

REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA CORRUPTA *CONTRA REO*^{1*}

*Gabriel Pérez Barberá*²

0. Presentación

Conocí al distinguido homenajeado, Daniel González Álvarez, en el marco de unas magníficas jornadas sobre el recurso de casación organizadas en San José hace ya varios años, cuando todavía el fallo de la Corte IDH “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” era considerado reciente en la región y estaba generando notables cambios jurisprudenciales no sólo en Costa Rica, sino también en Argentina, mi país. Pero fuera de ese encuentro personal, del que tengo un recuerdo muy grato, ya conocía desde antes a Daniel gracias a nuestro entrañable amigo en común Julio Maier, cuya partida el año próximo pasado nos llenó a todos de un inmenso dolor. Julio, en efecto, ya me había ilustrado acerca de la enorme valía científica de su amigo Daniel, y por eso fue un honor para mí poder conversar con él directamente en aquellos días.

Hoy se me honra nuevamente con esta amable invitación a participar en su libro homenaje. Mi contribución a esta obra está ligada directamente a la figura de Julio Maier, y no sólo por lo que digo en el párrafo anterior. Porque lo que hago en este artículo es revisar, críticamente, una de las posiciones que Julio más y mejor defendió en su obra: la no revisabilidad de absoluciones y sobreseimientos firmes. Esto era lo que a él le gustaba: la discusión franca de ideas. Ya no podré saber si mis argumentos lo habrían convencido, pero sí me consta su aliento a que los desarrollara sin pudor, lo que habla de su integridad como maestro. Poder presentárselos a Daniel, su amigo costarricense y con quien él tanto coincidía, es una forma, entonces, de dialogarlo también con él, y por tanto de emular, siquiera fugazmente, aquella profunda

^{1*} Agradezco a Pablo Larsen no sólo su colaboración –prolija y eficiente en extremo– en la confección de las notas a pie, sino también, y especialmente, la lectura de este trabajo, sus sugerencias bibliográficas y sus finas observaciones críticas, que me ayudaron a mejorarlo en múltiples aspectos.

² Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).

conversación que mantuvimos los tres, sobre el recurso del condenado, en una de las pausas durante las jornadas que mencioné.

El contenido de este artículo forma parte, de hecho, del capítulo sobre recursos que escribí para el tomo IV del *Tratado de derecho procesal penal* de Julio Maier, en prensa en editorial Ad-Hoc (Buenos Aires), por lo que vale también como adelanto parcial de esa publicación. Julio, en efecto, delegó en Daniel Pastor, Eugenio Sarrabayrouse y en mí la continuidad de su obra, por lo que siempre le estaré profundamente agradecido. Esta circunstancia hace que el texto esté pensado y escrito en función del derecho procesal penal argentino. Pero dadas las similitudes entre ese derecho y el de Costa Rica, no creo que esto sea un obstáculo para el lector de la tierra de Daniel. Fuera de ello, el texto tiene mucho anclaje en la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que también en esto notará ese lector que estamos hablando un lenguaje que nos es no sólo común, sino también familiar.

1. El problema

Maier, como es sabido, ha argumentado siempre muy enfáticamente a favor de la legislación argentina, y en contra de la legislación alemana, en lo que se refiere a la posibilidad de una revisión en contra de la persona absuelta por sentencia firme.³ De hecho, sus críticas a la regulación alemana fueron publicadas en ese país,⁴ y hasta tuvieron alguna repercusión.⁵ Su argumento, expuesto con singular erudición, es simple: la revisión contra absoluciones firmes sería contraria al *ne bis in idem*. Fundamentaba esto en que el *ne bis in idem*, entendido en su “formulación procesal”, “impide la *múltiple persecución penal*; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esa razón, tiene también *sentido procesal* y cubre el *riesgo* de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite”.⁶ Por esa razón, para Maier, “el principal efecto de la

³ Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Tomo I, 2.^a ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 598 y ss.

⁴ Cf. Maier, Julio B. J., “Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten”, en AA.VV, *Armin Kaufmann-GS*, Karl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 789 y ss.

⁵ Cf. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal* (traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor), Del Puerto, Buenos Aires, 2000. pág. 492.

⁶ Maier, ob. cit. en nota 1, pág. 599.

regla así concebida consiste en impedir absolutamente toda posibilidad de establecer el recurso de revisión en contra del imputado absuelto”.⁷

Durante mucho tiempo la cuestión quedó cristalizada ahí. En Argentina, en efecto, estaba claro que la cosa juzgada, si favorecía al imputado, era intocable, y estaba claro, asimismo, que eso estaba bien. La cuestión despertó nuevamente algún interés académico, sin embargo, cuando la Corte Suprema, sobre todo en el caso “Mazzeo” (*Fallos CSN*, t. 330, p. 3248), haciéndose eco de la jurisprudencia de la Corte IDH sostuvo que el *ne bis in idem*, consagrado en normas de rango constitucional (CADH, 8.4; PIDCP, 14, inc. 7), podía ceder en ciertas ocasiones.

Lo que la Corte argentina dijo en “Mazzeo” fue, en síntesis, lo siguiente: “la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional’ [...] Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a ‘...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes...no debe ceder a la razón de justicia’ [...]; y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando ‘...no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en [que] los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio...’”.⁸

Por su parte, el fallo más relevante de la Corte IDH sobre este tema, y el que cita la Corte Suprema en “Mazzeo”, es “Almonacid Arellano v. Chile”. Allí, la Corte IDH dijo esto: “en lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su

⁷ Maier, ob. cit. en nota 1, pág. 599.

⁸ *Fallos CSN*, t. 330, p. 3248, considerando 33° del voto de la mayoría.

responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’”.⁹

Este posicionamiento de la más alta jurisprudencia nacional y regional generó opiniones encontradas en nuestra doctrina. Como “Mazzeo” fue un fallo de la Corte que involucraba graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, su planteo fue defendido por quienes acordaban con soluciones punitivistas respecto de ese pasado nefasto de la Argentina.¹⁰ Encontró, en cambio, muy fuerte oposición entre quienes sostenían que perseguir penalmente a esas graves violaciones o a los crímenes contra la humanidad, “excepcionando” garantías constitucionales como el *ne bis in idem*, constituía una forma de “neoinquisición” o “neopunitivismo”.¹¹

Finalmente, desde otro ángulo se apoyó lo sostenido por la CSJN en “Mazzeo” y por la Corte IDH en “Almonacid Arellano”, pero, inteligentemente, se desacopló a lo sustancial de ese punto de vista de la discusión sobre graves violaciones a los derechos humanos y sobre crímenes contra la humanidad, y se lo ubicó, con precisión, en el lugar más general en el que, también a mi juicio, tiene que ser planteado y resuelto este

⁹ Corte IDH, “Almonacid Arellano v. Chile”, sentencia del 26/8/2006, n.º 154.

¹⁰ Cf. por ejemplo Filippini, Leonardo, “La persecución penal en la búsqueda de justicia”, en AA.VV, *Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en la Argentina*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, págs. 19 y ss. Yo también defendí (y defiendo) la “solución punitivista”: cf. Pérez Barberá, Gabriel/Agüero, Alejandro, “Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 3, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 249 y ss.; también, más recientemente, en Pérez Barberá, Gabriel, “Memory, Truth and Justice: Criminal Trials or Truth Commissions?”, en Eisele, Jörg (ed.), *Past and Future. Transitional Justice versus Traditional Criminal Justice? Ways of Dealing with Past Conflicts and Past Autocracies*, Nomos, Berlín, 2020, págs. 173-186.

¹¹ Paradigmático al respecto Guzmán, Nicolás, “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, Daniel (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, págs. 203 y ss. Cf. también Malarino, Ezequiel, “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos”, en *Jura Gentium*, vol. V, 2009, págs. 1 y ss. Lo de “neo” se supone que se motiva en el hecho de que se trataría de punitivismo exigido por instituciones, prácticos o académicos que antes deploraban al punitivismo: así Pastor, Daniel, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, págs. 73 y ss. Crítico respecto de esto último Filippini, Leonardo, “El prestigio de los derechos humanos – Respuesta a Daniel Pastor”, en Gargarella, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, págs. 1207 y ss.

problema.¹² En ese lugar más general, el punto central de la discusión pasa, a mi juicio, por determinar si es plausible afirmar que el *ne bis in idem*, frente a determinadas circunstancias, admite la revisión de la cosa juzgada que favorece a quien fue absuelto o incluso sobreseído en un proceso penal; y en caso de que sí, en qué se fundamentaría dicha admisión y cuál sería su alcance y naturaleza.

2. *Ne bis in idem* y sobreseimiento

La equiparación de sobreseimientos con absoluciones (firmes, en ambos casos) puede generar objeciones razonables, porque el tenor literal de las formulaciones constitucionales expresas del *ne bis in idem* se refiere sólo al “absuelto” (CADH, 8, inc. 4) o al condenado y al absuelto (PIDCP, 14, inc. 7). Ello bien podría dar apoyo a la conclusión de que, en nuestro país, sólo las personas absueltas y condenadas gozan de una protección *constitucional* contra nuevas persecuciones penales por el mismo hecho, no así, en cambio, las sobreseídas, que gozarían de una protección meramente *legal* al respecto. Tal objeción, sin embargo, no me parece de recibo, por las razones que expondré a continuación.

En primer lugar, porque en nuestro derecho la Corte Suprema, desde antes de la reforma de 1994 que jerarquizó a esos tratados internacionales como textos integrativos de la Constitución, consideraba al *ne bis in idem* como un derecho constitucional. Entendía, en tal sentido, que estaba incluido entre los derechos implícitos a los que alude el art. 33 CN, y le daba un alcance muy vasto, concretamente el que se corresponde con la denominada “formulación procesal” de la garantía, es decir: que nadie puede ser *perseguido penalmente* más de una vez por el mismo hecho.¹³ De allí que, desde siempre, nuestra praxis y nuestra doctrina procesal penal y constitucional

¹² Así Morgenstern, Federico, *Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada irrita*, BdeF, Buenos Aires, 2015. Es llamativo que un libro tan sugerente y por momentos tan bien argumentado como este no haya tenido hasta ahora, por lo menos hasta lo que he podido ver, *ninguna* repercusión académica, más allá de alguna reseña descriptiva (cf. Veleda, Diana, “Cosa juzgada fraudulenta. Un ensayo sobre la cosa juzgada irrita”, de Federico Morgenstern”, en *En Letra Derecho Penal*, n.º 3, 2016, págs. 233 y ss.). Es verdad que el libro, en muchos pasajes, está escrito con un tono deliberadamente “herético”, pero insisto: tiene buenos argumentos. No generó, sin embargo, debate alguno. Quizá porque ya casi no hay debates por escrito entre nosotros. Cf. también Morgenstern, Federico/Orce, Guillermo, *Cosa juzgada fraudulenta. Dos ensayos sobre la llamada cosa juzgada irrita*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, págs. 187 y ss.

