

EJECUCIÓN INMEDIATA DE LA CONDENA

UN APOORTE ACERCA DEL ALCANCE CONSTITUCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DEL DERECHO AL RECURSO⁽¹⁾

Gabriel Pérez Barberá⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del CPP Nación (y en el del CPP Córdoba) hay un recurso, ciertamente muy importante, que en la práctica tiene efecto suspensivo: el de casación, interpuesto

(1) El contenido de este artículo forma parte 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. Y es, también, una versión ampliada de lo que en su momento publiqué en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, año XI, n° 5, 2021, pp. 47 y ss. Dedico este trabajo, entonces, a la memoria de Julio Maier, con profunda gratitud por la confianza que depositó en mí al delegarme parte de la continuación de su obra. Agradezco a Pablo Larsen no sólo su colaboración en la confección de la mayoría 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. Agradezco también Alberto Nanzer, Ezequiel Malarino y Lara Benítez por algunas importantes sugerencias bibliográficas; a Wendell Luzardo por algunas referencias jurisprudenciales; y a María Luisa Piqué y Nicolás Czizik por datos valiosísimos que me permitieron advertir la utilidad de este artículo en ámbitos en los que yo, originariamente, no había pensado: esta versión es ampliada respecto de la anterior precisamente por sus aportes y, también, por el muy enriquecedor debate que tuve sobre el tema con Matías Díaz, al cual me referiré aquí en varias ocasiones. Esta versión ha sido enriquecida, finalmente, gracias a muy lúcidas observaciones críticas que tuve el privilegio de recibir tras la exposición de estas ideas en distintos seminarios, algunas de las cuales me fueron enviadas incluso por escrito, como por ejemplo las de Fernando Gauna Alsina, a quien agradezco especialmente por esa discusión.

(2) Doctor en derecho. Exprofesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. 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. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).



por el imputado, contra la sentencia condenatoria. Lo mismo ocurre con el recurso del imputado contra esa sentencia en el marco del nuevo CPP Federal. Que estos recursos tengan ese efecto sería una conclusión normativamente válida que estaría fundada en los artículos de esos códigos que lo establecen como regla general (CPP Nación, 442; CPP Córdoba, 453; CPP Federal, 347); y a su vez en la ausencia, en la normativa específica sobre casación, de una excepción explícita a dicha regla general.

Me interesa aquí, sin embargo, objetar la aparente –y hasta ahora, en Argentina, casi indiscutida– plausibilidad de esa solución legislativa y de la consecuente práctica que la ha aplicado a partir de una determinada interpretación judicial –en absoluto correcta y mucho menos forzosa–, sobre todo en los últimos años y a nivel federal. El resultado más importante que, en forma directa, genera en la actualidad el efecto suspensivo de este recurso es que impide que la condena pueda ser ejecutada inmediatamente después de dictada la sentencia que declara la culpabilidad del acusado. En ese marco, la consecuencia visible que más estrépito produce es que no sea encarcelado en ese momento quien, tras haber atravesado el debate oral en libertad, es condenado a una pena de prisión de cumplimiento efectivo.

Según la opinión ampliamente dominante en Argentina, esta comprensión del efecto suspensivo del recurso del imputado contra la condena, pese a la perplejidad que genera en quien no está familiarizado con nuestra disciplina, sería forzosa, porque tendría base en argumentos constitucionales, o que se fundamentan en una determinada lectura –a mi juicio equivocada– de normas constitucionales que establecen derechos fundamentales. Enseguida examinaré, críticamente, esos argumentos.

La implausibilidad que he referido queda invisibilizada, en la práctica, si el imputado llega al juicio –y lo transita– privado de su libertad, por haber sido encarcelado antes a título de prisión preventiva. En estos casos lo habitual es que, si el imputado es condenado a una pena de prisión efectiva, en esa misma sentencia se ordene que debe continuar encerrado en el establecimiento penitenciario en el que ya estaba. Y allí, llegado el caso, aguardará el resultado de su recurso contra la condena. Pero esta orden de encierro es considerada no como el comienzo de la ejecución de la pena que le fue impuesta (porque aún no estaría “firme”), sino como prórroga o continuación de su prisión preventiva, y en consecuencia es fundamentada con argumentos referidos a supuestos “peligros procesales”. Por eso en tales casos *parece* que el condenado, tras el juicio, comienza a cumplir la pena que acaba de imponérsele, y en consecuencia –cuanto menos para los legos– no queda defraudada la expectativa de encarcelamiento efectivo que esos hechos (probados) generan.

La misma lógica –que aquí designaré como “lógica de la prisión preventiva”– es la que aplican los tribunales argentinos cuando, en los casos que describí en primer lugar, mantienen en libertad a quien, libre de cárcel durante el juicio, condenan a una pena de cumplimiento efectivo. Allí, al igual que en los casos en los que se mantiene preso al condenado, la continuidad de ese estado de libertad es fundamentada, en primer lugar, por el carácter no firme de la condena; y, en segundo lugar, porque se considera que dicha libertad no genera los mencionados riesgos procesales.

Hasta no hace demasiado tiempo, y sobre todo en las provincias, los tribunales de juicio que condenaban a prisión efectiva a un imputado que hasta ese momento había atravesado el proceso en libertad, lo enviaban a prisión de inmediato, casi invariablemente. Como dije, “parecía” que con eso comenzaba la ejecución de la pena, pero –jurídicamente– no era así. Porque también ese encarcelamiento era ordenado a título de prisión preventiva y en consecuencia se justificaba, casi siempre, en que la condena implicaba, *per se*, un incremento del peligro de fuga.



Está claro que esta era una fundamentación jurídicamente defectuosa,⁽³⁾ pero con esa praxis anterior no se generaba, al menos en lo fáctico, la manifiesta iniquidad que se aprecia hoy: tras el juicio, sólo son apresados los que ya estaban en prisión (preventiva); mientras que, para que haya *hard treatment* (esto es, encarcelamiento) respecto de quien llegó a juicio en libertad, quizá haya que esperar años. Porque, según una opinión bastante extendida, para ejecutar la pena, si hay recursos contra la condena, hay que aguardar a que se pronuncie la Corte Suprema de Justicia de la Nación avalando en los hechos la condena, de modo que ésta pueda ser considerada “firme”. Y esto, como luego se verá, profundiza lo que se conoce como selectividad del sistema penal.

Los tribunales proceden de este modo porque consideran vigente a la presunción de inocencia incluso después de haber sido dictada la sentencia condenatoria por el tribunal de juicio, y porque, a la vez, entienden de una determinada manera al denominado “derecho al recurso” del condenado. A mi modo de ver, sin embargo, la letra constitucional no impone en absoluto esas conclusiones mayoritarias, apoyadas en una fundamentación muy deficiente que no pasa de la repetición automatizada de ciertos eslóganes cuyo real anclaje en la Constitución Nacional está lejos de ser indiscutible.

A continuación, entonces, expondré y analizaré críticamente la tesis absolutamente dominante en esta materia, a la que identificaré como “tesis de la unión entre presunción de inocencia y derecho al recurso”; dicha tesis, básicamente, sostiene que la primera sentencia de condena no es idónea para cancelar la presunción de inocencia, salvo que tenga autoridad de cosa juzgada. Tras ello, expondré mi propia concepción, a la que identificaré como “tesis de la separación entre presunción de inocencia y derecho al recurso”; dicha tesis, básicamente, sostiene que la primera sentencia de condena es idónea para cancelar la presunción de inocencia, aunque no tenga autoridad de cosa juzgada.

Intentaré demostrar, en suma, que no es verdad que la práctica que impide ejecutar de inmediato una sentencia condenatoria tenga sustento constitucional, en el sentido fuerte de que la Constitución (o el bloque de constitucionalidad) imponga esa solución. Y si no la impone, entonces nada impide que, legal y jurisprudencialmente, pueda asumirse un punto de vista diferente.

Además, en una argumentación ulterior propondré una interpretación razonable del art. 375 del nuevo CPP Federal, ya vigente por decisión de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación de dicho ordenamiento, para que su aplicación errónea no acabe haciendo fracasar por completo el ideario “acusatorio” adjudicado a ese ordenamiento adjetivo. Allí concederé que, en la medida en que sea receptada esa

(3) Cf. al respecto el caso “Loyo Fraire” (L. 193. XLIX. RHE, 6/3/2014), que revocó una sentencia del TSJ Córdoba que, hasta ese momento, avalaba la práctica de imponer prisión (preventiva) inmediatamente después de dictada la condena a imputados que estuvieron en libertad durante el juicio. En ese precedente la Corte, remitiéndose al dictamen del Procurador General, dijo lo siguiente: “la mera circunstancia de que se haya dictado sentencia de condena en primera instancia (recurrida) no es fundamento suficiente para mantener la prisión preventiva mientras se resuelven los recursos contra la condena” (paréntesis en el original). Es, en efecto, incorrecto asumir que una sentencia condenatoria incrementa necesariamente el peligro de fuga, a modo de presunción *iure et de iure*. El problema de este *dictum* de la Corte, sin embargo, reside en que persiste con la lógica de la prisión preventiva para encarcelamientos posteriores a una sentencia de condena (“mantener la prisión preventiva mientras se resuelven los recursos”, reza el fallo; cursiva agregada). Un análisis de ese caso y de la praxis cordobesa previa a su dictado puede verse en Sergi, “Nuevos estándares sobre encarcelamiento preventivo para la CSJN”.



interpretación que estimo razonable –y que, en consecuencia, se mantenga lo esencial de la práctica generada a partir del plenario “Agüero” en materia de ejecución de condenas– por lo menos se evitará *lo peor*, que es considerar que la presunción de inocencia no sólo no queda cancelada con la primera condena, sino también que rige hasta que *la Corte Suprema* la confirme.

Finalmente, intentaré demostrar que las normas procesales que expresamente exigen sentencia “firme” para desactivar la presunción de inocencia pueden ser interpretadas de modo tal que se considere admisible la inmediata ejecución de la condena dictada por primera vez tras el juicio. Seguramente esta última interpretación será la que menos acuerdo genere, atento el fuerte arraigo de cierta terminología; pero a la vez: sólo por el fuerte arraigo de cierta terminología. Como sea, entiendo que algo hay que hacer respecto del *statu quo* injustificable que ha logrado enraizarse acríticamente en esta materia mientras no lleguen –como seguramente no llegarán– las reformas legislativas deseables.

Por lo demás, este trabajo cumpliría sobradamente su objetivo si, sobre todo en función de los argumentos constitucionales, dejase en claro lo ya dicho en el sentido de que ciertas consecuencias inadmisibles de la praxis actual no pueden ser justificadas como constitucionalmente necesarias. Y que eso es grave porque se trata de una práctica que ha erosionado fuertemente no sólo la imagen de la justicia en Argentina –como es público y notorio–, sino incluso el propio sentido y fin de la pena, como podrá verse luego, creo, con toda claridad.

II. DERECHO AL RECURSO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: LA TESIS DE LA UNIÓN

Mirada en su mejor luz, la concepción según la cual tiene apoyo constitucional la afirmación de que la sentencia de condena tiene que estar firme –en el sentido de que no queden recursos pendientes– para que pueda ser ejecutada se sostendría en lo que podría denominarse “tesis de la unión entre presunción de inocencia y derecho al recurso”. Quien ha expuesto este argumento con claridad es Matías Díaz, en el marco de un debate que, recientemente, ambos mantuvimos en relación con este tema.⁽⁴⁾

La conclusión de este argumento es la siguiente: “el establecimiento de la culpabilidad... es un acto complejo que involucra: 1) la constatación de la culpabilidad en la instancia de juicio oral y público y 2) la conformidad de este resultado en la instancia de control posterior”.⁽⁵⁾ Su fundamentación, por su parte, residiría en que el imputado tiene un derecho constitucional a no ser tratado como culpable *durante el proceso* (presunción de inocencia: CADH, 8º, inc. 2º; PIDCP, 14, inc. 2º), y lo cierto es que el proceso continúa su curso también mientras se sustancia la impugnación de la condena, a lo cual todo condenado tiene derecho por imperio, también, de la Constitución (CADH, 8º, inc. 2º, *h*; PIDCP, 14, inc. 5º). Ergo, hasta tanto no se termine el proceso, el condenado no puede ser tenido como culpable.⁽⁶⁾

(4) Cf. Pérez Barberá, “Sentencia firme y ejecución inmediata de las condenas”; Díaz, “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”; y Pérez Barberá, “Respuesta a Matías Díaz”.

