Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RÉPLICA A DIANA VELEDA

Federico MORGENSTERN

No voy a replicar la reseña de "*Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada írrita*" que publicó Diana VELEDA en el número anterior de *En Letra: Derecho Penal*. Réplica es más antagonista de lo que me inclino a ser; esta es una posibilidad de avanzar la conversación sobre la cosa juzgada fraudulenta. Y de agradecer a la autora porque me hizo pensar.

Con mucho de lo que dice VELEDA estoy de acuerdo o no veo mucho sentido en disentir, y hay pocas cuestiones que merezcan una aclaración. La crítica de VELEDA transmite una certera y rigurosa caracterización de la obra. Captó la esencia de mis objetivos y me ayudó a entender mejor el tema y mis posiciones.

La cosa juzgada írrita despierta escepticismo y resistencia doctrinal. Se la concibe o enfrenta como una *deus ex machina*, en vez de aceptarla y abrazar la dificultad. La propia VELEDA empieza su texto con el título "*Un asunto incómodo*". Ninguna posición nos satisfará completamente, dice VELEDA, "*ya sea por importar la desatención de un fenómeno indeseado —la fabricación de procesos dirigidos a garantizar la impunidad— o bien la creación de un riesgo significativo desde una perspectiva constitucional —desdibujar la cosa juzgada—*".

Mis objetivos fueron demostrar que el tema es importante; que merece una consideración renovada; que en el derecho argentino las herramientas normativas o jurídicas están disponibles para que los jueces apliquen esta doctrina; y desmentir las proclamaciones histéricas sobre el fin de la cosa juzgada.

Déjà vu es la sensación de haber pasado con anterioridad por una situación que en realidad se está produciendo por primera vez. *Vuja de* es el reverso, enfrentar algo familiar pero desde una perspectiva fresca que permite obtener nuevas percepciones sobre problemas viejos. Con este tema apunté a un *vuja de*: ver lo ya visto muchas veces —la cosa juzgada inmutable para sobreseimientos— con una mirada nueva.

***

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Aprendí y aprendo mucho sobre las garantías constitucionales en el proceso penal del libro de Alejandro CARRIÓ. Recuerdo que durante la presentación de la 6.ª edición en la UTDT, Máximo LANGER dijo algo que me parece muy acertado: en gran medida, el impacto del libro de CARRIÓ se debió a que su enfoque fue revolucionario para el medio local, porque en lugar de solamente reflexionar sobre las garantías a partir de los textos normativos, buceó en la jurisprudencia y dio una visión realista del tema dialogando con el derecho judicial. Y lo sigue haciendo.

Intenté seguir el camino de CARRIÓ. Para mi argumentación tomé muy en serio los precedentes de la Corte Suprema, encontré y analicé la jurisprudencia relevante de otros tribunales y demostré que la cosa juzgada írrita es una doctrina reconocida y expandida por nuestra Corte Suprema a través de décadas de práctica constitucional.

Ahora siento que una de las muchas falencias del libro es que debí haber relativizado la importancia y el alcance de los precedentes interamericanos. El paso del tiempo y la reflexión debilitaron mi entusiasmo con los méritos de la jurisprudencia interamericana. También aumentó mi preocupación por los fundamentos normativos del alcance de su vinculatoriedad. Intentaré problematizar la cuestión en alguna edición futura.

En todo caso, espero haber logrado articular con alguna claridad las pautas y principios que hicieron viable la nulidad por cosa juzgada írrita en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en algunos fallos de otros tribunales.

Alguna vez le preguntaron al juez HOLMES cómo era intelectualmente Rufus W. PECKHAM, quien había sido su compañero en la Corte Suprema. Holmes contestó con sorpresa: "*¿Intelectualmente? Nunca pensé en él en ese sentido. Su premisa central era ¡Maldición! (God damn it!)*". Unos años después, tras hacer el mismo comentario, Holmes explicó que quiso decir que, en los temas sociales, PECKHAM era gobernado por sus predilecciones emocionales. No es raro que en relación a determinados temas nuestra razón se obnubile y no nos permita usar toda nuestra inteligencia. Por eso intenté construir una argumentación lo más sólida posible para empezar a entender el tema más allá de las intuiciones emocionales.

Para VELEDA, lo que parece haber engendrado mi preocupación con esta doctrina es la impunidad judicial en los casos de corrupción política. La aplicación de la cosa juzgada írrita los trasciende y no pensé sólo en esos casos, pero en cierta medida VELEDA tiene razón. La impunidad

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

intencional causada por la acción orquestada de distintos funcionarios judiciales es lo que más erosiona la legitimidad de la justicia penal; seguramente mi experiencia profesional de quince años en el fuero federal porteño impactó en la pasión que me despertó el tema. Además del incentivo de hacer una contribución jurídica genuina sobre una doctrina que en general se esgrime sin fundamentos legales y filosóficos, me movilizó la idea de que esta doctrina funcione como un anticuerpo generado por el propio sistema normativo para incrementar la legitimidad y credibilidad moral del sistema de justicia.