¹³ Así, entre otros, *Fallos CSN*, t. 299, p. 221. Sobre la formulación procesal del *ne bis in idem* cf., por todos, Maier, ob. cit. en nota 1, págs. 599-600. Esa es la formulación adoptada en nuestro país a nivel legal en varias jurisdicciones (por ejemplo: CPP Nación, 1; CPP Federal, 5; CPP Córdoba, 1; CPP CABA, 4; CPP Buenos Aires, 1).

incluyó al sobreseimiento entre las resoluciones judiciales con el efecto *constitucional* propio del *ne bis in idem*.¹⁴

Es sabido que la propia CADH establece que los derechos y garantías que consagra no deben ser interpretados como que restringen un alcance más amplio que, respecto de esos mismos derechos, estuviese ya garantizado por el ordenamiento jurídico interno de cada país (CADH, 29, inc. b). Ya sólo por eso no sería correcto, entonces, sostener que, desde la reforma de 1994, el alcance del *ne bis in idem* constitucional quedaría limitado sólo a las absoluciones (en virtud del tenor literal de las normas convencionales citadas), mientras que los sobreseimientos pasarían a quedar abarcados sólo por un *ne bis in idem* de base meramente legal, y siempre que el CPP en cuestión lo consagre y que lo haga con la formulación procesal.

Ahora bien, fuera de esto, la Comisión IDH, al interpretar los alcances del término “sentencia firme” del art. 8, inc. 4, CADH, ha sostenido que éste debe ser entendido en sentido amplio, de modo tal que comprenda también a decisiones como los sobreseimientos firmes.¹⁵ De esto se infiere, sin mayores dificultades, que para la Comisión IDH también el término “absuelto” del art. 8, inc. 4, CADH debe ser interpretado de una forma amplia que incluya al sobreseído, pues el alcance del vocablo “absuelto” no puede ser determinado sin hacerse referencia al acto procesal que le otorga a una persona esa calidad (a saber: la sentencia), y que la CADH, de hecho, menciona a continuación en esa norma: “...absuelto por una sentencia firme”.

¹⁴ Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Tomo III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, pág. 360; Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1998, págs. 73 y s. En un sentido opuesto García, Luis M., “El caso ‘Quiroga’ o el primer golpe de demolición al actual sistema de enjuiciamiento criminal en el orden nacional”, en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n.º 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pág. 288. La cuestión de si el sobreseimiento es formalmente un auto o una sentencia es completamente contingente, en tanto depende de cada ordenamiento en particular. En el CPP Córdoba, por ejemplo, el sobreseimiento es una sentencia (art. 351), mientras que en el CPP Nación es un auto (art. 337). Por lo demás, y a los efectos del texto que sigue, lo importante es que, aunque se lo tenga como un auto, lo cierto es que, por sus efectos, equivale a sentencia, y a sentencia definitiva (así, por todos, Maier, ob. cit., pág. 359, para quien el sobreseimiento constituye una “sentencia absolutoria anticipada”).

¹⁵ Cf. Comisión IDH, “Alan García v. Perú”, Informe n.º 1/95, 7/2/1995, n.º B.3, donde se afirma que “la expresión ‘sentencia firme’ en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir, limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados” y que “en este contexto, ‘sentencia’ debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y ‘sentencia firme’ como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada”. Pues bien, el sobreseimiento firme es, en efecto, un acto procesal que reúne esas características. Cf. Maier, ob. cit. en nota 12, págs. 359 y ss.

Esto es razonable: sabido es que los tratados internacionales abarcan, en su ámbito de aplicación, a ordenamientos jurídicos internos muy diversos. Por eso ciertos términos –como “absuelto”, entre muchos otros– no pueden ser interpretados en función del significado que, contingentemente, tengan en algunos de esos derechos nacionales. Distinto sería el caso, por supuesto, si se tratase de un término unívoco, como “condenado”. Pero “absuelto”, internacionalmente, puede hacer referencia no sólo a quien es desincriminado tras un juicio, sino también a quien lo es, en forma definitiva, *antes* del juicio (en suma: al “sobreseído”, entre nosotros). De hecho, al sobreseimiento, en algún ordenamiento nacional, podría denominárselo “absolución anticipada”.¹⁶ Pues bien, sería absurdo que el favorecido por esa resolución esté protegido por el *ne bis in idem* constitucional (porque su *nomen iuris* incluye la palabra “absolución”), pero que no lo esté aquel que ha sido desincriminado de igual manera, sólo que en el marco de un código procesal penal que denomina a eso mismo “sobreseimiento”.

En segundo lugar, hay razones sustantivas que apoyan la extensión del alcance del *ne bis in idem* constitucional también a los sobreseimientos. Estas razones, en concreto, demuestran que no hay diferencias materiales relevantes entre absoluciones y sobreseimientos como para que sólo esté justificado proteger a las primeras con una garantía de ese rango. Ante todo, porque, como se dijo, el sobreseimiento es una decisión definitiva que, una vez firme, tiene efecto de cosa juzgada material, exactamente el mismo de una absolución.¹⁷ Precisamente por eso, a efectos recursivos, es considerada sentencia definitiva (así en el CPP Córdoba, 351, por ejemplo, donde el sobreseimiento tiene forma de sentencia), o equiparable a tal.

Contra esto, no obstante, podría oponerse que una de las razones subyacentes que justifica la especial protección que brindaría al imputado un *ne bis in idem* con rango constitucional es que las decisiones judiciales que tienen ese efecto ofrecen mucha seguridad epistémica, y que por eso su producto puede ser tenido como cosa juzgada *intangible*. Así, podría afirmarse que, como sólo la absolución tiene detrás de sí las virtudes epistémicas del juicio, sólo esa sentencia ofrecería una muy baja probabilidad de error y que, por tanto, sólo la cosa juzgada que sea producto de esa sentencia sería intangible, no la que provea un sobreseimiento.

¹⁶ Tal como lo proponía Maier, según ya se dijo (cf. Maier, ob. cit. en nota 12, págs. 359 y ss.).

¹⁷ Cf., nuevamente, Comisión IDH, “Alan García v. Perú”, Informe n.º 1/95, 7/2/1995, n.º B.3

Este argumento, sin embargo, pasaría por alto que, al menos en nuestro derecho, el estándar de prueba para dictar un sobreseimiento es más exigente que el que justifica una absolución. Para esta última, en efecto, basta una duda razonable; para sobreseer, en cambio, se exige lo mismo que para condenar, es decir: lo que en Argentina se denomina “certeza” –en este caso “negativa”–, que implica poder afirmar que la *inocencia* del imputado es segura, más allá de toda duda razonable. La carencia de virtudes epistémicas propia de esa etapa anterior al juicio está compensada, pues, con un estándar de prueba más exigente. El sobreseimiento, entonces, es una decisión materialmente definitiva y ofrece seguridad epistémica suficiente como para garantizar a su destinatario la misma protección constitucional, en términos de *ne bis in idem*, que una absolución, tal como de hecho es entendido en forma prácticamente unánime en Argentina. Ese no sería el caso, en cambio, con el mero archivo inicial de las actuaciones, que es una resolución arquetípicamente provisoria.

Por lo demás, todo lo que justifica al *ne bis in idem* respecto de las absoluciones ocurre de igual manera con los sobreseimientos: quien es vuelto a enjuiciar por el mismo hecho por el que fue sobreseído sufrirá la misma clase de molestias y perjuicios que sufriría quien es sometido de nuevo a proceso –siempre por el mismo hecho– tras una absolución. Por supuesto que el riesgo de *condena* ha de ser por lo general menor para el sobreseído que para el absuelto, porque quien va a juicio tiene “más cerca” a la sentencia definitiva y ésta puede ser condenatoria. Pero, por un lado, eso es meramente contingente: un imputado puede querer ir a juicio porque sabe que sólo allí, de la mano de la oralidad, quedará en claro su inocencia, y los jueces de juicio pueden estar desde el principio igual de convencidos, al respecto, que el imputado. Y, por otro lado, si se considera que los sobreseimientos están protegidos por el *ne bis in idem* de la Constitución, es porque se ha asumido, precisamente como constitucional, a la formulación procesal del *ne bis in idem*, es decir, a la que protege al imputado no sólo de un nuevo riesgo de condena, sino de un nuevo riesgo de persecución penal, tal como –según vimos– lo afirma nuestra Corte Suprema desde antiguo.

Es claro, en suma, que también las personas sobreseídas están protegidas *constitucionalmente* contra una nueva persecución penal. Es la tesis tradicional entre nosotros, por lo que, en verdad, la carga de la prueba está del lado de quien pretenda

negarla. Por todo ello, de aquí en más el término “absolución” (o cualquiera de sus derivados: “sentencia absolutoria”, “persona absuelta”, etc.) será utilizado siempre en el sentido amplio indicado más arriba, y abarcará tanto a las absoluciones *stricto sensu* cuanto a los sobreseimientos. De todos modos, por lo general ese alcance más vasto será aclarado expresamente, para evitar confusiones.

3. Los casos problemáticos

Hay, básicamente, dos supuestos de hecho posibles a considerar. El primero sería aquel en el que hallazgos posteriores a una sentencia absolutoria firme demuestran de modo muy contundente que la persona absuelta, en realidad, es culpable, pero en el que nada hay para reprocharle ni a la sentencia ni al procedimiento previo desde el punto de vista de las reglas que hacen al debido proceso, en el sentido de que no medió ninguna estratagema tramposa para beneficiar al entonces imputado.¹⁸

El segundo supuesto, en cambio, sería aquel en el que no se da esta última condición, es decir, un caso en el que la absolución o el sobreseimiento fueron obtenidos en forma corrupta por el accionar del imputado luego beneficiado con esas decisiones, o por el obrar de terceros con o sin el conocimiento o participación de aquel, o hasta por la conducta de los jueces o fiscales intervinientes, con o sin el conocimiento o participación del entonces imputado.¹⁹

“En forma corrupta” es, ciertamente, más que “fraudulentamente”. Con esto, sin embargo, no pretendo agregar requisitos, a los ya usuales,²⁰ para afirmar que es revisable la cosa juzgada que favorece a quien es absuelto o sobreseído. Simplemente

¹⁸ En Alemania el *ne bis in idem* no alcanza estos casos, porque, como enseguida veremos, sólo protege al condenado; allí se admite, por tanto, la revisión contra el absuelto por el mero hecho de que se constate que éste, en verdad, es culpable, aunque no hubiese mediado ninguna maniobra corrupta (así, StPO, § 362). Cf. al respecto Frister, Helmut, “§ 362”, en Wolter, Jürgen (ed.), *Systematische Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5.^a ed., Carl Heymann, Köln, 2018, t. VII, págs. 758 y ss.; Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, 7.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2007, págs. 616 y ss. También en el ámbito anglosajón existen excepciones al *ne bis in idem* pensadas para casos como estos: se trata de los supuestos de “*new and compelling evidence*”. Cf. al respecto Rudstein, David S., “Retrying the Acquitted in England, part I: the Exception to the Rule Against Double Jeopardy for New and Compelling Evidence”, en *San Diego International Law Journal*, n.º 8, 2007, págs. 387 y ss.; Dennis, Ian, “Rethinking Double Jeopardy: Justice and Finality in Criminal Process” en van Kempen (ed.), *Criminal Law and Human Rights*, Ashgate, 2014, págs. 219 y ss.