(5) Díaz, “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”.

(6) Así Díaz, “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”.



Este argumento, un tanto formalista en tanto se centra en un supuesto “plazo de vigencia” de ciertas garantías procesales, a mi modo de ver pasa por alto algo fundamental: toda garantía procesal rige en los momentos del proceso durante los cuales, por su alcance –inferido a su vez de su contenido material– están dadas las condiciones para que rija. No es verdad, por tanto, que todas las garantías procesales, por el hecho de ser tales, rijan durante todo el proceso, hasta que no haya ningún recurso pendiente, y que por tanto la presunción de inocencia, como garantía procesal que es, deba mantenerse incólume hasta esa finalización con autoridad de cosa juzgada.

Por sólo poner un ejemplo, piénsese en el derecho constitucional de todo imputado a interrogar a los testigos (CADH, 8.2.f; PIDCP, 14.3.e). Se trata, ciertamente, de una garantía que no tendrá aplicación durante *todo* el procedimiento, sino, únicamente, en aquellos momentos procesales en los que tiene sentido que rija. Podrá imperar, entonces, durante las etapas de la investigación preliminar y del juicio, pero –salvo en los casos excepcionales en los que se produzca prueba testimonial durante el trámite de una impugnación– no regirá durante la etapa recursiva posterior al juicio, por la sencilla razón de que, en ese momento, no habrá testigo alguno que interrogar. Pues bien, con base en esto bien puede decirse, también, que no tiene ningún sentido que la presunción de inocencia continúe rigiendo después de haber sido declarada, en un juicio público, la culpabilidad del acusado. Y que, por tanto, el derecho al recurso no tiene por función extender la presunción de inocencia después de eso.

La tesis que objeto podría, por supuesto, esgrimir otros argumentos, más sustantivos que el descripto más arriba. Podría afirmar, por ejemplo, que considerar culpable a una persona es algo que trae muy graves consecuencias a su dignidad, y que entonces la asignación de culpabilidad –y, por consiguiente, la desactivación de la presunción de inocencia– puede concretarse sólo después de que ocurra algo que disminuya en forma considerable su posibilidad de error, que es lo que sucedería, únicamente, tras una confirmación de la condena por parte de un tribunal superior. Esto, entonces, justificaría que la confirmación de la condena por un tribunal revisor sea un paso conceptualmente necesario incluso para el establecimiento de la culpabilidad del acusado.

Contra esto, sin embargo, es necesario señalar que las normas convencionales que establecen el derecho al recurso no consagran un derecho a no ser condenado, ni, por tanto, a no sufrir los efectos propios de una condena mientras se sustancia un recurso que la objete; un tanto pleonásticamente hay que decir que aquellas normas de rango constitucional sólo consagran un derecho a que la condena sea *revisada*. Estas normas con rango constitucional no obligan, entonces, a que el derecho interno establezca, respecto de ese recurso, un efecto suspensivo con el alcance descripto más arriba, y que por tanto prohíba que la condena, y en particular la privación de libertad que eventualmente imponga, puedan ser ejecutadas inmediatamente después de leída la parte dispositiva de dicha sentencia por el tribunal de juicio.

El condenado a una pena de prisión de cumplimiento efectivo no tiene un derecho constitucional a aguardar en libertad –siendo considerado todavía inocente– el resultado de la revisión de esa sentencia. Extender de esta manera el alcance de la garantía consagrada en el art. 8º, inc. 2º, *h*, de la CADH y en el art. 15, inc. 5º, del PIDCP implica, a mi juicio, desnaturalizarla por completo, y a un costo muy alto en términos tanto de

justicia retributiva⁽⁷⁾ como de prevención. De ninguna manera puede decirse que esos textos convencionales establecen que debe remitirse la posibilidad de ejecución de la condena a un momento posterior a su dictado, cuando supuestamente alcance un grado mayor de estabilidad u ofrezca una menor probabilidad de error. Enseguida demostraré que ni la letra de las convenciones ni su sentido avalan esta posición, dominante en Argentina.

No obstante, quien ha sido condenado tras un debido proceso podría –para oponerse a lo que acabo de sostener– expresarse de este modo: “si interpongo este recurso no es solamente para que revisen mi condena, sino para que no me encarcelen. Si ya tengo que ser privado de mi libertad, ¿de qué me sirve que sólo después, tras la revisión, vuelvan a considerarme inocente y me liberen, incluso si me indemnizan? Ya me habrán agraviado del modo más drástico, pues me habrán privado, siquiera durante un tiempo, de la libertad ambulatoria, uno de mis derechos más valiosos”.

Detrás de este reclamo se insinuaría una objeción a la concepción que defiendo que, a primera vista, parece razonable, incluso poderosa: con mi tesis se vaciaría de contenido a la garantía del derecho al recurso. Porque ésta no sólo buscaría asegurar que las condenas sean revisadas, sino que no se agravie con el mal de la pena a quien todavía está en el curso de un proceso.

A mi juicio, sin embargo, la objeción no tiene la fuerza que aparenta. Ante todo, porque tiene por base una **petición de principio**, es decir: al asumirse que el condenado por primera vez es alguien que aún debe ser tratado como inocente y que por eso no merece el agravio de la pena se tiene por dado lo que, en verdad, se tiene que probar. ¿Y qué es lo que se tiene que probar? Precisamente, la corrección de la tesis que extiende la vigencia de la presunción de inocencia hasta alcanzado un determinado momento de la instancia recursiva o, incluso, hasta que ésta se termina por el advenimiento de la cosa juzgada. Pero, además, la objeción es débil, porque afirma algo que es falso: ya explicaré por qué lo que sostengo no implica –en absoluto– vaciar de contenido a la garantía del derecho al recurso.

Procuraré demostrar, entonces, que, inmediatamente después de dictada la condena por un tribunal de juicio, el condenado no tiene ya un derecho constitucional a blandir el reclamo recreado más arriba. Y que no lo tiene precisamente porque es correcto **asumir que, tras esa decisión judicial, ha perdido su condición jurídica de inocente, aunque el proceso continúe su curso mientras se sustancian las impugnaciones contra la sentencia de condena.**

(7) Acerca del significado de la expresión “justicia retributiva” cf. Pérez Barberá, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”; Pérez Barberá, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: La independencia metafísica de la verdad”. La expresión hace referencia, básicamente, a lo que es justo que se le responda a alguien porque *lo merece* (v.gr., un castigo penal es merecido –y por tanto justo– si quien lo recibe cometió el hecho por el que se lo acusa). Para la justicia retributiva, por tanto, la idea de “merecimiento” es determinante.

III. DERECHO AL RECURSO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: LA TESIS DE LA SEPARACIÓN**1. Presentación de la tesis**

Como hemos visto, la tesis que objeto se empeña, explícita o implícitamente, en mantener muy vinculado lo que yo considero que se tiene que desacoplar, a saber: el alcance de la presunción de inocencia y el del derecho al recurso. Se trata, en efecto, de dos garantías independientes; porque, como se verá, el alcance y el contenido material de cada una no está ligado al de la otra. Como enseguida veremos, de acuerdo con las convenciones internacionales citadas se es jurídicamente inocente mientras no se haya establecido o probado la culpabilidad según ley, sin que interese en absoluto si el declarado culpable consiente o recurre esa declaración; y se tiene derecho a recurrir la condena aunque ya no se sea jurídicamente inocente.

Veamos, no obstante, cómo razonan quienes, acoplando la presunción de inocencia al derecho al recurso, sostienen lo contrario a lo que afirmo aquí.⁽⁸⁾ El núcleo central de su argumento reside en tres afirmaciones: según la primera, la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente se mantiene hasta tanto la declaración de culpabilidad pueda ser considerada “firme”, en el sentido de que haya adquirido una estabilidad especial, propia de lo que se conoce como cosa juzgada. De acuerdo con la segunda afirmación, una sentencia de condena tendría autoridad de cosa juzgada sólo una vez que ya no queden recursos pendientes en favor del condenado. Finalmente, según la tercera afirmación, entre los alcances de la presunción constitucional de inocencia se incluye el derecho no sólo a no ser considerado culpable mientras aquella rija, sino también a no ser *tratado* como tal. Esto último sería lo que impediría encarcelar de inmediato a quien se condena, porque si hay algo que, paradigmáticamente, implica tratar a alguien como culpable, es su encierro en prisión⁽⁹⁾. Es claro, sin embargo, que en lo que atañe a la presente discusión esta tercera afirmación –al igual que la segunda– es relevante sólo en la medida en que se considere correcta la primera, lo cual, enseguida, negaré.

A continuación, en efecto, intentaré demostrar que aquella primera afirmación es incorrecta, o que por lo menos no puede tener el alcance que se le ha asignado desde la

(8) En cuanto a la doctrina, la tesis que objeto es defendida, entre otros, por Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, pp. 240, 241 y 245; Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 325; Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, § 6, C, pp. 490 y ss.; Langer, “El principio *in dubio pro reo* y su control en casación”, p. 216; D’Álora, “Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme”, pp. 147 y ss.; Díaz, “Condiciones para la ejecución de la condena”. En cuanto a la jurisprudencia, hay que decir, ante todo, que las sentencias que conforman esta praxis por lo general no la justifican; consideran obvia a esta solución y simplemente la implementan, sin más. Cf., entre muchas otras, CNCCC, Sala II, “Toledo”, reg. n° 202/2016, donde se afirma, sin brindar una fundamentación que lo avale, que “la presunción de inocencia que otorga la Constitución, en su art. 18, solo puede ser destruida por una sentencia de condena que ya no sea susceptible de impugnación alguna”. En el mismo sentido CNCCC, Sala I, “Acosta”, reg. n° 152/2016; CNCCC, Sala I, “Ivanow”, reg. n° 602/2015; CFCP, Sala II, “Medrano”, reg. n° 720/2014.

(9) Cf. Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., 3ª reimp., t. I, § 6, C, p. 520; Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 556; Pastor, “Las funciones de la prisión preventiva”, pp. 250-251; Ferrer Beltrán, *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, pp. 174-175; Nieva Fenoll, *Fundamentos de derecho procesal penal*, p. 181.



jurisprudencia y doctrina citadas más arriba; y que ello, como dije, torna *irrelevantes* a la segunda y a la tercera afirmación, cuya corrección, desde luego, no pretendo objetar. No ignoro, desde luego, el linaje y la aceptación generalizada del argumento que considero incorrecto. Está presente en la jurisprudencia de la Corte IDH⁽¹⁰⁾ y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽¹¹⁾, y también en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos⁽¹²⁾ y de la jurisprudencia de los tribunales estatales de Alemania⁽¹³⁾. Pero, sin perjuicio de su innegable poder persuasivo, a mi modo de ver no merece aprobación, al menos no como argumento *constitucional*.

