo que Morgenstern y Orce ofrecen para que se justifique leer este libro. Incluso coincidiendo en muy poco, el lector tendrá, paradójicamente, la grata sensación de que lo han hecho pensar mucho.

PRÓLOGO

Por Carlos Rosenkrantz⁽¹⁾

I

Lo que nos proponen Morgenstern y Orce –someter a revisión crítica uno de los principios centrales de nuestra tradición legal– no es usual en nuestra academia jurídica. Entre nosotros no abundan los ejemplos de obras que buscan hacernos reflexionar en profundidad sobre lo que en general no reflexionamos. La glosa, la repetición de lo obvio y la mera cita son la norma de mucho de lo que se produce en el país. Estos autores, en cambio, hacen algo muy diferente. Sus respectivas contribuciones son el producto de dos juristas jóvenes, eruditos, con muy buena formación y con gran poder analítico, que usan sus muchos atributos intelectuales para encontrar solución a un problema importante y difícil, sólo guiados por su compromiso con lo que entienden es jurídicamente debido. No defienden intereses –ni propios ni ajenos– ni escuelas de pensamiento, ni ideologías. Con integridad y rigor articulan las concepciones teóricas que de acuerdo con sus respectivas visiones deberían ayudar a los jueces a juzgar casos en los que se solicita la nulidad de sentencias absolutorias anteriores, por ejemplo, si existen indicios

(1) Doctor en Derecho (Yale University), Rector de la Universidad de San Andrés.

importantes de que dichas sentencias fueron írritas, esto es, la consecuencia de la acción ilegal del acusado o de la complicidad, la desidia investigativa o la incompetencia judicial.

Las contribuciones de Morgenstern y Orce a este volumen son particularmente importantes y necesarias para la *praxis*, porque entre nosotros el principio del *non bis in idem*, que constituye el mayor obstáculo normativo a toda revisión de una sentencia absolutoria, es una doctrina que no se encuentra explícitamente reconocida en la Constitución Nacional, no tiene una delimitación clara en la doctrina, y los precedentes judiciales existentes que han permitido nuevos juzgamientos no articulan con claridad cuáles son los principios generales sobre los que se sustentan.

* * *

La mejor manera de hacer justicia a la gran importancia de sus ideas es ofrecer algunos comentarios para que, si fueran pertinentes, sirvan de desafío a sus respectivas inteligencias y como disparadores de sus nuevas y seguramente pertinentes reflexiones.

II

A diferencia de Morgenstern, Orce tiene una visión relativamente restrictiva de la posibilidad de revisar sentencias absolutorias por írritas, ciertamente, más restrictiva que la regulación del Derecho alemán (a la que califica de “intolerablemente amplia”) y del Derecho americano. Su idea es que los beneficios que otorga a los procesados el principio de la cosa juzgada sólo deberían soslayarse en los casos en que, por un lado, el imputado es “competen-

te” (responsable, diría yo) por la defraudación del juicio y, por el otro y además, dicha defraudación produce lo que él llama la “derogación del juicio”, esto es, un estado de cosas en el que el imputado tiene el control del juicio pudiendo subvertirlo o neutralizarlo mediante el manejo de sus “claves esenciales” impidiéndole que llegue a un resultado legítimo.

Para este autor, por lo tanto, una mera “juzgada deshonestá” por parte del imputado, el soborno de un perito, por ejemplo, independientemente de que sea determinante de una solución errónea, no priva al imputado del derecho a invocar en su defensa el principio del *ne bis in idem* si se pretende juzgarlo por segunda vez. Ello es así, porque una mera “juzgada deshonestá” no coloca al imputado en el control del proceso y, por el otro, *per se* no inhabilita al proceso penal que debería tener recursos para sobreponerse a aquélla, ya que el proceso penal tiene por función justamente “lidiar con pruebas falsas, los engaños, las dudas y la documentación dudosa”.

La justificación general de la visión de Orce deriva de la combinación de dos ideas diferentes, que analizo más abajo.

De acuerdo con este autor, debemos ser restrictivos para catalogar a una sentencia como írrita y, por ello, deberíamos excepcionar el *ne bis in idem* sólo en casos donde se “deroga” el juicio porque, por un lado, salvo casos extraordinarios, no hay un punto arquimediano distinto al juicio desde el cual sostener que la sentencia que se pretende ignorar sea incorrecta y, por el otro, sólo si el imputado es reprochable se justifica que pierda el beneficio de invocar en su defensa la cosa juzgada.

El juicio, dice, es un “sistema de observación que constituye lo observado” y, por lo tanto, no “descubre

nada ontológicamente dado de manera previa en el mundo sino [que] constituye una comunicación dentro del sistema social”. En virtud de ello, salvo que el proceso hubiera sido subvertido íntegramente por el imputado, cree que su resultado no debe ser revisado.