¹⁹ En el ámbito anglosajón estos supuestos son conocidos como “*tainted acquittals*”. Cf. Rudstein, David S., “Retrying the Acquitted in England, Part II: the Exception to the Rule Against Double Jeopardy for Tainted Acquittals”, en *San Diego International Law Journal*, n.º 9, 2008, págs. 217 y ss.

²⁰ Como por ejemplo los aludidos por Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, 2.^a ed., Platense, La Plata, 2001, pág. 146; o por Morgenstern, ob. cit. en nota 10, págs. 1 y ss., entre otros.

creo que el elemento “corrupción” (en el sentido que enseguida le daré, que abarca al cohecho, pero no se agota en eso) es el que mejor explica lo que siempre se ha querido indicar cuando se ha hecho referencia a la cosa juzgada írrita o fraudulenta. Expondré entonces qué debería, a mi juicio, ser entendido por “corrupción” en este contexto.

4. La corrupción de la cosa juzgada

Se ha hablado siempre de cosa juzgada fraudulenta frente a casos en los que se sobornó o coaccionó a jueces o fiscales, o en los que éstos, adrede y hasta con simpatía por el imputado, fueron funcionales con su finalidad de tornar imposible la condena. Por eso, si se miran estos casos bien de cerca, podrá comprobarse que reúnen los tres elementos que, según algunos enfoques que considero acertados, caracterizan definitivamente a la corrupción, a saber: *deslealtad*, en el sentido de violación de “deberes posicionales”, que son los que surgen del hecho de que el agente ostenta una determinada posición: la de funcionario público, la de empresario, la de deportista estrella, etc.; *abuso de poder*, en el sentido específico de abuso de una posición de poder, incluso puramente fáctica; y *beneficio ilegítimo*.²¹

Fuera de ello, que es puramente descriptivo, lo que cabe remarcar aquí es que tales elementos tienen que estar presentes para que la cosa juzgada que favorece a quien fue imputado en un proceso penal pueda ser revisada. Tiene que tratarse, en efecto, de cosa juzgada *corrupta*, provenga dicha corrupción de funcionarios estatales o de ciudadanos particulares. La ventaja de la definición de corrupción a la que aludo reside, precisamente, en que captura toda forma de corrupción (pública y privada), y que considera corrupto tanto a quien es corrompido como a quien corrompe.

“Fraude”, en cambio, en lo esencial significa engaño, o también trampa (sin engaño).²² Sin embargo, ni el engaño ni la trampa exigen, como condición necesaria, un componente que caracteriza esencialmente a los casos de cosa juzgada –favorable a

²¹ Sobre todo esto cf. Pérez Barberá, Gabriel, “Corruption as Disloyalty?”, en Zimmermann, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers*, Springer, New York, 2017, págs. 315 y ss., con más referencias, entre las que cabe destacar las siguientes: Green, Stuart, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (traducción de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 268 y ss.; Philips, Michael, “Bribery”, en *Ethics*, n.º 94, 1984, págs. 621 y ss.; Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción”, en *Claves de razón práctica*, n.º 56, 1995, págs. 26 y ss.; Zimmermann, Till, “Korruption und Gobernation”, en *ZStW*, n.º 124, 2012, págs. 1027 y ss.

²² Sobre las características definitorias del engaño y de la trampa sin engaño, como componentes morales que describen la ilicitud material de algunos delitos penales, cf. Green, ob. cit. en nota 19, págs. 117 y ss.

personas absueltas o sobreseídas— que deberían poder ser revisados. Me refiero, concretamente, al abuso de una posición de poder. Si sólo se exige fraude para revisar absoluciones o sobreseimientos firmes, el resultado será sobreinclusivo: un imputado en un caso de criminalidad común, socialmente desaventajado pero perspicaz, para lograr su absolución puede engañar no sólo a jueces y fiscales sino también hasta a su propio abogado defensor; pero con ello no abusa de una posición de poder (porque no la tiene). Lo mismo puede decirse de un tramposo con esas características.

Pues bien, admitir la revisión de una absolución o de un sobreseimiento firme en casos como estos sería ir demasiado lejos: en todo caso, si un defraudador así tiene éxito, será porque sabe aprovecharse de defectos del sistema o de los funcionarios que lo investigan o juzgan. Pero eso no basta para que esté justificado reabrir una causa penal que termina con alguna de esas decisiones y que hizo cosa juzgada. El *ne bis in idem*, en nuestro sistema jurídico, es un derecho constitucional de singular peso. Su restricción, por tanto, sólo puede estar justificada frente a situaciones especialmente graves, y no creo que tenga esa gravedad el caso que acabo de describir. Es necesario, entonces, demostrar que hubo maniobras suficientemente contundentes como para que pueda ser afirmado que el sistema estatal de persecución penal fue corrompido o que fue empleado corruptamente, incluso con conocimiento y colaboración de los funcionarios competentes (aunque no necesariamente con culpabilidad si el medio empleado es la coacción, por ejemplo), para lograr el beneficio ilícito que aquí se describe. Esto sí sería especialmente grave.

Por otra parte, tampoco es suficiente que la cosa juzgada en cuestión sea *írrita* para que esté justificada su revisión. “Írrito” significa, simplemente, nulo, o sin ningún valor. Es sabido, sin embargo, que la revisión —al menos en cuanto atañe a su motivo central— no está prevista para revisar vicios formales de procedimiento, incluso si son de entidad suficiente como para haber podido fulminar de nulidad un proceso, de haber sido detectados a tiempo.²³ Por supuesto que un caso de cosa juzgada corrupta implicará la nulidad del proceso que la precedió, pero no por el mero hecho de la vulneración de normas procesales con perjuicio efectivo para alguien (que sí es condición suficiente para declarar una nulidad), sino por las *razones* que motivaron esas violaciones a las

²³ Cf. al respecto, por todos, Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo V, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009, págs. 566 y ss.

normas adjetivas. En suma, nulidad –sin más– detectada *ex post* tampoco es condición suficiente para que esté justificada la revisión de absoluciones o sobreseimientos firmes.²⁴ Se dirá que “irrito” o “fraudulento” son utilizados aquí no en sentido propio o técnico, sino metafóricamente, para hacer referencia precisamente a lo corrupto. Pero entonces es mejor usar esta última palabra.

Por eso, para que ya en el uso mismo del lenguaje quede claro cuáles son las circunstancias (o clase de circunstancias) que nos autorizan a expresarnos en estos términos, es preferible, me parece, hablar de “cosa juzgada corrupta”, y no de (mera) cosa juzgada fraudulenta o irrita. Es cierto, no obstante, que es muy difícil –y no tan importante– modificar terminologías ya muy consensuadas. Valga entonces lo dicho aquí para que simplemente se tenga presente que, cuando se alude a la cosa juzgada irrita o fraudulenta, se está haciendo referencia, en rigor, a situaciones en las que se logró una ventaja ilícita por violarse un deber posicional, a partir del abuso de una posición de poder; en suma: merced a corrupción.²⁵

El componente corrupto, por lo demás, deja rápidamente en claro que lo que se busca con esta restricción al *ne bis in idem* –que permite algo tan serio como una doble persecución penal– es impedir la impunidad del poderoso, no la de cualquier ciudadano común. Sólo el poderoso tiene capacidad de corromper y de ser corrompido, y sólo el corrupto o el favorecido por corrupción, en tanto generan un estado de cosas sumamente grave o se benefician por éste, merecen ese trato tan severo. Será corrupción pública si quienes obran de ese modo, corrompiendo o corrompiéndose, son funcionarios estatales (jueces, fiscales, integrantes de otros poderes del Estado); o será corrupción privada si se trata de imputados (o de colaboradores suyos) que, por su posición de poder en el ámbito privado, son capaces de lograr esa clase de beneficios, o bien sobornando o simplemente influyendo indebidamente a funcionarios judiciales (en cuyo caso habrá corrupción por doble vía), o bien coaccionando.

Lo señalado en los párrafos precedentes, con todo, son condiciones ciertamente necesarias para que pueda hablarse de corrupción, pero no suficientes, a mi juicio, para capturar, en su total dimensión, el problema aquí involucrado. Porque lo corrompido en

²⁴ De acuerdo con esto, en lo esencial, Orce, Guillermo, “Segunda parte”, en Morgenstern, Federico/Orce, Guillermo, ob. cit. en nota 10, págs. 305 y ss.

²⁵ Cf. Pérez Barberá, ob. cit. en nota 19, págs. 315 y ss.

este contexto son instituciones y funcionarios *públicos*: aunque corrompa un ciudadano particular, se corrompe al proceso penal y a quienes deben llevarlo a cabo. Peor aún, naturalmente, si quien corrompe también es un funcionario público. Pues bien, si interviene lo público, ya las cosas adquieren otra envergadura.

Por supuesto que es un corrupto el tenista que se deja ganar un partido para que él mismo u otros, por el sistema de apuestas, obtengan un lucro indebido. Por supuesto que es un corrupto el empresario que, para birlarle un contrato de provisión de mercaderías a un competidor, le ofrece una ventaja indebida al dueño de la empresa privada a la que pretende proveer.²⁶ En todos estos casos se presentan, en efecto, los tres elementos de la corrupción que ya mencioné antes. Sin embargo, parece claro que ninguno de esos casos es tan grave como aquellos en los que se corrompe lo público. Es importante, entonces, determinar por qué.

Creo que la razón es la siguiente: en verdad, la corrupción, cuando involucra a lo público, implica algo más que deslealtad, abuso de poder y satisfacción de finalidades egoístas. Coincido, en ese sentido, con algunos enfoques contemporáneos que tratan de enfatizar que, *además* de eso, lo que torna a la corrupción de lo público un mal de tan intensa gravedad es que expresa, tanto del lado del corrupto como del corruptor, un completo desapego, incluso emocional, respecto de aquello de “sagrado” –en sentido cívico– que lo público debería representar para esas personas.²⁷

En efecto, colocar a la obtención de ventajas personales, para sí o para otro, por encima de aquella sacralidad, exige no *sentir* ese “amor” por lo público que tan bien describieron los *framers* de la Constitución de los Estados Unidos en el siglo XIX.²⁸ La corrupción implica, ciertamente, vulneraciones serias a la igualdad y a otros valores esenciales de una sociedad democrática. Pero si involucra a lo público es más que eso. Porque en tal caso implica, por sobre todo, la ausencia de ese posicionamiento moral de respeto reverencial hacia aquello que lo público representa en una sociedad así. Por eso

²⁶ Esto, que se conoce como “corrupción privada”, es de hecho una contravención gravísima en Alemania, con penas similares a las que, entre nosotros, se aplican a las personas jurídicas en el marco de la ley n.º 27.401. Véase, al respecto, la ley de contravenciones administrativas de ese país (OWiG, § 30).

²⁷ Cf. en este sentido Teachout, Zephyr, *Corruption in America. From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United*, Harvard University Press, Cambridge MA/London, 2014, págs. 276 y ss.; también Underkuffler, Laura, *Captured by Evil. The Idea of Corruption in Law*, Yale University Press, New Haven/London, 2013, págs. 223 y ss.