2. Fundamentación de la tesis

a) La letra constitucional

En cuanto a la afirmación de que se requiere sentencia firme (en el sentido de que debe haber cosa juzgada) para desactivar la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta lo siguiente: las normas convencionales con jerarquía constitucional (CN, 75, inc. 22) que, expresamente, consagran a dicha presunción como un derecho fundamental, utilizan una formulación cuyo alcance es bastante más acotado que el que suele atribuírsele desde posiciones doctrinarias y jurisprudenciales argentinas, e incluso desde algunas leyes de nuestro derecho interno, al menos según su interpretación mayoritaria.

En efecto, la CADH, por ejemplo, establece que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (8°, inc. 2°). El PIDCP, por su parte, prevé que “[t]oda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (14, inc. 2°). Y en el ámbito europeo una formulación muy similar es utilizada también por el CEDH: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” (6°, inc. 2°).

Como se ve, todo lo que se exige a nivel constitucional, para desactivar la presunción de inocencia, es que se *establezca* o se *pruebe* la culpabilidad del perseguido penalmente, siempre de conformidad con la ley. Pero dicha normativa no exige que las leyes en cuestión establezcan que la sentencia que prueba la culpabilidad del acusado debe haber adquirido la estabilidad propia de la cosa juzgada para que la presunción de inocencia deje de regir.

(10) Cf. Corte IDH, “Ricardo Canese v. Paraguay”, sentencia del 31/8/2004, n° 154, donde se concluye que el derecho a la presunción de inocencia “acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”.

(11) Cf. CSN, “Kacolaris” (*Fallos CSN*, t. 316, p. 942), donde se afirma que “todas las personas gozan de estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal”.

(12) El *leading case* en esta materia es la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en “Hudson v. Parker” (156 U.S. 277). Allí, de forma similar a lo que considera la CSN y la Corte IDH, se concluyó que “a person accused of crime shall not, until he has been finally adjudged guilty in the court of last resort, be absolutely compelled to undergo imprisonment”.

(13) Cf., por todos, OLG Karlsruhe, 21/1/2013 - 1 Ws 1/13, cit. por Böhm-Werner, “§ 112”, nm. 52.



b) El significado de “estar probada” la culpabilidad: autoridad de la cosa juzgada vs. autoridad epistémica del juicio

Por supuesto que un argumento fácil para interpretar lo contrario rezaría algo así como que “estar probada” la culpabilidad significa que eso no pueda ser discutible ya en el proceso, porque si todavía puede ser cuestionado (por ejemplo, mediante la interposición de un recurso), entonces no es factible decir que la culpabilidad *está* ya realmente *probada*. Para que lo esté –se dirá–, sería necesario que esa declaración conste en una sentencia jurídicamente incuestionable, y esto no podría ser otra cosa que una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Este argumento, sin embargo, es a mi juicio muy implausible.

Rebatirlo exige partir de lo obvio: las convenciones internacionales de derechos humanos, para considerar desactivada la presunción de inocencia, exigen solamente que, de conformidad con la ley, se haya establecido, probado o declarado la culpabilidad del acusado. No dicen que eso tiene que haber sido establecido de modo tal que no pueda ser ya discutido dentro del proceso. Pero más allá de eso, ¿qué es lo que esencialmente torna implausible al argumento en cuestión? Se supone que éste parte de considerar a la presunción de inocencia como un derecho de muy especial peso (algo con lo que, desde luego, concuerdo), y que, por lo tanto, exige que la declaración que la desactive tenga, también, un peso especial. Pero aparentemente este razonamiento ve esa fuerza o ese peso en la autoridad de la cosa juzgada, entendida como ausencia de recursos pendientes. Creo, sin embargo, que esta justificación tiene varios problemas.

En primer lugar, la fundamentación en cuestión es implausible porque, en mi opinión, el argumento de la estabilidad es endeble. La existencia, en nuestros procedimientos penales, del recurso de revisión contra sentencias condenatorias “firmes” muestra que, en verdad, nunca una condena penal tiene completa estabilidad. Por supuesto que es bueno que no la tenga, precisamente porque la posibilidad de error está siempre latente y, en consecuencia, si se toma en serio a la verdad como condición necesaria de la justicia en el caso concreto,⁽¹⁴⁾ es obviamente saludable que quede siempre una puerta abierta a la discusión de ese posible error. Pero lo cierto es que, en materia penal, una sentencia de condena con autoridad de cosa juzgada no *asegura* la estabilidad en cuestión.

En segundo lugar –y esto es lo más importante–, el razonamiento en el que se apoya la solución que critico es implausible por lo que desatiende, en tanto pasa por alto el factor que, a mi juicio, más importa a la hora de evaluar el peso de una declaración de culpabilidad, de modo tal que pueda tenérsela como razón suficiente para desactivar la presunción de inocencia. Ese factor, según mi punto de vista, no puede ser otro que el *mejor posicionamiento epistémico* en el que está un tribunal de juicio para declarar algo tan serio como lo es la culpabilidad del acusado. Es esto lo que le confiere a dicha decisión judicial el peso que la legitima para que, en el derecho interno, sea erigida como idónea para dar por finalizada a la presunción de inocencia de la que goza el imputado.

Hay consenso, de hecho, en que es el tribunal de juicio, y no el del recurso contra la condena, el que se encuentra epistémicamente mejor posicionado para pronunciarse

(14) Cf. Pérez Barberá, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: La independencia metafísica de la verdad”; y Pérez Barberá, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba”.



con ese nivel de confiabilidad acerca de la inocencia o la culpabilidad del acusado⁽¹⁵⁾. Y hay asimismo un consenso muy fuerte en que el debate oral (y no la etapa que lo prepara ni la que lo revisa) es el momento más importante del proceso, entre otras razones por sus virtudes epistémicas. Tales consensos, además, están avalados por muy buenas razones.⁽¹⁶⁾ Es bastante poco comprensible, entonces, que quienes acuerdan con estas últimas afirmaciones respecto del valor del juicio –y de la sentencia que es su resultado–, a la vez no concedan precisamente a esa sentencia peso suficiente para neutralizar, legítimamente, la presunción de inocencia.

La Constitución, para que quede desactivada la presunción de inocencia, exige que la culpabilidad sea declarada, no *ratificada*. Dejar esa desactivación en manos de un tribunal con peor posicionamiento epistémico respecto de las cuestiones de hecho y prueba,⁽¹⁷⁾ como lo sería el habilitado a resolver el recurso, no sólo excede la letra de las normas constitucionales en juego, sino que, además, es incompatible con el único diseño del procedimiento penal que resulta conforme, precisamente, con la Constitución, a saber: el que coloca al juicio en el centro de la escena⁽¹⁸⁾.

Mi punto, entonces, es muy sencillo: el juicio es la etapa del proceso penal que, por razones de diseño institucional, está en mejores condiciones epistémicas para descubrir la verdad. Por otro lado, en virtud de razones normativas de índole constitucional, el juicio *debe ser*, además, el momento más relevante del proceso. Por ambas clases de razones, entonces, la sentencia (no en vano llamada “definitiva”) dictada tras su realización es la mejor posicionada para no errar en el marco de una forma de proceder en la que, no obstante, la posibilidad de error nunca podrá ser eliminada. Por eso es esa sentencia, y no la de un tribunal revisor, la que debe ser tenida como la más idónea para desactivar la presunción de inocencia.

(15) Cf. Pérez Barberá-Bouvier, “Casación, lógica y valoración de la prueba”, p. 542. Es precisamente ese mejor posicionamiento epistémico del tribunal de juicio lo que, durante décadas, fundamentó múltiples rechazos de recursos de casación por cuestiones de hecho y prueba (cf. por ejemplo, por todos, TSJ Córdoba, Sala Penal, “Almirón”, auto n° 24 del 19/04/1985). Esto, para el imputado, cambió desde “Casal” (*Fallos CSN*, t. 328, p. 3399), pero por otras razones.

(16) Cf. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, § 6, B, p. 479; Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 255; Bovino, *Principios políticos del procedimiento penal*, p. 91; Herbel, *Derecho del imputado a revisar su condena*, p. 35; Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, p. 31; Duff-Farmer-Marshall-Tadros, *The trial on trial*, t. III, ps. 165 y ss.; Nieva Fenoll, *Fundamentos de derecho procesal penal*, p. 282; Roxin, *Derecho procesal penal*, p. 358; Volk, *Curso fundamental de derecho procesal penal*, p. 241. Sin embargo, también se advierte acerca de la tendencia a disminuir el protagonismo del juicio. Al respecto cf. Damaška, *El derecho probatorio a la deriva*, ps. 132 y ss. (con referencia a lo que el autor denomina “la desaparición de la centralidad del juicio”).

(17) Esto es lo que más importa para la cuestión de la culpabilidad o inocencia de un imputado (así, por todos, Frisch, *Die erweiterte Revision*, pp. 257 y s.). Porque es la prueba lo que determinará si puede decirse que es verdad que el acusado cometió un delito y que, por tanto, es culpable (o lo contrario si lo que se demuestra es su inocencia). Los tribunales de casación –en términos de diseño institucional– son más idóneos que los de juicio únicamente respecto de las cuestiones de derecho, pero éstas no inciden en la determinación de si un acusado es culpable o inocente, sino en la descripción jurídica de lo que hizo.

(18) Cf. Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, § 6, B, ps. 478 y ss.; Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, ps. 155 y ss.; Caffèrta Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, p. 111; Bovino, *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, ps. 238-239; Magariños, “El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado”.



Por supuesto que una revisión de la sentencia de condena dictada tras el juicio puede disminuir aún más la posibilidad de error: en eso consiste, precisamente, la función epistémica de los recursos. Pero creo que el problema que aquí se plantea no reside tanto en cuándo es menos probable, sin más, que la desactivación de la presunción de inocencia sea errónea, sino, antes bien, en cuándo esa desactivación se *produce*, porque, según ley, ha sido establecida la culpabilidad del acusado aun cuando ello, todavía, pueda ser erróneo. Esto es al menos lo que se exige –y todo lo que se exige, como se ha visto– desde los textos de nuestro “bloque de constitucionalidad”.

A nadie se le escapa que, dentro del diseño descrito, puede haber tribunales de juicio y de recursos mejores y peores; que puede haber tribunales de juicio con desempeños de muy mala calidad y tribunales de recursos con excelentes aptitudes. Pero todo eso es contingente. Todo lo que indico es que, desde el plano del diseño institucional que tenemos (y que es el que, por razones constitucionales, *tenemos que tener*), no hay ninguna sentencia mejor posicionada para descubrir la verdad –y, por tanto, para avalar o para desactivar la presunción de inocencia– que la dictada por los tribunales de juicio.

c) El error central de la tesis de la unión: la declaración de culpabilidad como “acto complejo”

Por eso, cabe insistir, no puede ser correcta la afirmación, ya citada, de que “el establecimiento de la culpabilidad... es un acto complejo que involucra: 1) la constatación de la culpabilidad en la instancia de juicio oral y público y 2) la conformidad de este resultado en la instancia de control posterior”.⁽¹⁹⁾ Me pregunto, en efecto: ¿Por qué considerar al establecimiento o la prueba de la culpabilidad como un acto complejo? ¿Por qué incluir lo que se señala en “2)?” A mi juicio es claro que se trata de un acto simple que se agota en “1)”. Desde luego que “1)” puede ser revisado; sin embargo, lo que hará tal revisión será o bien confirmar “1)” o bien no confirmarlo, pero de ninguna manera lo *establecerá*. Que “2)” cuente para establecer la culpabilidad del acusado (o para tenerla por probada), entonces, no es algo que pueda ser inferido ni de nuestras normas procesales ni de los textos constitucionales citados.