Este argumento –en el que Orce está muy invertido– es, al menos para mí, difícil de aceptar. Ciertamente, existen mecanismos de asignación –el proceso es un mecanismo de asignación de penas– que *per se* constituyen la corrección de su resultado. Los sorteos son unos de ellos. En los casos en los que, por ejemplo, no existe ninguna razón para asignar un bien (o, como sucede con la pena, un costo) entre más de un involucrado, un sorteo es una buena opción. El sorteo, en estas circunstancias, arroja un resultado correcto en el sentido de que ninguno de los involucrados nunca podría invocar ninguna razón para rechazarlo ni podría sentirse agraviado por su operación. Los sorteos en muchas circunstancias, para usar el mismo giro que Orce usa, “constituyen” la corrección del resultado en razón de que no tenemos ningún otro criterio que ellos mismos a partir del cual sostener que el resultado que arrojan es incorrecto.

Pero los procesos penales son categorialmente diferentes a los sorteos. Los procesos penales son mecanismos imperfectos de asignación que se modelan componiendo tres tipos de insumos: primero, los mecanismos perfectos (contrafácticos) de asignación que adoptaríamos si fuéramos plenamente racionales, conociéramos todos los hechos y no tuviéramos desviaciones de parcialidad; segundo, las restricciones que sabemos existen en la práctica para obtener racionalidad plena, para conocer todos los hechos y para ser imparciales y, tercero, los mecanismos –garantías o derechos procesales– que hemos concebido para asegurar que los inocentes no serán castigados y pa-

ra no cargar excesivamente en los imputados los costos en que debemos incurrir para obtener los beneficios que los procesos penales están llamados a producir, más precisamente, la disuasión de las conductas dañosas.

En virtud de que los procesos penales se modelan a la luz de mecanismos perfectos de asignación, no puede ser verdad lo que Orce sugiere, pues no puede ser verdad que no tengamos criterios de corrección diferentes a ellos mismos. Un proceso no puede nunca *per se* constituir la corrección de su resultado, porque todo proceso es un mecanismo imperfecto para aproximarnos al resultado que, si conociéramos todos los hechos, fuéramos absolutamente imparciales y racionales, consideraríamos correcto. Así, si en un proceso penal no se puede probar que quien cometió un delito lo hizo, o si se prueba que lo hizo quien no lo cometió, su resultado será erróneo, independientemente de que se hubieran seguido todas las reglas del proceso, porque el proceso está diseñado para castigar a los culpables y liberar a los inocentes.

El autor, en su artículo, tiene suficiente munición para problematizar estas conclusiones. En efecto, si le diéramos la oportunidad de replicar, respondería afirmando, como lo hace en su trabajo, que el resultado de un proceso nunca puede ser caracterizado como erróneo, porque dicha caracterización, en todo caso, debería hacerse desde “otro sistema de observación” diferente al proceso y dicha observación nunca podrá justificarse como “más cercana a la descripción del evento real”.

Tendría razón si el proceso “constituye” su propia corrección pero, si no lo hace, siempre nos será posible evaluar si “otro sistema de observación” produce un resultado más cercano a aquel que todo proceso debería aspirar, más precisamente, el resultado que adoptaríamos si cono-

ciéramos todos los hechos, fuéramos totalmente imparciales y no tuviéramos lapsos de irracionalidad. Un proceso que, por ejemplo, no admite como válidas las pruebas de ADN para determinar si en un caso en particular hubo una violación, es claramente menos “cercano a la descripción del evento real” que un proceso contrafáctico igual al anterior pero donde dicha prueba se admite.

Su segunda idea es que la sentencia írrita presupone y exige la reprochabilidad del imputado. Como adelanté más arriba, sostiene que para excepcionar el principio del *ne bis in idem* no basta con que el juicio sea subvertido, además, es preciso que el imputado sea “competente” (responsable diría yo) de la “derogación del juicio”. Su tesis es que debemos proteger al imputado frente a todo nuevo intento de persecución penal a menos que el imputado haya sido quien defraudó el proceso.

Orce cita, como justificación de esta exigencia, el que nadie puede invocar su propia torpeza, o para ponerlo en los términos de Mittermaier, a quien menciona, “el derecho de todos los pueblos de que nadie puede gozar de los frutos de su propia estafa”.