²⁸ Así Teachout, op. cit. en nota 25, pág. 4 y *passim*.

es tan profunda su inmoralidad intrínseca, más allá del daño económico que produce y de las consecuencias aciagas que sin dudas genera, también, en el terreno de la justicia y de la igualdad.²⁹

En esta línea se ha dicho, con razón, que “esta descripción del proceso de corrupción revela dos supuestos principales. En primer lugar, se asume que en un orden gubernamental no corrupto hay ciertas normas sociales y bienes públicos que deben colocarse más allá del espíritu de la determinación, la competencia y el acaparamiento individual. Y, en segundo lugar, se asume que es la difuminación de la línea entre esas normas sociales trascendentes y la esfera del interés propio individual lo que insta a descender a la espiral de la corrupción. Por ejemplo, nosotros (como sociedad) situamos la aplicación equitativa de la ley, el juicio intachable de los legisladores, la imparcialidad de los jueces y otras normas sociales trascendentes por encima de las exigencias y luchas generadas por la competencia interpersonal y el acaparamiento individual. Cuando esas normas trascendentes se subvierten en intereses propios incompatibles, ocurre el fenómeno de la corrupción”.³⁰

Por eso es correcto que, ante un mal de semejante entidad, deban ceder, en ocasiones, incluso ciertas normas de especial peso en un Estado de derecho, como la del *ne bis in idem*. Porque no puede ser legítimo que éstas validen resultados no sólo delictivos, sino también tan profundamente inmorales que terminan afectando a la estructura misma de una sociedad democrática³¹ y, precisamente, del Estado de derecho, entendido como imperio de la ley generada y aplicada por instituciones públicas.

5. *Ne bis in idem* y reserva de ley

Como ya dije, en Alemania ambos supuestos de hecho (absoluciones simplemente falsas y absoluciones corruptas) habilitan la revisión en contra del imputado. En cuanto al primer supuesto, ello tiene su fundamento en el tenor literal de la regla constitucional que en ese país establece el *ne bis in idem*, más restrictiva que la de la CADH, en tanto dispone que nadie puede ser *penado* más de una vez por el mismo

²⁹ Así Teachout, op. cit. en nota 25, págs. 280 y ss.; Underkuffler, op. cit. en nota 25, págs. 223 y ss.

³⁰ Underkuffler, op. cit. en nota 25, págs. 232 y ss.

³¹ Cf. al respecto Garzón Valdés, ob. cit. en nota 19, pp. 37 y s.

hecho (la llamada “formulación sustantiva”).³² Frente a ese tenor literal, que en Alemania es respetado sin discusión atento su claridad, no hay ningún inconveniente en revisar absoluciones firmes ante hallazgos probatorios contundentes que desacreditan, por falsa, la inocencia del otrora imputado. Porque dicha persona, si luego es condenada a raíz de esa revisión, lo sería por primera vez.³³ Y es claro, asimismo, que la ley procesal alemana admite también la posibilidad de reabrir una causa penal en caso de que se dé el segundo supuesto de hecho (absolución falsa y corrupta). Ambos supuestos quedan abarcados, en efecto, por los primeros tres incisos del § 362 StPO.

La fórmula constitucional del *ne bis in idem* que rige en Argentina, en cambio, es más amplia que la alemana, en tanto, como ya se vio, el art. 8, inc. 4 de la CADH establece que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Esta redacción, desde luego, no es tan extensa como la mencionada “formulación procesal”, pero claramente protege también al *absuelto* por una sentencia firme de un nuevo sometimiento a proceso, y –al menos según su tenor literal– sin que interesen los motivos de la absolución (es decir, sin que importe si se debió a falta de prueba, a corrupción, o lo que sea).

En Argentina, entonces, parecería, frente a una mirada inicial, que no sería viable ninguna restricción que limite ese alcance del *ne bis in idem* que surge del texto constitucional, y que, por tanto, la revisión en contra del absuelto no sería conforme con la Constitución en ninguno de los dos supuestos analizados aquí: ni para absoluciones simplemente falsas ni para absoluciones corruptas. Esto, sin embargo, iría en contra no tanto del poco preciso adagio “ningún derecho es absoluto”, cuya base legal o constitucional por lo general no es explicitada por quienes lo invocan, sino, antes bien y más precisamente, de las normas constitucionales que consagran un principio general de reserva de ley, a saber: el art. 28 CN y el art. 30 CADH. Éstas, expresamente, establecen dos cosas: *i)* que, en principio, los derechos y garantías constitucionales son susceptibles de reglamentación o restricción; y *ii)* que tales restricciones tienen que ser

³² El art. 103.3 de la Constitución alemana reza, en efecto, lo siguiente: “Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales”.

³³ Cf. al respecto, por todos, Maier, ob. cit. en nota 1, págs. 598 y s.

establecidas por ley, y en particular por ley en sentido formal (“reserva de parlamento”).³⁴

Desde luego, no es lo mismo reglamentar que restringir. No todas las leyes que regulan el ejercicio de derechos constitucionales son restrictivas de tales derechos. Sólo lo son, naturalmente, las que, al reglamentarlos, los limitan (sin “alterarlos”, si lo hacen válidamente: CN, 28). Por supuesto que las leyes que restringen un derecho constitucional también establecen de forma más precisa su contenido y alcance, pero la inversa no rige: no toda ley que precisa el contenido y alcance de un derecho constitucional implicará, asimismo, una restricción de ese derecho.³⁵ En el caso que aquí nos interesa (el del *ne bis idem*) se trata, claramente, de una restricción, porque lo que se pretende es que esa garantía *no rija* en ciertos casos.

Conforme a lo que acabo de indicar, no habría ningún inconveniente en que, en Argentina, el alcance del *ne bis in idem* esté restringido *por ley* para determinados casos, en particular –y a mi juicio únicamente– para los supuestos de absoluciones o sobreseimientos corruptos. Creo, en efecto, que esta afirmación es acertada, pero que requiere una amplia fundamentación. En primer lugar, hay que explicar por qué esa restricción sería plausible sólo para casos de decisiones de esa clase que sean corruptas; y, en segundo lugar, por qué sería jurídicamente viable siempre que esté establecida por

³⁴ Con detalle al respecto Pérez Barberá, Gabriel, “El principio general de reserva de ley (o principio general de legalidad) en la doctrina alemana”, en Rivera (h), Julio César/Elias, José Sebastián/Grosman, Lucas Sebastián/Legarre, Gonzalo (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, págs. 330 y ss., con amplias referencias a la literatura alemana sobre el tema.

³⁵ Sobre todo esto cf. Webber, Grégoire, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, págs. 1 y ss.; Degenhart, Christoph, “Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeschränkung”, en Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, C. F. Müller, Heidelberg, 2009, t. III, págs. 257 y ss. Hay leyes, en efecto, que al reglamentar un derecho constitucional no necesariamente lo restringen, sino que establecen con más precisión su alcance, como ocurre, por ejemplo, con las normas procesales que reglamentan el derecho constitucional de defensa en juicio, estableciendo v.gr. que, al momento de indagarse al imputado, debe primero explicársele con claridad el hecho que se le imputa, luego exhibírsele la prueba en su contra, luego aclarársele que tiene derecho a no declarar y que si no lo hace eso no podrá ser valorado como un indicio de culpabilidad, etc. (así, por todos, CPP Córdoba, 261). En la doctrina nacional, la cuestión de la distinción entre leyes que restringen y leyes que precisan el contenido y alcance de los derechos constitucionales no está demasiado trabajada, salvo, hasta lo que he podido ver, en Larsen, Pablo, *Discrecionalidad judicial, derechos fundamentales y proceso penal* (en prensa). De todas formas, unas y otras leyes están sometidas a los requisitos materiales que impone el principio general de reserva de ley, es decir, todas deben ser suficientemente determinadas y proporcionales en sentido estricto, entre otros requisitos. Sobre esto último, con detalle, Pérez Barberá, op. cit. en nota 32, págs. 358 y ss.

ley. Me ocuparé de inmediato, muy brevemente, del primer problema, y más adelante del segundo.

6. El ámbito de lo propiamente intangible en favor del absuelto y del sobreseído

Lo primero que, me parece, debe ser explicado, es por qué, frente a una formulación constitucional del *ne bis in idem* como la vigente en Argentina, el ámbito de protección de esa garantía debe abarcar, sin excepción alguna, los casos de absoluciones o sobreseimientos falsos *no* corruptos. La explicación es muy sencilla: porque en un sistema como el nuestro, en el que el *ne bis in idem* protege también a quienes son absueltos o sobreseídos, los casos de absoluciones o sobreseimientos falsos *no* corruptos conforman el supuesto paradigmático de su aplicación. Por lo demás, si esta garantía no tuviese aplicación en casos de decisiones de esa clase corruptas, y tampoco en supuestos en los que tales decisiones sean simplemente falsas, entonces, lisa y llanamente, no tendría *ninguna* aplicación, al menos en el marco de la legislación vigente entre nosotros sobre revisión.

En efecto, si también las absoluciones y los sobreseimientos simplemente falsos estuviesen exceptuados del *ne bis in idem*, entonces, como casos no exceptuados, quedarían abarcados únicamente aquellos en los que se absolvió o sobreseyó a un inocente (es decir, absoluciones o sobreseimientos “verdaderos”), pero vulnerándose, sin corrupción, reglas procesales (y de modo tan sutil que sólo fue posible descubrirlo después de que quedase firme la sentencia). Sin embargo, en nuestro país el recurso de revisión –en cuanto atañe a su motivo central– no ha sido legislado para reexaminar vicios de legitimidad, sino, únicamente, para corregir errores epistémicos crasos (es decir: falsedades decisivas). Fuera de esto, aun si el recurso de revisión fuese distinto, sería irrazonable que la aplicación del *ne bis in idem* quedara limitada a supuestos apenas concebibles.

Muy distinta es la situación, en cambio, si la absolución o el sobreseimiento no sólo consagró una falsedad, sino que, además, se llegó a eso a través de maniobras corruptas. Si ello es así, parece muy sensata –sin perjuicio de lo que luego especificaré al respecto– la afirmación tanto de la CSJN como de la Corte IDH en el sentido de que, entonces, previo a tal decisión no ha habido un juicio genuino (entendido “juicio”, aquí, en sentido amplio, como “proceso”), sino, antes bien, un “remedo de juicio”. Y esto,

como bien se ha dicho,³⁶ permite pensar que sería no sólo admisible, sino necesario y hasta urgente restringir el *ne bis in idem*, de modo tal que su aplicación no conduzca a la validación de la ostensible ilegitimidad (e injusticia si tales decisiones, además de corruptas, son falsas) que implica permitir la impunidad de quien se ha valido de tales métodos o ha sido favorecido por éstos.

A continuación, me ocuparé entonces de este supuesto en particular, y de las razones que fundamentan su exclusión del ámbito de protección de la garantía constitucional que prohíbe someter a nuevo proceso a quien ha sido sobreseído o absuelto.