Si la tesis del “acto complejo” fuese acertada, entonces el hecho de que la revisión de la condena por parte de un tribunal superior no sea obligatoria en nuestros procedimientos penales –y no lo es– debería conducir a que tales sistemas procesales sean tenidos como inconstitucionales. Pero esto, claramente, sería ir demasiado lejos. No creo, de hecho, que quienes sostienen dicha tesis estén dispuestos a suscribir algo así. Pero es una consecuencia lógica de lo que, en ese marco, se entiende por establecimiento o prueba de la culpabilidad. Es precisamente en virtud de las virtudes epistémicas del juicio que puede afirmarse que las sentencias condenatorias consentidas (que las hay, y no sólo tras juicios abreviados) no tienen nada de objetable no sólo desde lo conceptual, sino tampoco en términos constitucionales. Por eso tales sentencias, si no son recurridas, resultan incuestionablemente válidas en tanto declaraciones de culpabilidad.

Por otra parte, es esa fortaleza epistémica de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de juicio lo que fundamenta que sea suficiente contentarse con una única revisión de la condena ante un tribunal superior para que quede satisfecha la

(19) Díaz, “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”.



garantía del derecho al recurso: de no confiarse en el juicio, debería exigirse un “triple” conforme, o incluso más. Centrar la mayor parte del peso de una argumentación sobre este problema en la inevitable posibilidad de error de una sentencia, como lo hace la concepción que objeto, debería conducir a admitir que el estado de inocencia sólo se pierde tras una segunda revisión, o una tercera, o nunca, porque siempre queda pendiente la posibilidad de error. Pero semejante conclusión tornaría inviable un diseño procesal institucionalmente razonable.

d) El ámbito de aplicación propio de cada garantía

Mucho más sencillo, me parece, y sobre todo mucho menos forzado con la letra constitucional, es ver las cosas como he intentado describirlas: la sentencia condenatoria dictada tras el juicio es la que establece la culpabilidad, declarándola probada, y por tanto desactiva la presunción de inocencia; la sentencia revisora simplemente confirma o revoca esa declaración, pero de ninguna manera la “establece”. Dicho de otro modo, la garantía del derecho al recurso concede, desde luego, un derecho a que la condena inicial sea revisada, pero de ninguna manera suspende –hasta que el tribunal revisor se pronuncie– ni la declaración de culpabilidad ocurrida allí ni la ejecución de la pena impuesta como consecuencia de ello. En esto reside lo central de la tesis –que defiendo– de la no conexión o de la separación entre el derecho al recurso y la presunción de inocencia.

Con la tesis aquí defendida, tal como ya adelanté, no se vacía de contenido a la garantía del derecho al recurso, aun cuando éste quede limitado a lo que indico en el párrafo anterior. Porque esa garantía asegura al condenado no simplemente que su condena sea revisada, sino que lo sea *integralmente*, algo que *no ocurría* antes de fallos como “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”⁽²⁰⁾ (a nivel regional) o “Casal”⁽²¹⁾ (a nivel nacional). Es decir, estos fallos, que explicitaron el contenido material del derecho al recurso, realmente obligaron a toda una reestructuración de la práctica vinculada a la casación del condenado en Argentina (sobre todo de la referida a su admisibilidad formal): toda una muestra del impacto que genera esta garantía *per se*. Por eso no es conceptualmente necesario acoplar el derecho al recurso a la presunción de inocencia para que aquel tenga sentido o no quede “vacío”.

La tesis que defiendo, como se ve, evita que sean incluidas en nuestros argumentos sobre esta problemática ciertas premisas –a saber: las ya criticadas más arriba– que irremediablemente conducen a consecuencias muy implausibles, como la de la supuesta inconstitucionalidad de las condenas consentidas o la de la necesidad de un “conforme” no “doble”, sino “*ad infinitum*”. Frente a ello, creo que, antes que acudir a la poco elegante salida de una solución *ad hoc* para evitar tener que aceptar tales consecuencias es preferible deshacerse, sin más, de las premisas problemáticas. Así, simplemente asumimos lo más intuitivo: el condenado tras el juicio pierde en ese momento su condición jurídica de inocente (que en todo caso recobrará –con las reparaciones e indemnizaciones pertinentes, si corresponden– en caso de que el recurso sea exitoso). Y, como culpable, tiene derecho a recurrir la sentencia que lo condenó.

(20) Cf. Corte IDH, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, 2/7/2004.

(21) Fallos, 328: 3399.



3. Consecuencias de la tesis: impacto en justicia, legitimidad y prevención

La tesis que propicio –otra vez: la de la separación entre derecho al recurso y presunción de inocencia– genera una serie de consecuencias, tanto normativas como fácticas e institucionales. Presentaré, a continuación, un breve repaso de algunas.

a) No ejecución de las penas

Más adelante veremos que, en la actualidad, múltiples condenados son sobreseídos por prescripción de la acción penal. Ello ocurre porque transcurre tanto tiempo entre la sentencia de condena y el pronunciamiento judicial que debe tener lugar –según la opinión dominante– para que la presunción de inocencia quede desactivada, que esos procesos penales terminan sin que el condenado en juicio cumpla un solo día de pena. También es muy común que un imputado, tras ser condenado en un juicio al que llegó privado de su libertad, continúe encarcelado pero a título de prisión preventiva, y que bajo esa condición jurídica agote el tiempo de condena que le habría correspondido. Son todos casos de *no ejecución de penas ya impuestas*, y son muy numerosos.

Como ya dije, no pretendo negar que, tras una primera revisión de la condena, habrá menos probabilidad de error, y que sería retributivamente muy injusto, por error, condenar a un inocente. Pero el punto es: ¿debemos asegurarnos *tanto* de que *no haya* error, pese a la innegable fortaleza epistémica del juicio, e incluso a costa del desaire que implica para la víctima y para la sociedad la no ejecución de una pena que, en ese juicio, ha sido tenida como merecida más allá de toda duda razonable? Esto produce injusticia (retributiva)⁽²²⁾ si el condenado es realmente culpable. Y, con independencia de ello, será además ilegítimo si la falta de castigo efectivo es debida a una incorrecta comprensión del alcance de la presunción de inocencia.

Tampoco pretendo desconocer que es más cruenta la injusticia –siempre retributiva– que produce el castigo del inocente que la que genera la absolución del culpable, porque con la pena inmerecida no sólo se produce injusticia, sino que además se impone un *mal* (físico, psíquico reputacional, etc.): el mal propio de la pena. Y éste sólo es admisible si está justificado, precisamente, por razones de justicia (además de preventivas). La injusticia de la impunidad, por tanto, no es equiparable a la injusticia del castigo. Pero –hay que recalcarlo– que no se encarcele o que no se cobre una multa a quien lo merece también produce injusticia, fuera de otros múltiples efectos nocivos.

Es importante, al respecto, no perder de vista que hay datos empíricos muy contundentes que muestran que es muy baja la *ratio* de condenas revocadas tras un recurso de casación, en el sentido específico de que ello implicó o bien una absolución del condenado o la orden de que se le inicie un nuevo juicio⁽²³⁾. Y dentro de ese número es sin dudas menor la *ratio* de condenados que son genuinamente inocentes, es decir, que debieron ser absueltos no por haber sido mal condenados (aun cuando fuesen

(22) Sobre el significado de “justicia retributiva” véase la nota a pie nº 5.

(23) Un ejemplo puede respaldar empíricamente esta afirmación. De acuerdo con un estudio realizado –a mi pedido y para este texto– por Pablo Larsen, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, durante el período 2015-2019, revisó aproximadamente 1517 sentencias condenatorias recurridas por la defensa de los condenados. Sin embargo, las revocó y dictó la absolución, o anuló y ordenó la realización de un nuevo juicio, en tan sólo 175 de esos casos. Si se tiene en cuenta esa cifra, la *ratio* de revocación o anulación de condenas no supera el 11.5%.



culpables), sino por no haber cometido el delito por el que se los acusó. Esto puede inferirse del justificado estrépito que se produce cada vez que se conoce alguno de esos muy pocos casos.⁽²⁴⁾ Pues bien, si las cosas son así, entonces, si no se ejecutan las penas impuestas a personas declaradas culpables, es muy elevado el costo que se paga en términos tanto preventivos como de justicia retributiva.

Como ya dije, el riesgo de error –de condenar a un inocente– está siempre latente, pero en nuestro contexto institucional se trata de un riesgo mínimo. Las sentencias de nuestros tribunales de juicio tienen, entonces, no sólo la autoridad institucional que ya he destacado, sino, incluso, mucha autoridad en los hechos, cuanto menos hacia adentro del sistema de justicia. ¿Tiene sentido erosionar esa autoridad con un diseño que la desplace a otros tribunales –los de casación– que, a su vez, han sido instituidos para abordar las cuestiones de hecho y prueba con menores posibilidades de conocimiento?

No condenar a quien se lo merece, o no ejecutarle la pena, no sólo es injusto; cuando ello es advertido en la sociedad es también desventajoso en términos preventivos. Puede ser discutible cuánta disuasión generan las penas impuestas y ejecutadas en tiempo oportuno.⁽²⁵⁾ Pero lo que es seguro es que no se genera disuasión alguna si las penas ya impuestas –de cumplimiento efectivo– no son nunca ejecutadas contra quien, según ley, lo merece.

En mi opinión, entonces, si uno piensa en la famosa “fórmula de Blackstone” (“es mejor que diez culpables escapen a que un solo inocente sufra”),⁽²⁶⁾ el déficit que más aqueja en este momento a nuestra administración de justicia penal no pasa tanto por el hecho de que genere un riesgo importante de condenas a inocentes (aunque, como vimos, ciertamente hay casos así y constituyen verdaderas tragedias).⁽²⁷⁾ Antes bien, lo que está ocurriendo es que –ya con una frecuencia alarmante– no cumplen pena quienes han sido declarados culpables. Es decir, tenemos el problema de demasiados culpables que escapan al castigo (en términos de *hard treatment* o de cumplimiento de pena).

Nuestra experiencia como operadores de ese sistema de administración de justicia penal nos lo confirma a diario: las multas que se pagan –si es que alguna vez se pagan– terminan siendo irrisorias; los activos que son producto o instrumento del delito se decomisan demasiado tardíamente y se evita –o llega también demasiado tarde– el

(24) Como ocurre, por ejemplo, cada vez que la ONG *Innocence Project*, con su magnífico trabajo, logra sacar a la luz casos de inocentes condenados. En su página *web* pueden verse tres casos de personas injustamente condenadas que luego fueron absueltas gracias al trabajo de esta organización. Me refiero a los casos –muy conocidos públicamente– de Fernando Carrera, Cristina Vázquez y Jorge González Nieva (<https://innocenceprojectargentina.org/casos/>). Más adelante me refiero a la actuación de esta ONG también en el caso de Marcos Bazán, cuya condena fue recientemente anulada por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (*infra*, *).

(25) Cf. Nagin, “Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists”, donde se presenta evidencia empírica que demuestra que la percepción de riesgo a ser aprehendido por la policía genera más disuasión que la ejecución de penas de prisión (pp. 86 y ss.). Y se demuestra asimismo que, entre los diferentes roles posibles de la policía, el que más disuade es el de la policía como “centinela” (disuade por el hecho en sí de la vigilancia o de la presencia antes de que el delito sea cometido) y no el de la policía aprehendiendo efectivamente a personas que ya han cometido un delito (p. 90).

(26) Sobre esta fórmula y sus implicancias cf. Malarino, “The Standard of Proof and Crime Prevention”, acápite 2.