Pero el principio de que nadie puede invocar su propia torpeza no puede hacer el trabajo que este autor necesita. Por un lado, este principio no puede explicar por qué el *ne bis in idem* no debería excepcionarse cuando el imputado no ha tenido responsabilidad en la defraudación del proceso. Pero, por el otro lado, el *nemo auditur*⁽²⁾ tampoco puede explicar por qué el imputado debería perder la protección del *ne bis in idem* cuando participó en un fraude ya que existen muchas instancias en las que la realización de acciones incorrectas no tienen consecuencia

(2) Nadie puede alegar en su favor su propia culpa o torpeza.

alguna. Como bien sugiere él mismo, las mentiras del procesado –un tipo de fraude– no perjudican al imputado al punto que su descubrimiento posterior no autoriza a reabrir su juicio. Así como la mentira es una incorrección sin consecuencias nocivas para los imputados, los fraudes procesales también podrían serlo.

III

La concepción que Morgenstern nos ofrece es diferente a la de Orce. Para Morgenstern la doctrina de la cosa juzgada írrita debería ser ampliamente usada siempre que, por un lado, la “exploración judicial no se (hubiera encaminado) a la búsqueda de la verdad sino a rescatar y sobreseer a quien fue objeto de una hipótesis delictiva plausible” y, por el otro, el nuevo proceso no somete al imputado a un doble riesgo de pena. En los casos donde en el primer juicio no se colocó al imputado en un efectivo riesgo de sanción, según este autor, la “respuesta normativa debería ser que no hubo juicio” anterior y que, por lo tanto, el *ne bis in idem* no es invocable.

Elaborando sobre el *holding* de la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Green v. USA”⁽³⁾ entre otros, caso que Orce analiza en profundidad, Morgenstern afirma que si el nuevo juicio no impone nuevamente al imputado “vergüenza, gastos y ordalía” y la “ansiedad e inseguridad” por las “posibilidades de que, aun siendo inocente, pueda ser encontrado culpable” no existe ningún impedimento para volver a juzgarlo, dado que en estas circunstancias, al no haber existido riesgo de condena, el doble juzgamiento no podría considerarse como un perjuicio adicional para el imputado.

(3) 355 US 184 (1957).

Es importante señalar que para este autor, y en esto se diferencia de Orce, no hace falta que el imputado hubiera sido cómplice de las maniobras o decisiones que impidieron que el juicio anterior lo hubiera sometido a un riesgo de condena. Afirma que “hay varias combinaciones posibles para arribar a un sobreseimiento fraudulento que trascienden la necesaria intervención del imputado” y, en estos supuestos, “es indistinto para la aplicación de la cosa juzgada írrita si el acusado participó en el fraude”. En su visión, no es la reprochabilidad del imputado lo relevante para aplicar la doctrina de la cosa juzgada írrita sino, nuevamente, si “no hubo riesgo (para el imputado) ni debido proceso”⁽⁴⁾.

Como es natural para alguien como Morgenstern que aprecia las discusiones fundamentales, su concepción de la doctrina de la cosa juzgada írrita y su resistencia a considerar la “competencia” o responsabilidad del imputado como una condición necesaria de su aplicación se derivan de ideas generales acerca de los objetivos del proceso penal, del Derecho penal y del modo en que el proceso penal puede ayudar a incrementar el apego de los ciudadanos al Derecho.

Para Morgenstern la visión del proceso y del Derecho penal comunes en la Argentina –el “garantismo”– está

(4) En algunos pasajes Morgenstern pareciera coincidir con Orce, pues sugiere que además del riesgo de “vergüenza, gastos y ordalía” hace falta que el imputado haya realizado acciones impropias. Así, por ejemplo, cuando sostiene que el *ne bis in idem* no opera “cuando un acusado manipula indebidamente el proceso y hace que no exist(a) el riesgo asociado tradicionalmente a una acusación penal” y que quien comete una “ofensa contra la administración de justicia”, y cuando se pregunta si “debería importarnos la expectativa de estabilidad de quien burló el sistema judicial corrompiendo a un juez o a un testigo y ocultando o falseando pruebas”. En mi impresión, estos pasajes son más bien producto de descuidos que representativos de las convicciones fundamentales de Morgenstern.

desmadrada esencialmente, pues ella confunde la meta central del proceso y del Derecho penal con sus restricciones características. El punto del proceso penal, de acuerdo con su idea, es “la averiguación de la verdad y el cumplimiento del derecho material”. La búsqueda de la verdad, dice, es primordial y no una molestia o un aspecto incidental del proceso.

Cuando uno entiende el proceso penal de este modo no lo puede concebir, tal como según él muchos lo hacen en la Argentina, como “batallas unilaterales y desproporcionadas en las que el aparato punitivo estatal persigue con ahínco a un individuo indefenso”. Por otro lado, recalca que tampoco puede concebirse al Derecho penal como “un saber para contener el poder punitivo” del Estado sino que debe ser visto como una disciplina instrumental para la realización de los fines que le son propios.

Además, en el ámbito de los delitos cometidos por funcionarios encumbrados, los hechos falsifican la visión del garantismo, pues “la experiencia de las últimas décadas...”, muestra que el verdadero peligro no es el Estado. En estos casos, dice Morgenstern, “es bastante mayor el peligro de la impunidad que (el peligro de) la sujeción a la tiranía estatal”.