7. Justificación de la exclusión de absoluciones y sobreseimientos corruptos del ámbito de aplicación del *ne bis in idem*

De la lectura de la doctrina y de la jurisprudencia (sobre todo de los Estados Unidos) en torno a casos de no aplicación del *ne bis in idem* (o de no aplicación de la prohibición del *double jeopardy*) ante absoluciones corruptas, he detectado que se acude a (cuanto menos) tres argumentos diferentes para justificar que aquella garantía no rija. Los identificaré como A1, A2 y A3. Algunos de esos argumentos han sido esgrimidos también por la CSJN. Por otra parte, y ya en lo que atañe a nuestro derecho, aparecen como *prima facie* plausibles dos vías diferentes para concretizar el sometimiento a nuevo juicio del absuelto (y del sobreseído) por corrupción: la judicial y la legislativa. La primera es la adoptada hasta ahora por la jurisprudencia argentina; la segunda, a mi juicio, es la correcta. Las identificaré como VJ y VL, respectivamente. En este apartado corresponde que me ocupe, únicamente, de A1, A2 y A3. En el siguiente me referiré a VJ y VL.

De acuerdo con A1, absolución corrupta implica inexistencia de riesgo de condena; de acuerdo con A2, absolución corrupta implica pérdida del derecho a reclamar que se impida un nuevo sometimiento a juicio o proceso; y de acuerdo con A3, absolución corrupta implica inexistencia de juicio (otra vez: en el sentido amplio de “proceso”). Son tres argumentos claramente diferentes, cada uno con sus propios aciertos y desaciertos o inexactitudes. Y si ello es así, entonces lo correcto, me parece, es no sólo llevar a cabo un análisis por separado de cada uno, sino que, una vez

³⁶ Morgenstern, op. cit. en nota 10, pág. 196; Orce, op. cit. en nota 22, pág. 317.

examinados todos, se asuma como fundamento de la no aplicación del *ne bis in idem* únicamente al menos defectuoso de los tres, o mejor expresado: a aquel que resulte suficientemente consistente (y con los ajustes que requiera para serlo, en su caso).

Sin embargo, por lo general la doctrina y la jurisprudencia explica (y aplica) A1, A2 y A3 en forma conjunta y hasta desordenada, sin mayor rigor analítico, como si en realidad conformaran un único argumento.³⁷ En lo que sigue expondré y evaluaré a los tres, y optaré por uno, previo ajustarlo del modo en que, creo, corresponde. Cabe reiterar aquí la aclaración de que, aun cuando en su origen estos argumentos se refieran sólo a absoluciones, por lo ya dicho serían aplicables, al menos en nuestro derecho, también a sobreseimientos. Toda vez que aluda a absoluciones, entonces, deberá entenderse que lo hago en el sentido amplio ya indicado, que abarca tanto a las absoluciones propiamente dichas como a los sobreseimientos o cualquier otra decisión que implique una absolución anticipada.

a) Inexistencia de riesgo de condena (A1)

Este argumento tiene como punto de partida la justificación del *ne bis in idem* como garantía tendiente a asegurar que nadie sea sometido más de una vez al *riesgo* de ser condenado. Pues la exposición a tal clase de riesgo implicaría, para el imputado, tener que soportar molestias y costos de toda índole, que el Estado estaría ciertamente legitimado a ocasionar, pero una sola vez.³⁸ Pues bien, según este argumento, el imputado que logra una absolución merced a maniobras corruptas no sufre, en realidad, ese riesgo; porque está protegido por esa red de corrupción que conducirá a su desvinculación definitiva del proceso.³⁹ Ahora bien, ¿realmente estará siempre protegido contra todo riesgo de condena?

Bien se ha dicho que, en casos de manejos corruptos de un proceso penal –en aras de obtener una absolución o incluso un sobreseimiento–, el imputado, no obstante, puede correr un riesgo real de condena, o por lo menos experimentar la angustia de no saber si esas maniobras tendrán éxito y, por tanto, tener –siquiera por momentos– un

³⁷ Es lo que se advierte por ejemplo en el desarrollo de Morgenstern, ob. cit. en nota 10.

³⁸ Esto es lo que se dice en el famoso voto del juez Black en “Green” (335 U.S. 184); también la CSJN sostiene este argumento como fundamento del *ne bis in idem*, por ejemplo en “Polak” (*Fallos CSN*, t. 321, p. 282).

³⁹ Este fue el argumento utilizado, en Estados Unidos, en el muchas veces citado caso “Aleman” (US 7th. Circuit Court of Appeals, 6/3/1998).

temor genuino a ser condenado.⁴⁰ Y se puede decir, incluso, que no es poco probable que, en casos como estos, haya lapsos en los que objetivamente (esto es, con independencia de lo que el imputado crea al respecto) no sea seguro el logro del objetivo corrupto y que, en consecuencia, el imputado corra realmente ese riesgo.

Lo que muestra esta objeción es que, en la medida en que la inexistencia de riesgo real de condena en casos de absoluciones o sobreseimientos corruptos es nada más que una posibilidad, es decir, nada más que un hecho contingente y hasta de difícil concreción en términos tan fuertes (“inexistencia”), no es plausible erigir esa condición empírica como *necesaria* para que esté justificado que, en tales supuestos, se inicie contra el favorecido un nuevo juicio o proceso.

Ese nuevo juicio también estaría justificado si se demostrara que el imputado sí sufrió algún riesgo real de condena, incluso durante la mayor parte de la tramitación del proceso (por ejemplo, si desde el inicio de la investigación todo fue impoluto, pero se pagó un soborno decisivo al tribunal de juicio justo antes de que dictara sentencia). Al es, por tanto, infrainclusivo. Por lo demás, el peso determinante de un argumento justificatorio como este, que involucra casos en los que está presente un fuerte interés público, no puede residir en lo que le pasa *al imputado*, y mucho menos en lo que siente.

b) Pérdida del derecho a reclamar (A2)

Este argumento reza, básicamente, lo siguiente: quien se valió de medios corruptos para obtener una absolución, o fue beneficiario de maniobras corruptas perpetradas con esa finalidad, no puede pretender que el alcance de una garantía constitucional sea tal que le permita beneficiarse de su propia corrupción o de la corrupción de terceros operada para él.⁴¹ Es decir, no tiene derecho a reclamarle al Estado que no lo “agreda” con una nueva persecución penal, porque él, antes, ha “agredido” ilegítimamente al Estado. Resuena aquí, como se ve, algún eco de la lógica de la legítima defensa: si te agredí ilegítimamente, estoy obligado a tolerar que me

⁴⁰ Cf. Rudstein, op. cit. en nota 17, págs. 263 y ss.

⁴¹ Sobre este argumento cf. Rudstein, David. R., “Double Jeopardy and the Fraudulently-Obtained Acquittal”, en *Missouri Law Review*, n.º 60, 1995, pág. 641; Reed Amar, Akhil/Marcus, Jonathan, “Double Jeopardy after Rodney King”, en *Columbia Law Review*, n.º 95, 1995, pág. 55; Rudstein, ob. cit. en nota 16, pág. 260; Dennis, Ian, “Prosecution Appeals and Retrial for Serious Offences”, en *Criminal Law Review*, 2004, pág. 630.

agredas. Y también, por supuesto, la lógica de la prohibición del enriquecimiento sin causa, o la de no poder aprovecharse de los beneficios de la propia ilicitud.⁴²

A2, sin embargo, presenta una debilidad similar a la de A1: es infrainclusivo. Porque perfectamente puede ocurrir que el imputado (luego absuelto o sobreseído) no haya llevado a cabo ninguna maniobra corrupta, ni sabido o siquiera sospechado que otros lo hicieran, y que no obstante esté justificado que ese procedimiento sea anulado y que se le inicie uno nuevo. Estamos pues, nuevamente, ante una circunstancia meramente contingente, en el sentido de que es ciertamente habitual que se dé en casos de procesos corruptos, pero que no es necesario que ocurra para que esté justificada su anulación y la realización de un juicio nuevo.

Piénsese, por ejemplo, en un caso en el que el hijo de un abogado influyente, millonario y aspirante a ocupar un cargo político muy importante, es acusado (con justicia, porque cometió el hecho) del homicidio imprudente de una persona. El joven, un estudiante de arquitectura, está tan angustiado y arrepentido que ve en el castigo penal una forma de redención, confiesa el hecho ante el juez y quiere que lo condenen. Su padre, sin embargo, entiende que eso afectará seriamente su carrera política, y sin que su hijo sepa nada al respecto soborna al juez para que invente una nulidad insalvable y lo sobresea, cosa que el juez hace; después, el padre soborna al fiscal para que no apele, el fiscal “cumple” y el sobreseimiento queda firme. El padre le explica a su hijo que así son las cosas en “la justicia”, que las formas importan tanto como el fondo, etc., y que el caso está bien anulado. Su hijo lo acepta y comienza una terapia psicológica para superar la culpa.

Pues bien, si la cuestión dependiera esencialmente de lo que el imputado tiene derecho a reclamar en función de lo que hizo, en este caso tendría derecho a exigir que no se le inicie un nuevo proceso, porque él no fue corrupto y ni siquiera supo nada de las maniobras de su padre, ni tenía por qué conocerlas. Nuevamente: la fundamentación de que un proceso penal sea anulado por corrupción y que por tanto esté justificado iniciar otro, por el mismo hecho, contra el absuelto o sobreseído con sentencia firme, no

⁴² Así, por ejemplo, el CCC, 1794. Una buena fundamentación de A2 puede verse en Orce, op. cit. en nota 22, aunque por momentos mezcla premisas de A2 (no se tiene un derecho a beneficiarse de la propia ilicitud) con premisas de A3 (no hubo juicio porque fue una farsa).

puede depender –o cuanto menos no en forma decisiva– de circunstancias vinculadas únicamente a la actitud, al conocimiento o incluso a los actos de quien fuera imputado.

c) Inexistencia de juicio o proceso (A3)

Este es, a mi modo de ver, el argumento más prometedor, aunque requiere ajustes importantes. Y es, en lo esencial, el sostenido por la jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH, aunque tanto un tribunal como el otro incluyen en sus fundamentos alguna “dosis” de A1 y A2, completamente redundantes. Como vimos, la premisa principal de A3 es que los procesos penales que concluyen con absoluciones corruptas no son procesos genuinos, sino un remedo de procedimiento, o una farsa, etc. Se dice, en suma, que *no ha habido* proceso o juicio. La conclusión, entonces, es que, si no hubo juicio, no puede decirse que ha tenido lugar una primera persecución penal contra el absuelto. Someterlo a un juicio no corrupto tras la absolución corrupta no sería, entonces, someterlo a un *nuevo* juicio, sino a un primer juicio; en consecuencia, no rige el *ne bis in idem*, cuya aplicación exige como presupuesto la existencia de un juicio anterior, que aquí es negada.⁴³

Sin embargo, así formulado (y así *es* formulado, por lo general), el argumento presenta una debilidad ostensible: ¿cómo que no ha habido un juicio (en el sentido, en su caso, no sólo de juicio propiamente dicho, sino también de “proceso”)? Por supuesto que lo hubo, sólo que fue un juicio crasamente ilegítimo por corrupto y, por tanto, rotundamente nulo. Negar que haya habido proceso cuando éste ha sido corrupto implica caer en la falacia de la barrera definicional (*definitional stop*).⁴⁴ Esta falacia se caracteriza por considerar que una determinada condición es relevante para la *definición* de una práctica, cuando en realidad lo es para su *justificación*. Un proceso penal corrupto es un proceso, sólo que es un proceso ilegítimo y, por eso, no justificable.