(27) Véase la nota a pie n° 22.



encarcelamiento de personas condenadas a penas de prisión efectiva si, al momento de la declaración de culpabilidad, se encontraban en libertad. Para mitigar todo esto –que genera fuerte antipatía en la opinión pública–⁽²⁸⁾ se abusa de la prisión preventiva (pero, por lo general, sólo con *ciertos* imputados),⁽²⁹⁾ y sin embargo, desde la doctrina –y más aún desde alguna jurisprudencia– se pone mucho más énfasis en cuestionar la constitucionalidad de la ejecución de condenas que no tienen aún autoridad de cosa juzgada que en objetar la constitucionalidad de esa grave medida “cautelar” que implica el encarcelamiento efectivo de quien aún no ha sido declarado culpable.⁽³⁰⁾

Ahora bien, ¿por qué es injusto no castigar al culpable, o no ejecutarle la pena? Porque la justicia retributiva no sólo exige que no se castigue al inocente, sino también que sí se castigue al culpable.⁽³¹⁾ En Argentina, sin embargo, entre los penalistas hay una tendencia muy generalizada a no considerar una injusticia el hecho de que no se condene a un culpable, o que, habiendo sido condenado, no sea castigado, en el sentido estricto de sufrir el mal propio de la pena (ir a prisión, pagar la multa, etc.). Para quienes han contribuido a conformar esta tendencia lo único injusto es el castigo del inocente; no ven injusticia, en cambio, en la absolución del culpable o en la falta de castigo –de *hard treatment*– al condenado a una pena de prisión de cumplimiento efectivo, y mucho menos ven injusticia en el no pago –o en el pago tardío o irrisorio– de penas de multa. Se trata, como se ve, de una comprensión sesgada de la idea de justicia retributiva.

Esa tendencia a la que me refiero en el párrafo anterior es más una creencia generalizada (con impacto en la praxis cotidiana) que una toma de posición jurídicamente precisa. Pero hay algunos intentos doctrinarios para fundamentar dicha idea. Así, por ejemplo, se ha sostenido que “la injusticia de la condena no solo se define por un error material, sino también por el incumplimiento de las reglas a las que el propio ciudadano imputado ha supeditado su declaración de culpabilidad... A ello se refiere la idea de inocencia jurídica que, según entiendo, es la que debe primar en el proceso penal”.⁽³²⁾

Es decir: según este punto de vista, si se condena a un culpable pero con violación a las reglas del debido proceso, habrá injusticia; y de ello se sigue la inversa: si se absuelve a un culpable por respetarse las reglas del debido proceso, no habrá injusticia.

(28) En efecto, en relación con la mencionada fórmula de Blackstone, hay muchas “encuestas de actitudes públicas (que) indican que, aunque la mayoría de la gente cree que es peor condenar a un inocente que absolver a un culpable, la preferencia por absolver al culpable en comparación con condenar al inocente no es tan fuerte como para apoyar una distribución de errores demasiado asimétrica... Además, recientes investigaciones longitudinales han concluido que la aceptación de la gente de la ratio de Blackston está disminuyendo con el tiempo (véase Xiong et al., 2017). Las investigaciones empíricas también muestran que la gente cree que el sistema de justicia penal dificulta demasiado la condena de los culpables (Gallup, 1994), deja libres a demasiados culpables por tecnicismos legales (Tyler, 1998), o no es suficientemente duro con los delincuentes (GSS, 1972-2018; Tyler 1998)” (Malarino, *The Standard of Proof and Crime Prevention*, acápite 3, nota a pie n° 19, con las referencias completas de los estudios empíricos allí citados).

(29) Cf. los diversos estudios empíricos publicados en Rodríguez/Viegas Barriga (eds.), *Circuitos carcelarios. Estudios sobre la cárcel argentina*, que muestran que la mayoría de las personas privadas de su libertad en nuestro país –con o sin condena– son socialmente desaventajadas o, decididamente, pobres.

(30) Debo a Nicolás Czizik esta última reflexión.

(31) Cf. al respecto, por todos, Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, pp. 91, 154 y *passim*.

(32) Díaz, “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”.



Como se ve, esta idea y su fundamentación parten de un error que, a mi juicio, es muy serio: confundir *justicia* –siempre retributiva, porque de eso se trata en este contexto– con *legitimidad*.⁽³³⁾ Que haya o no justicia (retributiva) es un asunto moral; mientras que haya o no legitimidad (esto es: cumplimiento de las reglas del debido proceso) es un asunto jurídico.

Lo que acabo de indicar exige tener en cuenta algo que, supongo, debería ser un lugar común: nadie es inocente o culpable en función del cumplimiento o incumplimiento de las reglas del debido proceso. Inocente es quien no cometió el delito por el que se lo acusa, y culpable es quien sí lo cometió, con total independencia del cumplimiento o incumplimiento de las reglas del debido proceso e, incluso, con total independencia de lo que ha sido probado en el proceso.

Sintéticamente: no es lo mismo “*p*” que “está probado que *p*” (donde “*p*” significa que el acusado es culpable o inocente).⁽³⁴⁾ Se es culpable o inocente en función de lo ocurrido *en el mundo*; o con más precisión: en función de lo que el acusado hizo o no hizo en el mundo (se trata, por tanto, de un asunto ontológico). Mientras que está probada –o no lo está– la culpabilidad o la inocencia de un acusado en función de lo ocurrido *en el proceso*; o con más precisión: en función de lo que jueces, defensores, acusadores e imputados hicieron en el proceso (se trata, por tanto, de un asunto epistemológico).

Frente a esto, intentar introducir esta idea de “inocencia jurídica” resulta sumamente problemático. Hablar de “inocencia jurídica” sería correcto –aunque trivial– si con ello se hiciese referencia a la regla jurídica de que todo imputado tiene que ser tenido como inocente (aunque no lo sea) hasta tanto se pruebe su culpabilidad, es decir, si fuese otra forma de designar a la presunción de inocencia tradicional. Pero si con dicha expresión pretendiera sugerirse algo más, y en particular la idea de que el incumplimiento de las reglas del debido proceso produce injusticia (retributiva), entonces estaríamos ya ante una afirmación incorrecta, pues, como ya dije, ello implicaría confundir injusticia con ilegitimidad.

Por supuesto que podría indicarse que la violación de las reglas del debido proceso produce no esa clase particular de injusticia sustantiva que es la injusticia retributiva, sino alguna forma de “injusticia procedimental”; es decir, podría sostenerse que la vulneración de esas reglas procesales no es *unjust*, sino *unfair*. Pero entonces la discusión se reduciría a una cuestión de palabras, porque por *unfair* (o por “injusticia procedimental”) no cabe entender nada distinto a lo que aquí he definido como “ilegitimidad”.⁽³⁵⁾ Lo importante es tener en cuenta que hay una diferencia importantísima entre justicia sustantiva, por un lado, y legitimidad (o justicia procedimental) por el otro; y, en función de ello, ser muy precisos en el uso del lenguaje. De lo contrario se genera mucha confusión.

Me pregunto, entonces, qué sentido tiene forzar las cosas, intentando dar a la *inocencia* (no a su presunción) un significado jurídico, cuando se trata, como ya dije, de un asunto puramente fáctico. Nuevamente: se es o no se es inocente, con independencia de lo que ocurra en un proceso penal. La presunción de inocencia –que, como tal, sí es

(33) En cuanto a esta distinción entre justicia y legitimidad (o entre justicia sustantiva y justicia procedimental, o entre *justice* y *fairness*) sigo a Rawls, “Réplica a Habermas” (especialmente pp. 135 y ss.).

(34) Cf. al respecto Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, *passim*.

(35) Al respecto véase nuevamente la referencia bibliográfica citada en nota a pie n° 31.



puramente jurídica– impone a los jueces la obligación de tratar al imputado *como si fuera inocente*, aunque crean que es culpable. No puede imponerles *creer* que es inocente, porque es imposible imponer creencias; pero sí puede imponerles *aceptar la inocencia del imputado, aunque no crean en ella.*⁽³⁶⁾ La presunción de inocencia no pierde un ápice de su señorío si se la limita, como corresponde, al ámbito que le es propio, que es el de la legitimidad de las decisiones judiciales y no el de su justicia (sustantiva o retributiva).

Si se absuelve a un culpable por respetarse la presunción de inocencia y otras garantías procesales que derivan de ésta, esa decisión será indiscutiblemente legítima, pero también irremediabilmente injusta. Del mismo modo, si se condena a un inocente con estricto respeto a la presunción de inocencia y demás garantías derivadas, ello será sin dudas legítimo, pero inexorablemente injusto. No necesitamos ennoblecer a la presunción de inocencia con el prestigio del vocablo “justicia” para que aquella cumpla acabadamente con su función de garantía, que es asegurar la *legitimidad* de una sentencia de condena.

Pues bien, conforme a todo esto, no ejecutar las penas a quienes han sido declarados culpables tras el juicio será injusto si el condenado es culpable. Pero será además ilegítimo si esa demora en la ejecución está fundada en una comprensión incorrecta del alcance de la presunción (jurídica) de inocencia. El objetivo central de este trabajo es, precisamente, mostrar esa ilegitimidad.

b) No ejecución de las penas a tiempo

La erosión de la autoridad judicial que he mencionado se ha producido ya –y muy visiblemente– en la Argentina: la administración de justicia ha alcanzado índices negativos en confianza y credibilidad como, creo, nunca antes.⁽³⁷⁾ A mi modo de ver, esa imagen negativa tiene su razón central en el desempeño del sistema penal, porque es el que tiene más visibilidad. Creo, también, que una parte importante de esa decepción generalizada es causada por el tiempo inusitado que puede llevar en nuestro país que ciertos condenados a penas de prisión efectiva cumplan su pena.⁽³⁸⁾ Y la causa de ello reside principalmente (otra vez: a mi juicio) en la equivocada lectura constitucional que hacen ciertos tribunales penales –y una mayoría doctrinaria muy clara– de las garantías aquí analizadas: presunción de inocencia y derecho al recurso.

Con la interpretación hoy dominante de esas garantías, en efecto, el cumplimiento de los fines de la pena es postergado a un momento en el que ya la contracomunicación que implica el castigo penal contra la decisión del infractor de apartarse del derecho

(36) Sobre la crucial distinción entre creencia y aceptación como actitudes proposicionales (o estados mentales con contenido proposicional) frente a la prueba en un proceso judicial cf. Cohen, L. J., *An Essay on Belief and Acceptance*; Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, pp. 75 ss., 79 ss.; Pérez Barberá, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba”, pp. 40 y ss. Agradezco a Alejandra Verde su sugerencia de incluir aquí esta referencia.

(37) Cf. al respecto los resultados de una encuesta reciente llevada a cabo por la Universidad de San Andrés, en la que la justicia (o los jueces) ocupan el peor lugar entre las instituciones argentinas con imagen negativa: <https://www.lanacion.com.ar/politica/encuesta-que-imagen-tienen-los-argentinos-del-campo-los-movimientos-sociales-los-sindicatos-y-la-nid26042022/>.

(38) Esto, como ya vimos, tiene respaldo empírico en países que disponen de las estadísticas pertinentes (véase *supra*, nota a pie n° 26).



llega demasiado tarde⁽³⁹⁾. Se ha dicho con razón, en tal sentido, que para que la pena pueda cumplir con tal cometido es necesario que sea palmariamente visible para la sociedad, lo que obliga a que su imposición implique cierta rudeza (el ya referido *hard treatment* o mal propio de la pena). Si la sanción penal no es en algún sentido drástica no comunica lo que tiene que comunicar o, quizá mejor expresado, se dificulta el acceso cognitivo a esa comunicación⁽⁴⁰⁾.

Pues bien, institucionalmente, vale insistir, el proceso penal está diseñado para que tanto la absolución como la condena cumplan su función comunicativa tras el juicio público, con la presencia física, incluso, de ciudadanos atentos al desenlace, algo que de hecho sucede, al menos en los casos de mayor difusión. Este diseño pretende que los resultados de los procesos penales, siquiera mínimamente, atiendan también al principio democrático⁽⁴¹⁾.