VELEDA dice que discuto con la corriente que denomino "garantismo". Quiero hacer una distinción. No discuto con el derecho penal liberal, sino con el uso de la categoría "garantismo" y con las posturas que pretenden deslegitimar —selectivamente— el proceso penal y desmerecer el importante rol de la búsqueda de la verdad. En la Argentina muchos "garantistas" en realidad creen que las garantías no son aplicables universalmente. Dicen que tienen un compromiso sólido con el derecho penal liberal, pero es gaseoso y evanescente. Es falso que el derecho penal liberal, que en nuestro país es derecho positivo, parta de la concepción del poder punitivo estatal como algo ilegítimo y que considere como un objetivo procesal meramente incidental la búsqueda de la verdad.

Hay muchas reglas procesales que demuestran una deliberada inclinación de la balanza y ubicación de los costos o riesgos de los errores en beneficio del acusado. Como dice Andrés ROSLER, el derecho penal liberal no es una estética, sino un partido de fútbol en que los goles de visitante valen doble y el local es el Estado. Hay —por ejemplo— una distribución deliberadamente asimétrica de los costos de los errores, pero no creo que falten razones para morigerar el peso de la cosa juzgada en procesos donde no hubo riesgo efectivo.

Claro que 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*. Hay derecho a beneficiarse del error pero no a beneficiarse de todo medio por el cual se haya llegado a un sobreseimiento. Si no existió un auténtico primer proceso, habilitar otra persecución no es una excepción a la doble persecución penal. El aspecto decisivo de esta cuestión es, como insistí en algunos tramos del libro, que los casos de impericia en la conducción de una investigación son distinguibles de aquellos casos donde no se siguen los pasos elementales para comprobar la comisión de un delito y la investigación se orientó deliberadamente hacia la impunidad. Tal vez pueda sintetizar la idea central de mi posición afirmando que la regla constitucional que prohíbe la doble persecución

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

penal no se aplica cuando no hubo un verdadero proceso porque el 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.

No carezco de lo que Albert HIRSCHMAN llamó tendencias autosubversivas. Hay una objeción de VELEDA relativa al principio de reserva y principio de legalidad que es fuerte pero que en esta coyuntura no discutiré.

Brevemente: VELEDA sugiere que no hay una ley que autorice a reabrir procesos terminados con un sobreseimiento firme y que la apelación a la jurisprudencia de la Corte Suprema es un argumento de autoridad. Seguramente escribiré sobre eso en un tiempo. Pero piense, por ejemplo, en la regla de exclusión de prueba ilegal. ¿De qué norma surge?[1]

Tal vez el excelente trabajo de Juan Pablo MONTIEL sobre la estructura analítica del principio de legalidad publicado hace poco en *InDret* sea un buen punto de partida para pensar la objeción de VELEDA con más fundamento.

***

En tiempos funestos para nuestra cultura jurídica, esta coyuntura sirve para que nos enteremos qué piensan del Estado de Derecho, la independencia judicial y el principio de legalidad muchos "garantistas" y defensores de los derechos civiles.

Quiero felicitar a quienes hacen *En Letra: Derecho Penal* por el espacio que crearon y por la tarea importante que realizan. En el medio académico funciona un superyó muy severo que es censura, pero no del padre sino de la institución, la cátedra y los maestros. En muchos jueces la opinión pública también opera como un superyó pero uno obsceno y feroz, que genera fantasmáticamente expectativa de castigo y lleva a excesos. El superyó de la comunidad jurídica es un obstáculo para crear ideas y desafiar posiciones; pienso que pertenecer demasiado a la universidad tiene el peligro de los dogmatismos y sistemas con pocas posibilidades de pensar. Por eso, me alegra que gente joven (más joven que yo) como la de *En Letra: Derecho Penal* mantenga la llama inicial y se anime a pensar.

[1] Desarrollo mi tesis en "Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal" en GROSMAN *et al*. (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, y en la *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* de Abeledo Perrot de agosto de 2014.

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Al final de la reseña VELEDA dice que lo controvertido del tema tal vez me empujó a abordarlo refutando objeciones en vez de con una explicación metódica. No, se debe a que soy un zorro y mi cabeza funciona así. Isaiah BERLIN distingue dos tipos de escritores y pensadores. Los zorros saben muchas cosas y los erizos saben una sola gran cosa. Los erizos relacionan todos los problemas con una visión central, un sistema más o menos coherente o articulado, y los zorros persiguen distintos fines, en general no relacionados y a veces contradictorios.

Más allá de mis limitaciones, ¿cuál pienso que sería la manera deseable de escribir y pensar sobre derecho penal? El zorro busca generar microteorías para doctrinas y prácticas específicas y creo que así deben ser abordados los problemas jurídicos. Albert HIRSCHMAN fue uno de los científicos sociales más originales del siglo XX y es uno de los grandes ensayistas. Encontraba belleza e interés en lo diminuto. Se sentía distante de quienes apelaban a grandes teorías para explicar todos los problemas y buscar las soluciones. Citaba a Maquiavelo, quien decía que para sus construcciones usaba *castelluzzi* (pequeños castillos) fáciles de destruir por la realidad y de construir con una imaginación fecunda. El oro, según HIRSCHMAN, está en las pequeñas ideas y pequeñas situaciones que dan un panorama nuevo. Su cruzada era develar cómo la imaginación intelectual podía develar posibilidades radicales encontrando costuras y desafiando certezas en las estructuras más impenetrables, para así crear aperturas y alternativas.

DR © 2017. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/