Incurrir en esta falacia es problemático no sólo por el error en sí que la caracteriza, sino por las consecuencias que genera en las fundamentaciones que la emplean, por lo general ligadas a la pereza argumental. Porque en tales casos pueden

⁴³ Este es el razonamiento de la jurisprudencia argentina y regional que ya he citado.

⁴⁴ La expresión es de Hart, H. L. A., “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en El Mismo, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2.^a ed., Oxford University Press, New York, 2008, pág. 5, con referencia a la discusión relativa a si una pena inmerecida no es una pena o si lo es, pero ilegítima.

ocurrir, como mínimo, tres cosas: una posibilidad es que se excluya de entrada de la discusión a quienes sostienen doctrinas justificatorias diferentes a la incluida en la definición, sin permitirles la chance, por tanto, de ofrecer sus razones y en todo caso rechazarlas, también, con razones, y no con un mero bloqueo definicional. Otra posibilidad es que se reduzca o se excluya la posibilidad de crítica moral, política o ideológica a una determinada práctica; porque si se sostiene que una práctica que contiene dichos déficits *no es*, en rigor, esa práctica, entonces no resulta necesario esgrimir razones de esa índole para criticarla.⁴⁵ Y la tercera posibilidad (que es la que interesa aquí) es que quien incurra en esta falacia se ahorre tener que argumentar con precisión por qué, en tales casos, la ilegitimidad de que se trata es *tan* crasa. Dicho esto mismo pero en relación con el presente contexto, quien dice que un juicio corrupto no es un juicio se ahorra tener que explicar por qué, si hay corrupción, la nulidad del juicio *que existió* es suficientemente grave como para que esté justificado excluir la aplicación del *ne bis in idem*, y por qué en cambio, en otros casos, la nulidad de un juicio no autoriza llegar tan lejos.⁴⁶

Juicios (o procesos) corruptos son, ciertamente, juicios. Si los hubo, habrá que considerarlos existentes, porque existieron, hacerse cargo de que algo así haya podido llegar a suceder en un Estado de derecho y buscar los medios constitucionales válidos para que, en ese mismo marco jurídico, sean neutralizadas las consecuencias moral e institucionalmente catastróficas que se derivan de un hecho con tales características. Decir “un proceso corrupto no es un proceso” es demasiado cómodo, casi como esconder la basura bajo la alfombra. En suma: un procedimiento penal así es un (primer) procedimiento, pero tan crasamente ilegítimo que no puede dar lugar a que, a su respecto, rija una norma constitucional que permita considerar intangible a su resultado. Pero no porque el luego corruptamente absuelto o sobreseído no hubiese sufrido riesgo real alguno de condena, ni porque no tenga derecho a invocar esa garantía por haber sido él corrupto, etc. Estas son, como dije, cuestiones contingentes. Lo que explica tan grave ilegitimidad es que, objetivamente, un juicio así socava de tal modo las bases

⁴⁵ Sobre todo esto cf. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho* (traducción de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, págs. 258 y ss.

⁴⁶ La principal virtud que, a mi juicio, tiene el trabajo de Orce es que no incurre en esta falacia, y por eso se toma el trabajo de explicar muy minuciosamente la diferencia entre un juicio “completamente” nulo, por corrupto, y un juicio “parcialmente” nulo por haber sido violada, en su tramitación, alguna regla procesal aislada. Cf. Orce, ob. cit. en nota 22, págs. 308 y ss.

mismas de una sociedad democrática que resulta no sólo admisible, sino también necesario que el derecho, si existen normas que establecen como regla la intangibilidad de la cosa juzgada, las restrinja.⁴⁷

Ese es el caso, por supuesto, cuando se descubre que el condenado por una sentencia firme que después se revela corrupta es inocente (allí están las normas de la revisión clásica, a favor del condenado, para restringir aquella intangibilidad). Pero también lo es si se constata que es la *inocencia* declarada por sentencia firme lo que fue obtenido mediante corrupción. Para resumir: todo lo dicho más arriba acerca de las razones por las que la corrupción erosiona al Estado de derecho y a la democracia misma –como sistema regulatorio de libertades– para tender a una convivencia entre iguales comprometidos con la sacralización moral de lo público como garantía de esa forma de vida, vale como fundamento de la legitimidad de una restricción al *ne bis in idem* en una hipótesis así.

8. ¿Restricción pretoriana o legal del *ne bis in idem*?: VJ versus VL

La escasísima doctrina argentina que está de acuerdo con que el *ne bis in idem* sea restringido para casos de absoluciones o sobreseimientos firmes pero corruptos sostiene, con mayor o menor fuerza, que no es necesario que esa restricción opere por ley. Se entiende, en esa línea, que para lograr la reapertura de un proceso penal terminado en esas condiciones es viable emplear una herramienta ya legislada, como la nulidad, aunque de una manera *no legislada* en Argentina para los procesos penales, a saber: como acción autónoma de nulidad. Se sostiene, en esencia, que así como en su momento fue viable encausar acciones de amparo pretorianamente (esto es, a través de la jurisprudencia, aplicándose directamente la Constitución aunque no hubiera ley regulatoria), así también sería transitable esa misma senda judicial para plantear la necesidad de someter nuevamente a proceso a quien fue desincriminado en forma corrupta.⁴⁸

⁴⁷ Así Roxin, ob. cit. en nota 3, pág. 492; Dennis, ob. cit. en nota 16, pág. 235; Morgenstern, ob. cit. en nota 10, págs. 183 y ss.; Orce, ob. cit. en nota 22, págs. 305 y s.

⁴⁸ Así Morgenstern, ob. cit. en nota 10, pág. 180; Orce, por su parte, cree que una ley sería deseable para restringir el *ne bis in idem* en estos casos, pero admite no obstante que sería válido anular el proceso corrupto por vía meramente jurisprudencial (así Orce, ob. cit. en nota 22, págs. 321 y s.).

Sin embargo, una cosa es que los jueces apliquen directamente la Constitución para tornar operativos derechos fundamentales cuyo modo de ejercicio aún no ha sido reglamentado –como paradigmáticamente ocurrió con la acción de amparo en sus comienzos⁴⁹–, y otra, muy diferente, es que se sostenga que los jueces están legitimados, aun sin ley previa que expresamente lo autorice, a *restringir* un derecho o garantía constitucional, que es de lo que aquí se trata. Como ya dije, tanto el art. 28 CN como el 30 CADH habilitan a que los derechos constitucionales sean restringidos, pero a la vez establecen que tal restricción debe operar por ley (principio de legalidad en sentido amplio, o principio general de reserva de ley).⁵⁰

La finalidad central del principio general de reserva de ley consiste, precisamente, en dejar en manos del parlamento, y no de los jueces, las restricciones a los derechos constitucionales (al menos las restricciones más importantes).⁵¹ Por supuesto que, después de sancionada la ley, los tribunales, y en última instancia la Corte Suprema, podrán ejercer el pertinente control de constitucionalidad de las leyes restrictivas de esa clase de derechos, analizando, en particular, su razonabilidad.⁵² Pero nuestro sistema constitucional, en tanto establece el mencionado principio de legalidad o de reserva de ley,⁵³ taxativamente prohíbe que un juez –cualquier juez– pueda limitar, por su cuenta, el alcance de un derecho constitucional que previamente no ha sido restringido por ley. Ni siquiera la CSJN puede hacerlo: todo lo que le está permitido (por la propia CN) es avalar o invalidar restricciones establecidas por el legislador.

No se me escapa que lo dicho en el párrafo anterior está un tanto alejado de la praxis de la Corte Suprema, que, si bien no a menudo, lo cierto es que en ocasiones restringe derechos constitucionales respecto de los cuales no ha habido ley previa que

⁴⁹ Cf. los conocidos casos “Siri” (*Fallos CSN*, t. 239, p. 459), “Kot” (*Fallos CSN*, t. 241, p. 291) y, más recientemente, con relación al denominado “amparo colectivo”, “Halabi” (*Fallos CSN*, t. 332, p. 111).

⁵⁰ Con detalle, al respecto, Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 330 y ss.

⁵¹ Que se trate de *las más importantes* es lo que intenta poner de relieve el estándar de lo esencial (*Wesentlichkeitstheorie*) del Tribunal Constitucional alemán. Véase Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 389 y ss.

⁵² Acerca de la doctrina de la razonabilidad de ley, elaborada por la Corte a partir del art. 28 CN, véase el conocido caso “Inchauspe” del año 1944 (*Fallos CSN*, t. 199, p. 483), entre muchos otros. Esta doctrina es materialmente equivalente a la que, en Alemania, se construyó en torno al principio general de reserva de ley. Cf. al respecto Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 362 y ss.

⁵³ Que pasa a ser *reserva de parlamento* si lo que se requiere es ley en sentido formal, tal como lo exige la Corte IDH (Opinión Consultiva n.º 8/86, del 9/5/1986) y tal como de hecho es el caso en el derecho comparado (en Alemania, por ejemplo) cuando se trata de restricciones a derechos fundamentales. Ampliamente al respecto Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 387 y ss., con múltiples referencias bibliográficas y jurisprudenciales de ese país.

establezca limitaciones.⁵⁴ Pero esa es una praxis equivocada. Fuera de que por derecho constitucional expreso es necesaria ley (previa, determinada, escrita, estricta y proporcional)⁵⁵ para establecer restricciones importantes a derechos de ese rango, tal exigencia tiene un fundamento material robusto: las decisiones más significativas respecto del alcance de los derechos constitucionales no pueden quedar en manos del poder del Estado con menos legitimidad democrática, a saber: el poder judicial. La conocida “objeción contramayoritaria”⁵⁶ adquiere aquí, en efecto, un peso especial. Dicho con el lenguaje del Tribunal Constitucional alemán, las *decisiones* esenciales al respecto tienen que quedar en manos del legislador (*Wesentlichkeitstheorie*, o estándar de lo esencial).⁵⁷ Eso es lo que ha querido la Constitución al establecer, precisamente, un principio de reserva de *ley* para la restricción de esa clase de derechos.

Desde luego que será la CSJN la que, finalmente, delimitará el alcance de todos los derechos fundamentales, por cuanto, como ya dije, puede evaluar la constitucionalidad de una restricción legal previa, y tras esa evaluación el derecho en cuestión podrá adquirir un alcance mayor o mantener el querido por el legislador. Pero lo que la Corte no puede hacer es recortar un derecho constitucional más de lo que ya fue restringido por ley, ni tampoco restringirlo si antes no fue restringido por ley. Función de la Corte, para decirlo una vez más, es evaluar restricciones ya efectuadas por el Congreso de la Nación, pero no puede decidir las, ni ampliarlas.

Lo que hizo la CSJN en “Mazzeo” respecto del *ne bis in idem*, por tanto, es institucionalmente inadmisibles, por más correcta que, en sustancia, sea la doctrina que sentó allí. Y, por todo lo dicho, tampoco es institucionalmente admisible lo que hizo la

⁵⁴ Un ejemplo claro, por supuesto, es lo que hizo con el *ne bis in idem* en “Mazzeo” (*Fallos CSN*, t. 330, p. 3248).