Nada está más lejos de esto, sin embargo, que el hecho de que la ejecución de una sentencia de condena sea posible sólo tras años de haberse resuelto el juicio, bajo la opacidad propia de los procedimientos recursivos.⁽⁴²⁾ Esta situación, ciertamente, podría morigerarse si se diera más publicidad a los debates ante los tribunales revisores, pero por múltiples razones no es posible que éstos logren el mismo grado de inserción en el debate público que el que consigue el juicio propiamente dicho. Gran parte del impacto simbólico de la pena, esencial según las mejores explicaciones disponibles respecto de

(39) Acerca de esta visión comunicativa de la pena véase Pérez Barberá, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, pp. 1 y siguientes.

(40) Así, entre muchos otros, Feinberg, “The expressive function of punishment”, p. 98; von Hirsch, *Past or future crimes*, ps. 51-53; Puppe, *FS-Grünwald*, 1999, p. 479; Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schönigh, Paderborn et al., 2004, p. 30; Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 116 y siguiente.

(41) Sobre esto cf., por todos, Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, § 6, F, ps. 661-662; Duff-Farmer-Marshall-Tadros, *The trial on trial*, t. III, p. ps. 259 y siguientes.

(42) Estas consecuencias tan negativas en términos de cumplimiento de los fines de la pena comienzan a ser objeto de debate incluso en la praxis del fuero –de entre los muchos que se superponen en la ciudad de Buenos Aires– más reacto a las ideas que presento aquí: el de la denominada “justicia nacional”. Así, por ejemplo, los fiscales María Luisa Piqué e Ignacio Mahiques presentaron, recientemente, un pedido de prisión preventiva a una persona con condena confirmada, pero argumentaron, también, en favor de la necesidad de ejecutabilidad inmediata de las condenas. Este caso es un buen ejemplo de lo que digo en el texto en relación con el tiempo muy prolongado que separa una sentencia de condena de su ejecución efectiva, incluso en casos graves y con penas relativamente altas. Se trata, en efecto, de un hombre condenado a seis años de prisión por violar reiteradamente a quien fuera su novia, con condena confirmada por la CNCCC y con recurso extraordinario federal de la defensa rechazado por ese tribunal. El condenado, no obstante, según opinión del TOC interviniente debía continuar en libertad hasta que la CSJN rechazara la queja. Los hechos son de 2014; la sentencia de condena fue dictada por el TOC 15 en 2019; la confirmación de esa condena por parte de la CNCCC –y el rechazo del recurso extraordinario federal por inadmisibles– fue en 2021. La solicitud mencionada de los fiscales es de junio de 2022 y, por supuesto, fue rechazada por el TOC. Es decir: han pasado ya ocho años desde los hechos y tres años desde la condena y esta persona, como durante todo el proceso, pero ya declarada culpable, continúa en libertad y, por tanto, aún no ha comenzado a cumplir pena, ni siquiera con “doble conforme” de por medio. Se trata, por supuesto, sólo de un ejemplo; hay muchísimos otros casos similares. Las referencias relevantes son las siguientes: caso “Marchesini”, sentencia del TOC de fecha 2/9/2019 en el marco de la causa CCC 28528/2015/TO1CNC1; sentencia de la CNCCC de fecha 29/12/2021 (Reg. 2034/2021); el dictamen de los fiscales es de fecha 1/6/2022; y la nueva sentencia del TOC es de fecha 2/6/2022.



su función⁽⁴³⁾, se pierde con esta peculiar práctica procesal que deriva en **ejecuciones a destiempo**.

Según datos fehacientes de los que dispongo, pero que aún es necesario procesar, en no pocas ocasiones tanto fiscales como jueces de ejecución han estado ante la duda de solicitar u ordenar detenciones de personas que fueron condenadas hace años, para que comiencen a cumplir su pena porque la Corte Suprema ha rechazado el último recurso que tenían disponible.⁽⁴⁴⁾ Pues bien, en muchos de estos casos, por el transcurso de tanto tiempo, ya no existen razones preventivas para justificar un encierro tan tardío. Parece injustificado, entonces, obligarlos a cumplir un castigo ahora por lo que fueron condenados lustros atrás. ¿Pero sería justo liberarlos de ese *hard treatment* pese a que la razón retributiva para castigar ha sido confirmada y que, por tanto, la pena resulta merecida?

Dilemas innecesarios en los que se coloca a nuestros funcionarios judiciales sólo por insistirse con una práctica que, como vimos, no tiene fundamentos constitucionales. Por supuesto que sería una tragedia que una sola vez se corrobore la condena de un inocente. Pero mientras tanto, con la praxis que hoy tenemos, la demora inusitada en la ejecución de penas impuestas tras un juicio está haciendo estragos normativos en nuestra sociedad. Ya lo dijimos: si el condenado es culpable (es decir, si cometió realmente el hecho por el que se lo acusó), y se le impuso una pena de prisión de cumplimiento efectivo, entonces será injusto que cumpla con esa pena demasiado tarde, será ilegítimo que se invoque a la presunción de inocencia para justificar esa demora y, además, tendrá ello los costos indicados en términos de prevención.

c) Profundización de la selectividad del sistema penal

Tal como lo señalé ya en la introducción, el sistema hoy aplicado es, además, funcional a la denominada selectividad del sistema penal⁽⁴⁵⁾. Porque lo que produce es que, tras la sentencia de condena, continúen encarcelados quienes llegan a juicio en

(43) Véanse nuevamente las referencias citadas *supra* en nota a pie n° 38.

(44) El caso más resonante tal vez sea el de algunos de los funcionarios condenados por las muertes y lesiones en los incidentes de diciembre de 2001. En uno de esos casos (“Juárez”, CFP 022080/2001/TO01/3/4) la CSJN desestimó la queja de la defensa el día 29/04/2021, esto es, veinte años después de cometidos los hechos y cinco años después de la condena, que había sido dictada por el TOF 6 el día 23/05/2016. Por el cómputo de pena aplicable, ese condenado –que estaba en libertad desde hacía años– tendría que haber sido detenido en 2021 para cumplir (a título –por fin– de pena y no de prisión preventiva) unos pocos días de prisión. ¿Habría tenido sentido? En términos preventivos, claramente no; en términos retributivos, quizá. Pero la pena no puede imponerse si no hay razones preventivas que la avalen. Esa persona, veinte años después de esos hechos, ya es “otra persona”. Ejecutarle la pena hoy, por tanto, no puede estar justificado, y por eso fue correcto, a mi juicio, el dictamen del fiscal Nicolás Czizik, que apoyó la petición de la defensa de evitar esa detención, y la decisión en el mismo sentido por parte del tribunal (resolución de fecha 30/06/2021). El punto, con todo, es que esa persona había sido condenada por cometer un delito grave, respecto del cual, debido a los criterios jurisprudenciales que aquí crítico, nunca tuvo que cumplir pena. Una consecuencia lamentable y, sobre todo, producto de un posicionamiento jurisprudencial a todas luces incorrecto que debería ser dejado de lado no sólo por eso, sino también por estas consecuencias irrazonables que produce. Recuérdese que la CSJN tiene dicho que los jueces no deben “prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión” (Fallos, 344:3156, entre muchos otros).

(45) Cf. al respecto, por todos, Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, pp. 30 y siguientes.



prisión (preventiva), por lo general personas que, socialmente, son muy desaventajadas. Con esa misma lógica, lo que sucede en la realidad es que, tras una condena a prisión efectiva, continúan en libertad quienes han llegado a juicio sin haberla perdido antes. Por supuesto que no todas esas personas son socialmente aventajadas ni “poderosas”, pero muchas sí lo son⁽⁴⁶⁾.

Si hay algo que deslegitima profundamente a la administración de justicia penal es la percepción de que no se aplica en forma igualitaria, o que se aplica con sesgos ostensibles, en particular con los que están basados en diferencias sociales, o raciales, o en el poder fáctico (político o económico) que ostentan las personas imputadas.⁽⁴⁷⁾ En los hechos, la comprensión “garantista” que aquí critico –tanto de la presunción de inocencia como del derecho al recurso– lejos está de honrar ese trato igualitario, porque sólo ha servido para asegurar que el rigor de la pena no sea aplicado a los poderosos. Y el sistema de recursos, aplicado de conformidad con esa concepción, contribuye de modo muy relevante al aseguramiento de esa forma de impunidad.⁽⁴⁸⁾

Ahora bien, la lectura que objeto de la presunción de inocencia y del derecho al recurso no sólo profundiza estos sesgos que en los hechos benefician a los poderosos, sino que también impide que pueda ejecutarse la pena respecto de muchísimas personas que socialmente serían tenidas como “delincuentes comunes”, en el sentido doble de que no ostentan ninguna clase de poder y de que cometen delitos como robos, hurtos, abusos sexuales, estafas comunes, encubrimientos, lesiones corporales leves pero agravadas por mediar violencia de género, amenazas, coacciones, etc. Quienes están interesados en que sean sobre todo esta clase de infractores los que estén en las cárceles tienen, pues, motivos para preocuparse con este *statu quo* en materia de ejecución de penas.

(46) Sobre el trato diferenciado, menos gravoso, que suelen recibir los denominados delincuentes de cuello blanco en los procesos penales existen sobradas evidencias empíricas y medulosos análisis teóricos. Esencial al respecto sigue siendo Sutherland, *White Collar Crime*; cf. también Green, *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno*, pp. 340 y siguientes.

(47) Es lo que demuestran las investigaciones criminológicas sobre lo que, en esa disciplina, se conoce como “justicia procedimental” (que es algo muy diferente a lo que, con esa misma expresión, se designa en filosofía política; sobre este último significado de la expresión véase la nota a pie nº 31). En criminología empírica se entiende por “justicia procedimental” lo que percibe el ciudadano cuando advierte que las autoridades judiciales y policiales son, además de respetuosas, *imparciales* con quienes investigan, en el sentido de que toman sus decisiones sin sesgos ni discriminación. Esa percepción inclina a las personas a obedecer el derecho, mientras que, naturalmente, ocurre lo contrario si lo que perciben es *parcialidad*. Cf. al respecto Tyler, “Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law”, (especialmente pp. 300 y s.); Tankebe, “Cooperation with the Police against Corruption: Exploring the Roles of Legitimacy, Deterrence and Collective Action Theories” (especialmente p. 1393).

(48) La cuestión ya ha ganado estado público en Argentina, como lo demuestra la intensa difusión en los medios de prensa del informe de FORES, para la OEA, respecto de las características de la investigación penal del poder (público) en Argentina. Allí se lee, por ejemplo, que la Argentina “tiene un sistema normativo muy aceptable para combatir y reprimir la corrupción. Pero no se cumple. En realidad, parecería que el país ha construido un sistema funcional a la corrupción, sea en forma deliberada, sea por omisiones o negligencias” (p. 8). A continuación, se destaca que en estos procesos penales siempre hay notables demoras y al respecto se indica que, en parte, “los problemas de las demoras surgen de un Código Procesal que permite un replanteo casi sin límites de recursos” (p. 9). El informe completo puede verse aquí: <https://foresjusticia.org/2021/06/03/un-pais-en-estado-de-sospecha-la-argentina-y-la-corrupcion-2009-2021/>.



En efecto, por sólo poner la mirada en el fuero penal nacional de la Capital Federal, en este momento hay literalmente decenas de personas condenadas en juicio –y cuya condena fue ya confirmada en casación– que, no obstante, están siendo sobreseídas por prescripción de la acción penal,⁽⁴⁹⁾ con todo lo que eso implica, otra vez, en términos de justicia y de disuasión.