Finalmente, en lo que es su argumento más general, y mostrando su disposición para ver todos los problemas involucrados en los problemas que analiza, sostiene que la revisión de las sentencias írritas es necesaria para que en el país se pueda desarrollar una mayor adhesión a la ley pues, en gran medida, la “autoridad moral de la ley deriva de la precisión fáctica de los fallos judiciales”.

Es obviamente imposible hacer justicia a lo mucho de correcto e interesante que sostiene. Por ello, me concen-

traré, en adelante, en lo que yo creo que son algunos de sus problemas más fundamentales.

Para empezar, algunas ambigüedades. Morgenstern no aclara con suficiente precisión si el riesgo de condena que debió haber existido para que el *ne bis in idem* sea un impedimento infranqueable para una nueva acusación debió haber sido “objetivo” –el imputado no corrió riesgo– o “subjetivo” –el imputado supo que no corrió riesgo– ni tampoco si el *ne bis in idem* puede ser excepcionado sólo cuando el juzgador no tuvo la intención de poner al imputado en situación de riesgo, o también cuando no lo hizo, no por su falta de decisión, sino por sus errores o incompetencias.

Quizá lo anterior no sea del todo importante en un trabajo de este tipo porque, como él mismo aclara, la “evaluación de la existencia de cosa juzgada írrita es inevitablemente específica y casuística” lo que determina que sea muy difícil proponer soluciones concluyentes fuera de las particularidades de cada caso. De todos modos, lo que sí me parece un problema es la insensibilidad de la visión que nos ofrece a las diferentes conductas del imputado. Morgenstern, a diferencia de Orce, acierta al sostener que la responsabilidad del imputado no debe ser una condición *sine qua non* de la aplicación de la doctrina de la sentencia írrita. Esta posición, además de consistente con el fundamento que ofrece para esta doctrina, coincide, como él lo sugiere, con lo decidido en casos resueltos tanto por nuestra Corte Suprema como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero va más allá. No sólo no está dispuesto a considerar a la reprochabilidad del imputado como un *sine qua non* de la aplicación de la doctrina sino que tampoco está dispuesto a establecer soluciones diferentes según se trate de un imputado que participó o

no participó en el fraude que le permitió no haber sido puesto en riesgo de condena.

A mi criterio, y éste es un punto de importancia práctica, pues puede determinar distintas conclusiones para distintos casos, y que, además, podría ser aceptado fácilmente por Morgenstern sin mucha dilación, pues no entra en tensión con nada de lo que sostiene, el hecho de que el imputado haya sido responsable por la defraudación en el juicio es un dato importante que debería facilitar la declaración de írrita de la sentencia.

En efecto, una distinción que toda doctrina de la cosa juzgada írrita debería incluir es que las diferentes conductas desplegadas por los imputados deben justificar tratos normativos diferentes. Así, la participación del imputado en el fraude que socava el proceso debería determinar que las condiciones de aplicación de la doctrina de la sentencia írrita se relajasen, no haciendo falta, por ejemplo, la “derogación” total del proceso, si uno pensase como Orce, o la ausencia de todo riesgo de condena, si prefiriésemos a Morgenstern. Obviamente, cuál es el mínimo de “derogación” o de “riesgo” de condena requerido es algo muy difícil para que una teoría con el nivel de abstracción de las que estoy comentado pueda determinar y constituye una empresa en la que los precedentes judiciales deberían tener una importancia determinante.

Para finalizar este punto, déjenme aclarar que esta crítica a Morgenstern no se funda en el *nemo auditur*, sino en la idea que creo en general defendible, más precisamente, que un tratamiento procesal más riguroso pero necesario para lograr fines socialmente valiosos –por ejemplo, la disuasión de conductas dañosas– es justificable cuando el imputado conocía que dicho rigor adicional le podía ser aplicable si realizaba ciertas conductas y, libremente,

“consintió” su realización. Este punto es una aplicación de una idea más general, más precisamente, que nadie puede quejarse de consecuencias perjudiciales que él mismo asumió.

IV

No corresponde finalizar este prólogo sin presagiar que *Cosa juzgada fraudulenta. Dos ensayos sobre la llamada cosa juzgada irrita* será una obra de importancia y de interés para los juristas prácticos, para los académicos, para quienes tienen inclinaciones filosóficas y para aquellos que buscan fundamentos serios para sus apreciaciones políticas. Además, y esto es particularmente importante, la obra es una muestra clara de que no debemos perder las esperanzas porque con autores como Orce y Morgenstern nuestro país quizá sea capaz de desarrollar una cultura jurídica más sofisticada y sólida.