⁵⁵ De conformidad con la dogmática alemana de los derechos fundamentales, los mandatos para el legislador que se derivan del principio general de reserva de ley son los mismos que aquellos que los penalistas conocen como corolarios del principio de legalidad del derecho penal material (esto es: ley previa, cierta, escrita y estricta) más el mandato de proporcionalidad (que básicamente exige que los derechos constitucionales no sean restringidos ni en exceso ni en defecto). Cf. al respecto Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 359 y ss., con numerosas referencias a la doctrina y jurisprudencia alemanas. En esencia, la CSJN sostiene lo mismo en el marco de su doctrina de la razonabilidad de ley (véase *supra*, nota 50).

⁵⁶ Fundamental al respecto Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *Yale Law Journal*, n.º 115, 2006, págs. 1346 y ss. Cf. también, en el mismo sentido, Webber, ob. cit. en nota 32, págs. 205 y ss.

⁵⁷ Ampliamente al respecto Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 389 y ss. con múltiples referencias bibliográficas y jurisprudenciales de ese país.

jurisprudencia argentina en “Galeano”:⁵⁸ en Argentina no había entonces –ni hay ahora– una ley que autorice restringir esta garantía, excluyendo su aplicación para casos de absoluciones o sobreseimientos corruptos. Y ello es no sólo jurídicamente obligatorio, sino también necesario desde un punto de vista práctico. Pues son muchas las cuestiones a regular para anular por completo un juicio previo y comenzar uno nuevo contra la misma persona y por el mismo hecho.

En efecto: ¿cómo ha de procederse? ¿Por dónde comenzar? ¿En una fiscalía o tribunal de investigación o directamente ante un tribunal de juicio? ¿O incluso ante el tribunal competente para la revisión (que en nuestro caso sería el de casación) si lo que se anula es una absolución? ¿Todo lo realizado en el proceso anterior es inválido o habrá actos y pruebas que podrán conservar su validez? ¿Puede un tribunal declarar de oficio la nulidad del juicio previo, o ello sólo es procedente a pedido de parte? ¿Debe realizarse –como en Alemania– un procedimiento sumarísimo previo para determinar la verosimilitud de lo planteado en la revisión respecto de la existencia de corrupción en el proceso anterior, y sólo en caso de que se tenga a eso como verosímil darse curso definitivo a la revisión, o esa evaluación ha de formar parte del procedimiento revisorio propiamente dicho? Y en tal caso, ¿qué estándar de prueba rige para tener por suficientemente verosímil a la existencia de corrupción? ¿Debe haber sólo sospecha seria de corrupción o, antes bien, un nivel más elevado de probabilidad al respecto? Podrían mencionarse, por supuesto, muchos interrogantes más.

Como se ve, son demasiadas cosas. Si se pretende anular un proceso previo por corrupto, e iniciarse otro contra la misma persona y por el mismo hecho, hay muchas cuestiones de detalle que deben ser reguladas de antemano para que sean practicadas de igual modo en todos los casos, y una regulación con semejante nivel de minuciosidad no es tarea propia de los tribunales, sino del legislador. La sanción de una ley que restrinja expresamente el *ne bis in idem* para casos como los descritos aquí, y que además regule con detalle cómo proceder en tales supuestos, es, en suma, jurídicamente obligatoria y prácticamente ineludible.

⁵⁸ Cf. Cámara Criminal y Correccional Federal, sala I, “Galeano”, causa n.º 39816, 29/6/2007. Morgenstern, en cambio, celebra el camino formal que, en ese caso, condujo a la sentencia que finalmente condenó al exjuez Galeano. Cf. Morgenstern, ob. cit. en nota 10, págs. 119 y ss.

Sin ley previa que expresamente establezca los términos de la restricción a un derecho fundamental, no sólo es contraria a la Constitución la restricción que establezca *motu proprio* un tribunal, sino también cualquier procedimiento llevado a cabo para, con base en esa restricción jurídicamente inválida, concretar las consecuencias que se siguen a partir de allí. Por eso, en los casos mencionados, la anulación del proceso corrupto anterior y el dictado de una nueva sentencia fueron inconstitucionales. Y en esto, naturalmente, nada influye el hecho de que lo actuado condujera a que por fin fuese condenado quien, sin dudas, lo merecía.

La obtención de justicia (retributiva), vía averiguación de la verdad,⁵⁹ así como el logro de decisiones propias de un Estado de derecho en términos de legitimidad, constituye sin dudas un interés público de muchísimo peso para nuestro ordenamiento jurídico. Por eso tiene que dictarse una ley que permita restringir el *ne bis in idem* en casos de absoluciones o sobreseimientos corruptos. Pero, aunque sea un lugar común, conviene no olvidar que, precisamente en un Estado de derecho, ni puede obtenerse justicia a cualquier precio, ni todo vale en términos de legitimidad. En síntesis: a mi modo de ver, el único camino viable en nuestro sistema jurídico para restringir el *ne bis in idem* es VL, no VJ.

9. ¿Es realmente restringible por ley el *ne bis in idem*? ¿O sólo lo es “por la Constitución”?

Ahora bien, cuando se está ante un derecho como el *ne bis in idem* tal como ha sido formulado por nuestro derecho constitucional, surgen de todos modos dos preguntas: dado el tenor literal de esa formulación, ¿puede realmente ser restringido ese derecho? Y en caso de que sí, ¿por qué ha de serlo necesariamente por ley? ¿No es acaso correcto que ciertos derechos constitucionales puedan ser restringidos directamente por los tribunales? En lo que sigue explicaré por qué surgen estos interrogantes, y ofreceré una respuesta.

⁵⁹ Acerca de la importancia fundamental de la búsqueda de la verdad objetiva como meta institucional del proceso penal y de las múltiples implicaciones que conlleva dicha meta, entre las que cabe mencionar la existencia de una relación epistémicamente conceptual entre prueba y verdad, cf. Pérez Barberá, Gabriel, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad”, en *Isonomía*, n.º 52, 2020, págs. 5 y ss.; y Pérez Barberá, Gabriel, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba”, en *Isonomía*, n.º 52, 2020, págs. 31 y ss.

En la discusión acerca de la legitimidad de lo dicho por la Corte en “Mazzeo”, Guzmán, por ejemplo, reconoce que los derechos constitucionales pueden ser restringidos por ley, pero, a la vez, sostiene que ello sería viable sólo respecto de derechos que ya en la Constitución vienen consagrados con reserva de ley específica, como por ejemplo el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados: al establecer ese derecho, en efecto, la misma Constitución indica que, no obstante, “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación” (CN, 18). El argumento, entonces, es el siguiente: como el *ne bis in idem* ha sido consagrado a nivel constitucional –esto es, en la CADH y en el PIDCP– sin esa expresa aclaración de que puede ser restringido por ley, entonces esa garantía *no sería restringible*, ni por ley ni por ninguna otra vía.⁶⁰

En mi opinión, esta inferencia de Guzmán es equivocada, pero –aun cuando esto que voy a señalar no estuvo considerado en su argumento– lo cierto es que el punto del que parte su reflexión es muy relevante para la dogmática de los derechos fundamentales, cuanto menos para la desarrollada en Alemania,⁶¹ que es tan sofisticada como la que supo producir ese país en materia penal.

En Alemania, en efecto, en este contexto se distingue entre dos clases de derechos fundamentales: los que han sido formulados con reserva de ley específica y los que, en su formulación, carecen de esa reserva de ley. Los primeros son, como dije, aquellos en los que en el propio texto constitucional se indica que pueden ser restringidos por ley (como el aquí citado de la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados). Los segundos, en cambio, no incluyen esa cláusula expresa de restringibilidad, como sucede, entre nosotros, con el *ne bis in idem*, o, en Alemania, con la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y la doctrina constitucional ampliamente dominante en ese país, estos últimos sí pueden ser restringidos, pero no por ley, sino “directamente por la Constitución”, es decir, por el juego ponderativo que se produce cuando colisionan un

⁶⁰ Así Guzmán, ob. cit en nota 9, págs. 226 y ss.

⁶¹ Para comprender lo esencial de su funcionamiento puede consultarse Pérez Barberá, Gabriel, “Dogmática de los derechos fundamentales”, en Rivera (h), Julio César/Elias, José Sebastián/Grosman, Lucas Sebastián/Legarre, Gonzalo (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, págs. 81 y ss.

derecho fundamental sin esa reserva de ley específica y otro derecho fundamental con o sin tal reserva de ley, o con un determinado interés público de rango constitucional.⁶²

Esa opinión dominante en Alemania entiende que no puede ser casualidad que los derechos fundamentales que protegen los valores más importantes (como la libertad de conciencia y religiosa, entre otros) no tengan reserva de ley específica en la Constitución, e interpretan esto como una señal clara del constituyente en el sentido de que la restricción de tales derechos tiene que estar sometida a reglas más estrictas que las de los derechos fundamentales que sí incluyen a la reserva de ley en su propia formulación. Reglas “más estrictas” en el sentido de que, desde el nivel meramente legal, no se los podría restringir, dado que ello sería admisible sólo desde el nivel constitucional.⁶³

Dicho en forma sencilla, nadie afirma, en Alemania, que los derechos constitucionales sin reserva de ley específica no son restringibles; se niega, únicamente, que puedan ser restringidos por ley. Ahora bien, ¿qué implica en ese país aceptar que una restricción pueda provenir de la aplicación directa “de la propia Constitución”?⁶⁴ Implica, claramente, instituir al Tribunal Constitucional como único órgano estatal legitimado para, en tales casos, restringir derechos fundamentales.

De esta comprensión del problema, aplicada al sistema constitucional de nuestro país, se siguen, como mínimo, dos cosas, y dos cosas bastante problemáticas. En primer lugar, que la restricción de los derechos constitucionales sin reserva de ley específica no pueda ser efectuada a partir de reglas generales (como paradigmáticamente lo son las establecidas por ley), sino de una sentencia judicial dictada, naturalmente, para resolver un caso concreto, lo cual va en cierto desmedro de la seguridad jurídica.⁶⁵ Porque en

⁶² Al respecto, con detalle y amplias referencias jurisprudenciales y doctrinarias de ese país, Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 407 y ss.

⁶³ Al respecto, con detalle y amplias referencias jurisprudenciales y doctrinarias de ese país, Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 407 y s.

⁶⁴ Al respecto, con detalle y amplias referencias jurisprudenciales y doctrinarias de ese país, Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 408 y s.