Esto es así, por un lado, porque –como luego se verá con más detalle– en esa jurisdicción se defiende fuertemente la idea de que ninguna condena penal puede ser ejecutada hasta que esté firme, y por “firme” se entiende, a su vez, únicamente a la condena cuyo recurso ha sido rechazado por la CSJN. Y, por el otro, porque precisamente la Corte Suprema nacional ha dejado en claro que, según el art. 67, 6° párrafo, inc. e) del CP, **lo último que interrumpe la prescripción de la acción penal es la sentencia de condena dictada por primera vez** (es decir, por lo general, la que dictan los tribunales de juicio), y no la confirmación de esa condena por parte de la instancia casatoria.⁽⁵⁰⁾

Así, en muchos de estos casos, quien había sido condenado y por tanto hallado culpable en juicio termina siendo sobreseído, porque entre la confirmación de la condena por parte del tribunal de casación y el pronunciamiento nunca acaecido de

(49) Por sólo poner algunos ejemplos, esto sucedió en los casos “Cretari” (reg. n° 769/2021; rta. el 9/6/2021), “Valenzuela” (reg. n° 1906/2019 de 12/12/2019), “Borlicher” (reg. n° 3435/2020 de 23/12/2020), “Garro” (reg. n° 1921/2021 de 10/12/2021), “Aidembbaum” (reg. n° 1576/2021 de 20/10/2021), entre muchos otros. Y se trata sólo de decenas de casos (y no de cientos) porque ciertos delitos muy abundantes y con penas generalmente bajas, que antes eran de la competencia del fuero nacional en CABA (como las lesiones corporales culposas y dolosas), fueron recientemente transferidos a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (por resolución de CABA de fecha 01/01/2019, que implementa lo establecido al respecto en la Ley 26.702). Allí tendrán, pues, este problema si deciden seguir el criterio de que una pena sólo es ejecutable una vez que se pronuncia la CSJN.

(50) Así lo ha ratificado la CSJN –interpretando el art. 67, 6° párrafo, inc. e) del CP– en el caso “Farina” (Fallos, 342:2344); reiteró luego esa postura en los casos “Mawiel” (Fallos, 344:3431) y “López” (Fallos, 345:331). Un sector de la doctrina se ha pronunciado ya críticamente respecto del caso “Farina” (así, por ejemplo, Piqué-Martínez, “La prescripción de la acción después de la condena. Análisis crítico del fallo ‘Farina’ de la Corte Suprema y su impacto en la persecución y sanción de los delitos”; Luzardo, Wendell, “A un año del fallo ‘Farina’ de la CSJN: un pronunciamiento que no llegó en un plazo razonable”). Pero, a mi juicio –y como lo digo en el texto–, el problema no está en “Farina” –ni en el art. 67, 6° párrafo, inc. e) del CP–, sino en la jurisprudencia de la CNCCC, que insiste en que una condena penal sólo puede ser ejecutada después de que queda confirmada por la CSJN (cf. las referencias jurisprudenciales citadas en la nota a pie n° 58). Recientemente, la CNCCC ha ratificado esta posición en el caso “Fraga”, causa CCC 44539/2016/TO1/CNC3 - CNC1, sentencia de fecha 13/07/2022, votos de los jueces Bruzzone, Rimondi y Divito. Allí incluso se afirma –aunque sin fundamentación alguna– que esa doctrina respecto del comienzo de la ejecución de la pena se infiere del propio fallo “Farina” de la CSJN. Ningún considerando de este fallo de la Corte, sin embargo, autoriza esa inferencia; ese problema ni siquiera fue abordado en dicho precedente del máximo tribunal federal, referido a un caso en el que, como el propio tribunal casatorio lo reconoce, no había tenido trámite de ejecución penal, por lo que, en tanto el tema no había sido objeto de agravio, la Corte no podía más que considerarlo como un supuesto que involucraba a la prescripción de la acción, y no de la pena. Como luego se verá, si durante tantos años han coexistido esta doctrina de la CNCCC y la del plenario “Agüero” de la CFCP, es porque la Corte nunca se ha pronunciado sobre este punto expresamente (no hay por tanto, al respecto, un precedente de la CSJN), aunque –como también se dirá después, lo que sostuvo la Corte a modo de obiter en “Olariaga” la acerca mucho más, en este punto, al criterio de la casación federal (y de muchos tribunales superiores de provincia) que al de la casación nacional.



la CSJN transcurre por lo general tanto tiempo que, finalmente, termina operando la prescripción de la acción penal.

A mi juicio, sin embargo, no sería correcto cargar en la CSJN la responsabilidad de esta situación escandalosa: me parece irreprochable la lectura que, en el citado precedente “Farina”, hace la Corte del art. 67, 6° párrafo, inc. e) del CP. El problema, a mi modo de ver, no está ahí. Creo, antes bien, que la responsabilidad principal le cabe a los tribunales penales inferiores (de juicio y de casación) que insisten con la tesis –cuya incorrección espero haber demostrado aquí– de que la Constitución exige que haya autoridad de cosa juzgada para que una persona pueda dejar de ser tenida como inocente y, consecuentemente, pueda ejecutársele la pena. O que, como luego se verá, insisten en que sentencia condenatoria “firme”, en este contexto, sólo puede ser aquella respecto de la cual *la CSJN* ha dictado un fallo que, en los hechos, la avale.

d) Los costos –en justicia y prevención– de erosionar la autoridad del juicio

La tesis contraria a la que defiendo ha tenido por efecto degradar la sentencia dictada tras el juicio, a punto de tornarla un paso meramente formal hacia la del tribunal del recurso, pese a que, como ya se explicó, es aquella sentencia, y no esta última, la que encarna el momento más importante –y más sólido epistémicamente– del proceso. La praxis actual hace que los jueces de juicio pierdan gravitación en el proceso y que, consecuentemente, se sientan menos responsables, pues se creen con derecho a “delegar” esa responsabilidad en los tribunales revisores, superiores en jerarquía, sí, pero inferiores en términos de posibilidades epistémicas. No creo que sea prudente ver en esto una suerte de “genialidad” vernácula en favor de las garantías del acusado; se trata, antes bien, de un serio error normativo con consecuencias comprensiblemente irritantes desde una mirada tanto empírica como institucional.

En términos conceptuales –y también prácticos– con la interpretación que sugiero se logra, en cambio, que, si la condena implica cumplimiento efectivo de pena en prisión, ese encierro pueda ser ejecutado inmediatamente después de dictada la sentencia *y a título de pena*, no de prisión preventiva pensada en relación con una pena que sólo puede hacerse efectiva una vez agotada la etapa de recursos. Si ha habido declaración de culpabilidad, esta consecuencia es justa y, además, puede generar disuasión. La concepción que critico, en cambio, es retributivamente injusta respecto de quien ha sido declarado culpable porque no recibe su merecido pese a eso; es injusta con relación a la víctima, que con esta solución deja de ser tomada en serio; y diluye por completo los efectos preventivos de la pena.

Frente a semejantes efectos nocivos que produce la tesis que objeto, y, a la vez, la innegable importancia de la presunción de inocencia como derecho fundamental, es necesaria, entonces, una ponderación, que permita un tratamiento equilibrado de los intereses en juego. Creo que la posición que defiendo logra ese equilibrio: conforme a ésta, el condenado, ante la posibilidad escasa de error que genera un juicio (otra vez: por sus virtudes epistémicas), puede no obstante recurrir esa sentencia; pero sin que esto implique, precisamente por la muy probable verdad de tal declaración de culpabilidad, que mientras se produce dicha revisión el condenado siga siendo tenido, jurídicamente, como inocente, y siga teniendo derecho, por tanto, a que no se le ejecute la pena.

La baja probabilidad de condenas erróneas resulta de cómo están diseñados nuestros procedimientos penales, es decir, en principio puede ser planteada como mera hipótesis teórica. Pero no deja de ser interesante que, como se ha visto, los datos empíricos de los que disponemos corroboren, hasta ahora, esa predicción. Como enseguida se verá,

si no fuera así no tendríamos los procedimientos penales que tenemos, o tendríamos que modificarlos de inmediato. Es más, supongamos que, como todo lo indica, terminan generalizándose los juicios por jurados en Argentina: ¿a qué argumento podrá apelarse en tal caso para negar que es el veredicto de culpabilidad *del jurado* lo que desactiva la presunción de inocencia? La praxis que objeto, entonces, no sólo deteriora nuestro presente; además, no encaja en nuestro futuro.

Por lo demás, ya dije que francamente no creo –como se ha afirmado–⁽⁵¹⁾ que ciertos retoques para acelerar o transparentar la fase recursiva puedan dar una solución adecuada a esta problemática. ¿Cuál sería la propuesta? ¿Prohibir el recurso de la acusación contra sentencias absolutorias? Ello generaría otro sinnúmero de problemas tanto de justicia como de legitimidad (sobre esto he escrito largamente en otro lugar y no puedo reproducirlo aquí).⁽⁵²⁾ ¿O, tal vez, restringir con más fuerza el acceso a la Corte Suprema? Nuestra experiencia judicial no permite ver como demasiado prometedor esa clase de soluciones; al final, siempre termina recurriéndose todo. Por lo demás, salvo que la revisión consista en otro juicio oral y público completo, nunca podrá tener sus mismas virtudes epistémicas.

Podría señalarse, en relación con esto último, que las condenas que tienen lugar en ejercicio de la denominada “casación positiva” (esto es, las condenas que se producen por primera vez en la instancia casatoria, tras un recurso exitoso de la acusación en contra de una sentencia absolutoria) no tienen tras de sí las virtudes del juicio, por lo que, en función de mi tesis, no serían idóneas para desactivar la presunción de inocencia. Pero argumentar en tal sentido es, creo, otro error.

En efecto, en casos como esos, ha habido un juicio, con todas sus virtudes epistémicas. Una cosa es que el procedimiento previsto por ley sea epistémicamente virtuoso, y otra, muy distinta, es que los jueces que lo aplican sean epistémicamente deficientes. Si una condena producida por primera vez en la instancia casatoria tiene legitimidad para desactivar la presunción de inocencia –tal como yo lo creo– es porque, al igual que las sentencias de condena dictadas por los tribunales orales, tiene detrás de sí a un juicio que había dado ya todas las razones para declarar la culpabilidad del acusado y que, simplemente, tenía que ser bien interpretado.

Creo, entonces, que la contrariedad principal que hoy tenemos en Argentina en materia de ejecución de condenas no pasa tanto por un supuesto alto riesgo de que se condene a un solo inocente, sino por el hecho de que se ha terminado minimizando el problema que emerge cuando lo que tenemos son cientos o miles de personas declaradas culpables que no están cumpliendo la pena que, según esa declaración, merecen. Sobre lo primero (riesgo de condena a un inocente), desde el Iluminismo hasta hoy se ha llamado mucho la atención, y habrá que seguir haciéndolo; pero es necesario, además, comenzar a mostrar que tampoco es viable, en un Estado de derecho, un sistema procesal que provoca, tan asiduamente, lo segundo (penas merecidas que no se ejecutan).

Rawls –partiendo de la distinción entre justicia y legitimidad explicada más arriba– decía que un procedimiento legítimo no perderá esa condición aunque algunos de sus resultados sean injustos, pero aclaraba: salvo que sean excesivamente injustos; en tal caso, la injusticia de los resultados sí socava la legitimidad del procedimiento.⁽⁵³⁾

(51) Cf. Díaz, “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”.

(52) Cf. Pérez Barberá, “§ 23. Recursos”.

(53) Cf. Rawls, “Réplica a Habermas”, pp. 136 y s.