⁶⁵ En Alemania, en cambio, este problema está bastante mitigado por el hecho de que allí no todos, pero sí los fallos más relevantes del Tribunal Constitucional tienen “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*), y por tanto valen como ley general (véase el art. 94.2 de la Constitución alemana y el art. 31.2 de la ley que regula la actuación de ese tribunal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Persiste, de todos modos, la dificultad de que se trata de reglas generales no dictadas por el poder legislativo, y por tanto con insuficiente legitimidad democrática. Es muy habitual, con todo, que el parlamento, tras un fallo de ese tribunal que invalida una norma general por inconstitucional, dicte otra que se adecue a dicho fallo y, por tanto, a la Constitución. Cf. al respecto, por todos, Pieroth, Bodo, “Art. 94”, en Pieroth, Bodo/Jarass, Hans (eds.),

tanto la ley sea clara y las instituciones funcionen con cierta normalidad republicana y apego al Estado de derecho, su aplicabilidad para casos futuros será siempre más previsible que la aplicabilidad de un precedente judicial, necesariamente más problemática porque, además de la pertinencia del *holding*, hay que analizar compatibilidades de casos individuales, siempre más complejas que las de los casos genéricos (o clases de casos).⁶⁶

Y en segundo lugar –otra vez la objeción contramayoritaria–, esta solución implica sustraer del legislador y dejar en manos del poder del Estado con menos legitimidad democrática tanto el “sí” cuanto el “cómo” de la restricción de, precisamente, los derechos constitucionales que, *prima facie*, más peso tendrían en una sociedad organizada democráticamente. Porque, como quedó dicho, los que ponderan entre derechos constitucionales o entre éstos y determinados intereses públicos son los jueces. En efecto, cuando se afirma que ciertos derechos constitucionales sólo pueden ser restringidos “por la misma Constitución” (en el sentido de que sólo pueden ser limitados en un caso concreto por el peso de otro derecho constitucional o de un interés público que también es de índole constitucional),⁶⁷ lo que se está diciendo es que tal restricción queda en manos de la judicatura, porque en nuestro sistema jurídico sólo los jueces están legitimados para interpretar y aplicar la Constitución.

En Argentina, además, en virtud del control de constitucionalidad difuso que nos rige, “los jueces” son *todos* los jueces, no sólo los integrantes de la Corte Suprema. Es decir, el alcance de un derecho constitucional puede ser establecido no sólo por jueces seleccionados con una mayoría especial de dos tercios del Senado de la Nación (como los ministros de la Corte), sino por cualquier juez seleccionado a partir de una mayoría simple de ese órgano parlamentario. La afectación del principio democrático es, pues, ostensible. Y también lo es el incremento de la inseguridad jurídica, porque, atento el importante grado de discrecionalidad con el que cuenta la CSJN para decidir si toma un

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 11.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2011, pág. 985.

⁶⁶ Sobre esto cf. Schauer, Frederick, “Do Cases Make Bad Law?”, en *University of Chicago Law Review*, n.º 73, 2006, págs. 883 y ss. Respecto de la distinción entre casos individuales y casos genéricos cf. Alchourrón, Carlos E./Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 2017, págs. 43 y ss.

⁶⁷ Doctrina dominante en Alemania. Para más referencias bibliográficas y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán cf. Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. 407 y ss.; en especial las referencias contenidas en nota a pie n.º 283.

caso (CPCCN, 280), nunca puede saberse con suficiente seguridad si lo que dice al respecto un tribunal de primera instancia será luego validado, o no, por el último intérprete de la Constitución.

En mi opinión, entonces, no es acertado este enfoque del problema, que adjudica efectos sustantivos cruciales a la distinción entre derechos constitucionales con o sin reserva de ley específica. Ya lo he dicho en otro lugar, mucho antes de tener en mira este tema de la cosa juzgada corrupta en favor del absuelto:⁶⁸ si, además de las reservas de ley específicas de ciertos derechos constitucionales, rige un principio *general* de reserva de ley, como el consagrado en el art. 28 CN o en el art. 30 CADH, entonces todos los derechos fundamentales son, ciertamente, restringibles, pero todos deben serlo *por ley*. Esto no significa, naturalmente, que todos los derechos constitucionales *deban* ser restringidos.⁶⁹ Significa únicamente que, *si* tienen que ser restringidos, deben serlo por ley.

Para los derechos y garantías constitucionales con reserva de ley específica, rige esa reserva de ley; para los demás, rige el principio *general* de reserva de ley o de legalidad. Esta es, a mi juicio, una de esas “derivaciones del derecho vigente” tan obvias que, francamente, sorprende que pueda creerse con tanta convicción que ciertos derechos o garantías constitucionales pueden ser restringidos directamente por los jueces, sin ley previa. Y en particular que puedan ser restringidos sin ley tan luego los derechos constitucionales que tienen especial peso cuando son ponderados, que es lo que torna difícil encontrar argumentos convincentes que justifiquen su restricción, como sucede precisamente con el *ne bis in idem*, entre otros. Las serias desventajas institucionales que trae aparejada la restricción directamente judicial –y las ventajas del

⁶⁸ Cf. Pérez Barberá, ob. cit. en nota 32, págs. p. 408.

⁶⁹ No cabe restringir el derecho a no ser condenado a muerte, por ejemplo, o a no ser penado sin juicio previo, arquetípicos derechos constitucionales consagrados sin reserva de ley específica. Pero de que no corresponda restringir algunos derechos constitucionales que han sido consagrados sin reserva de ley específica no se sigue que no pueda serlo ninguno que tenga esa característica (opina lo contrario Guzmán, ob. cit en nota 9, págs. 226 y ss., pero, creo, sin reparar en lo que señalo en el texto). Lo que sí se sigue de la CN, 28, y la CADH, 30, en cambio, es que, si se pretende restringir algún derecho de esa clase (como el *ne bis in idem*), es obligatorio que tal restricción opere por ley. Sobre la discusión en el ámbito anglosajón acerca de si algunos derechos fundamentales no pueden ser restringidos en ningún caso, y las razones que pueden respaldar esas conclusiones, cf., entre otros, Webber, Grégoire, “Proportionality and Absolute Rights” en Jackson, Vicki/Tushnet, Mark (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, págs. 51 y ss.

modelo que exige base legal para restringir, como el que propongo aquí– han quedado ya, creo, suficientemente demostradas.

De no ser así, ¿para qué derechos de rango constitucional regiría el principio general de reserva de ley, en el sentido de que debe dictarse una ley si se pretende restringirlos? Para ninguno, porque o están los que vienen consagrados ya con reserva de ley específica (respecto de los cuales, por *lex specialis*, no rigen las reservas de ley generales) y están los que no tienen incluida esa reserva específica en el texto que los prevé; no hay *otros*. Por eso: si el principio general de reserva de ley, expresamente consagrado a nivel constitucional, no tiene aplicación tampoco respecto de los derechos cuya redacción no ha incluido una reserva de ley específica, entonces no tiene ninguna aplicación. Y si no cabe presumir el error grosero del legislador, tanto menos cabe hacerlo respecto del constituyente: no puede ser correcta, en suma, ninguna interpretación que derive en que los arts. 28 CN y 30 CADH, en tanto establecen un principio general de reserva de ley, no son aplicables.⁷⁰

Para resumir: el *ne bis in idem*, aunque no esté previsto con reserva de ley específica, puede ser restringido, pero debe serlo por ley, porque respecto de dicha garantía constitucional rige el principio general de reserva de ley consagrado en los citados arts. 28 CN y 30 CADH. Lo que debería hacerse, entonces, es modificar los códigos procesales penales vigentes en Argentina de modo que admitan la revisión también en contra del imputado, aunque únicamente para el caso de absoluciones *corruptas*, en el sentido explicado. Esa reforma debería indicar, además, que lo mismo rige para sobreseimientos corruptos, explicitar los requisitos de verosimilitud del planteo revisor (de ninguna manera debería exigirse que exista un fallo judicial firme en el que dicha corrupción esté reconocida, por ejemplo, y el estándar de prueba no debería ser ni demasiado estricto ni demasiado laxo) y, para el caso de que sea formalmente admitido, detallar el procedimiento que ha de seguirse tanto para anular la sentencia y el proceso anterior como para iniciar uno nuevo. Por supuesto que todo esto podría ser materia de una ley específica, integradora de los códigos procesales.

⁷⁰ Por lo demás, de ser correcta la tesis aquí criticada, habría que considerar, por sólo poner un ejemplo, que tampoco el derecho al honor es restringible, porque no está previsto con reserva de ley específica (véase CADH, 11). Es bien sabido, sin embargo, que está ampliamente justificado que ese derecho, si media interés público, admita restricciones frente a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. Véase, v.gr., Corte IDH, “Fontevéccchia y D’Amico v. Argentina”, sentencia del 29/11/2011, n.º 50.

No es esta, ciertamente, una solución sin desventajas prácticas: somos un país con instituciones todavía débiles y parece poco probable (hoy) que desde la política surja una ley que pueda derivar en un nuevo enjuiciamiento de absueltos o sobreseídos poderosos que provengan no sólo del sector privado, sino también, precisamente, del poder político. Pero estas son las reglas de juego democráticas establecidas por la Constitución. Por lo demás, la debilidad institucional incluye a la administración de justicia, notablemente politizada en determinados sectores, como es público y notorio.

Por eso lo que diré a continuación, fuera de ser válido –a mi juicio– para cualquier sociedad democrática, en nuestro contexto adquiere un relieve especial: no puede ser mejor que algo tan delicado como lo relativo a la necesidad de restricción del *ne bis in idem* frente a absoluciones o sobreseimientos corruptos quede en manos de unos pocos (los jueces) que de muchos (los representados, vía elección popular, por las mayorías parlamentarias). Me sentiría muy satisfecho, por tanto, si la fundamentación que he desarrollado aquí fuese adoptada en el marco de una exhortación amplia al legislador argentino de que sancione esa ley.

10. Conclusiones

En este trabajo creo haber demostrado que, en determinados casos, los sobreseimientos y absoluciones firmes pueden y deben ser revisados. Concretamente, argumenté que esto debe ser así frente a los casos que, tradicionalmente, han sido identificados como de cosa juzgada “írrita” o “fraudulenta”.

Luego de sostener que la denominación “cosa juzgada corrupta” es la que mejor captura las aristas esenciales del problema que generan esta clase de casos, expuse las razones por las cuales el *ne bis in idem*, como derecho constitucional de la persona imputada, no constituye un obstáculo para el inicio de una nueva persecución penal en tales supuestos. Demostré, sin embargo, que algunos de los argumentos que tradicionalmente han sido empleados para justificar la no aplicación de esa garantía en estos casos –como el de la “inexistencia de riesgo de condena” y el de la “pérdida del derecho a reclamar”–, son conceptualmente defectuosos, en tanto centran su atención en asuntos meramente contingentes. Y sostuve, asimismo, que el argumento de la “inexistencia de primer juicio” requiere de ajustes muy importantes para poder funcionar.

Ello sentado, concluí que el *ne bis in idem* es restringible frente a absoluciones o sobreseimientos corruptos por la extrema gravedad de tales casos, pero que, en virtud de la vigencia del principio general de reserva de ley en nuestro derecho constitucional, debe ser restringido, precisamente, por ley. Critiqué, entonces, el camino que tradicionalmente ha sido recorrido en Argentina –y también en el sistema interamericano de protección de derechos humanos– para implementar dicha restricción, a saber: el de la vía judicial, conocido también como “solución pretoriana”. Resalté, en suma, una decisión expresa de nuestro derecho constitucional (CN, 28, CADH, 30): la restricción de derechos fundamentales es un asunto del legislador.