Por eso indicaba que, en rigor, no hay justicia procedimental pura: “la justicia de la justicia procedimental depende en parte de la justicia de los resultados”;⁽⁵⁴⁾ es decir: no hay justicia procedimental si ésta conduce asiduamente a resultados sustantivamente injustos. Sistemas así –indicaba Rawls– son irremediabilmente abandonados en el marco de diseños institucionales para los cuales la justicia sustantiva es un valor importante.⁽⁵⁵⁾

Pues bien, la no ejecución de la pena impuesta a personas declaradas culpables tras un juicio es –hay que decirlo otra vez– sustantivamente injusto. Si ello ocurre en forma aislada, no producirá un problema institucional. Pero si es lo que ocurre en cientos o hasta miles de casos –como hoy a nivel federal y nacional en Argentina– entonces debería comenzar a pensarse, seriamente, si no hay razón en el clamor ciudadano que está exigiendo un cambio urgente en nuestra forma de administrar justicia penal.

e) ¿Y la pena de muerte?

Habría, no obstante, una objeción terminante contra mi punto de vista, precisamente por una consecuencia intolerable que, según parece, produciría. Me refiero a lo que podríamos denominar “la ¿objeción? de la pena de muerte”, que el mismo Julio Maier ha presentado como una provocación inquietante, con su reconocida capacidad de polemista: si no hubiese una vinculación entre presunción de inocencia y derecho al recurso –la vinculación que yo objeto, precisamente–, entonces, si estuviese vigente la pena de muerte, habría que matar primero al condenado y después resucitarlo de algún modo en caso de que el recurso fuese exitoso.⁽⁵⁶⁾

Antes que nada, creo que es claro que esto, más allá de su impacto emotivo, no es un argumento genuino. Pero hay un punto ahí, y es pertinente, por tanto, decir algo al respecto. Mi respuesta es esta: también en los sistemas que prevén la pena de muerte con juicios orales como los nuestros (o incluso mejores, epistémicamente hablando) debería ser la sentencia de condena dictada tras el debate oral la que derrote a la presunción de inocencia. Sólo que, en esos casos, el retraso de la ejecución *del culpable* hasta que haya sido emitido el último fallo revisor posible –e incluso el último indulto posible– se justifica por la irreparabilidad absoluta de esa clase de pena.

No niego que un solo día de prisión genera daños gravísimos en quien lo sufre. Pero esa pena, con todo lo cruenta que es, no es absolutamente irreparable como sí lo es la de muerte. Dicho de un modo simple: no es lo mismo una pena que la otra. La pena de prisión, en caso de revocación de la condena, puede ser interrumpida (la multa puede ser devuelta, etc.); y, en su caso, habrá de otorgarse a la persona erróneamente condenada una reparación moral y material para –por cierto que en forma inevitablemente insuficiente– repararle el daño infringido.

No me parece una buena objeción, entonces, generalizar a partir no tanto de la pena de muerte en sí, sino, antes bien, de uno de sus principales problemas, que es precisamente la inviabilidad –en un Estado de derecho– de su ejecución inmediata. Porque eso conduce a desentenderse, sin justificación seria, de todas las graves

(54) Rawls, “Réplica a Habermas”, p. 130, nota a pie n° 69.

(55) Cf. Rawls, “Réplica a Habermas”, pp. 128 y ss.

(56) Véase la cita de estas palabras de Maier en Díaz, “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”.



dificultades institucionales, señaladas más arriba, que genera la demora en la ejecución de la pena de prisión y de otras menos cruentas. La inviabilidad de su ejecución inmediata es, de hecho, una de las buenas razones para abolir la pena de muerte, porque ello neutraliza muy considerablemente su función expresiva y hasta sus efectos retributivos y preventivos, sin perjuicio de las demás objeciones –más importantes– vinculadas con su extrema crueldad.

No obstante, se podría ir más allá en la crítica a mi posición, y plantearse lo siguiente: aceptemos que la condena tras el juicio derrota la presunción de inocencia, y que a partir de allí el otrora imputado es un “penado” (para decirlo con el lenguaje de la Constitución). De todos modos: ¿por qué no diferir la ejecución de esa pena hasta que la condena sea revisada? ¿Por qué el culpable tendría ese derecho sólo frente a la pena de muerte y no frente a la de prisión, que, por más que no sea absolutamente irreparable, es de todas maneras muy cruenta?

En verdad, ya he dado una respuesta a esto: porque, llegados a este punto, no queda más que ponderar si no se quiere perder el necesario equilibrio que este problema tan delicado nos interpela a conservar. Así, conforme a dicha ponderación, habría que partir de la tesis ya presentada de que toda pena sólo puede cumplir acabadamente con sus fines si es ejecutada de inmediato. Y aceptar que no hacerlo genera males muy serios en una sociedad (los he detallado más arriba). En consecuencia, estará justificado admitir tales males si con eso se previene uno mayor –por su absoluta irreparabilidad–, que es la ejecución de quien, erróneamente, ha sido condenado a morir.

Pero si el mal que genera la pena no es absolutamente irreparable, y se trata de un mal que en un juicio epistémicamente robusto ha sido considerado merecido y que ha de producir, asimismo, utilidades extrínsecas de peso (preventivas, básicamente), entonces debe –siquiera por regla– imponerse de inmediato. En aras, precisamente, de evitar no sólo la defraudación social de expectativas que produce lo contrario, sino también la grave erosión normativa que viene implicada con las repetidas dilaciones en su ejecución.

IV. ALGUNAS CUESTIONES PROPIAS DEL NIVEL LEGAL

1. Exordio

Todo lo que he sostenido hasta aquí conforma un argumento constitucional, es decir, pretende mostrar cuál es el alcance de dos garantías consagradas en la Constitución: la presunción de inocencia y el derecho al recurso. Ahora bien, esa lectura constitucional que he propuesto tendrá impacto, naturalmente, en la interpretación de normas infraconstitucionales (o del nivel legal), previstas, sobre todo, en nuestra legislación procesal. Lo mismo ocurre con la interpretación constitucional que he criticado: conduce a que ciertas normas procesales sean entendidas de una determinada manera, a mi juicio igual de equivocada que la lectura constitucional que le da base.

Con esto no quiero decir que la interpretación y aplicación que me parecen objetables de esas normas procesales sean inconstitucionales. Todo lo que pretendo mostrar es que, en relación con este tema, algunos preceptos procesales y la jurisprudencia (muy mayoritaria) que los ha aplicado han ido mucho más allá de lo que exige la Constitución. Por supuesto que no tiene nada de intrínsecamente negativo que las leyes, al reglamentar derechos constitucionales, les den un alcance mayor al establecido en la Constitución.



Pero siempre que esa ampliación no genere conflictos normativos serios, es decir: siempre que, por esa extensión, aquellos no acaben colisionando con otros derechos o con otros intereses tan o más importantes.

La pregunta que surge ahora, entonces, es qué hacer con codificaciones como las del CPP Nación, el CPP Federal o el CPP Córdoba, que aparentemente conceden efecto suspensivo al recurso contra la condena y que, además, exigen sentencia “firme” para desactivar la presunción de inocencia. ¿Es posible una interpretación *de lege lata* de esas normas procesales que contrarreste la afirmación de que la tesis de la no ejecutabilidad inmediata de la sentencia de condena tiene una genuina base legal en Argentina?

Comenzaré con un análisis del supuesto cambio normativo que habría tenido lugar a partir de la incorporación, a la legislación hoy vigente, del art. 375 del nuevo CPP Federal, y de qué impacto, en particular, tendría este artículo en relación con el denominado plenario “Agüero” (de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal)⁽⁵⁷⁾ y el fallo “Olariaga” de la CSJN.⁽⁵⁸⁾ Después mostraré que el argumento que exige un fallo de la CSJN para que una sentencia de condena sea ejecutable es contrario *–lato sensu–* a la forma federal de gobierno, y por tanto indefendible constitucionalmente. Finalmente, ingresaré a la interpretación de ciertas normas adjetivas.

2. El art. 375 del CPP Federal, el plenario “Agüero” y el fallo “Olariaga”

Recientemente, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal ha puesto en vigor su art. 375.⁽⁵⁹⁾ Esta norma se refiere únicamente a las sentencias de condena y textualmente establece que “sólo podrán ser ejecutadas las sentencias firmes”.

Dicha incorporación legislativa ha generado, de inmediato, una práctica judicial tan perniciosa como infundada, más perjudicial incluso que la anterior, que de hecho se apegaba al citado plenario “Agüero”. Afortunadamente, a nivel federal esa comprensión inadecuada del art. 375 del CPP Federal ha ocurrido, hasta ahora, sólo a nivel de tribunales orales o de apelación federales, es decir: no hay aún fallos contundentes, al respecto, de la CFCP. En la CNCCC, en cambio, el panorama es definitivamente aciago, porque allí, desde mucho antes de la puesta en vigencia de este art. 375 del CPP Federal, se afirma que tiene que pronunciarse la CSJN para que una sentencia de condena pueda ser ejecutada.⁽⁶⁰⁾

El núcleo de la práctica iniciada a nivel federal desde la incorporación del art. 375 del CPP Federal reside precisamente en que, ahora, los tribunales orales federales

(57) Cf. Acuerdo N° 1/2002 en Plenario N° 8, recurso de inaplicabilidad de ley en causa N° 3171 del registro de la Sala III del Cuerpo, caratulada “AGÜERO, Irma Delia s/recurso de casación”, de fecha 12/06/2002.

(58) Fallos, 330:2826, sentencia de fecha 26/06/2007.

(59) Lo hizo a través de su Resolución 1/2021, de fecha 03/02/2021.

(60) Así lo sostuvo la CNCCC, entre muchos otros fallos, en el precedente “Ivanov” (CNCCC, sala I, CCC 27722/2008, reg. n° 602/2015, 30/10/2015, voto del juez García al que adhirieron los jueces Bruzzone y Días). También en “Toledo” (CNCCC, sala 2, CCC 28050/2010, reg. 202/2016, 23/03/2016, voto unánime de los jueces Morín, Niño y Sarrabayrouse). Así también en “Zugarramurdy”, reg. n° 48/2016, 03/02/2016, voto de los jueces García, Niño y Sarrabayrouse. Y en un incidente previo de “Zugarramurdy” se había pronunciado en igual sentido el juez Magariños (CNCCC, sala 3, CCC 36251/2013, reg. n° 773/2015, 15/12/2015).



no sólo exigen que exista sentencia “firme” para que una sentencia de condena pueda ser ejecutada. Además de ello, entienden que tal firmeza se produce sólo a partir del pronunciamiento de la CSJN que, por razones formales o de fondo, desestime la queja interpuesta por la defensa en contra de un rechazo anterior, por parte de la CFCP, del recurso extraordinario federal con el que se intentó objetar la confirmación, en sede casatoria, de la sentencia de condena.⁽⁶¹⁾ Dicho en jerga forense, esos tribunales han asumido que el citado art. 375 del CPP Federal los obliga a apartarse del denominado plenario “Agüero” de la casación federal, al cual me referiré enseguida.

Con esta comprensión de lo que significa “firme”, la consecuencia inmediata es que se torna casi imposible la ejecución de la pena. Y los resultados están siendo catastróficos, como ya quedó expuesto en los apartados anteriores. Piénsese solamente en algunos de los casos allí descriptos, como, por ejemplo, los de ausencia de ejecución de condenas contra personas que llegan a juicio en libertad, o en los sobreseimientos por prescripción de personas condenadas por delitos comunes a penas no demasiado elevadas. Y esto, que ya es grave, tal vez no sea lo peor.

Porque, pese a que es absolutamente claro que el art. 375 del CPP Federal se refiere únicamente a sentencias de condena,⁽⁶²⁾ su alcance está siendo extendido por los tribunales orales federales y nacionales a muchas otras decisiones, como por ejemplo las que, ya en etapa de ejecución penal, son dictadas para revocar una libertad condicional. Es decir, pese a la indudable aplicación que corresponde, para tales casos, del art. 491, 2º párrafo, del CPP Nación,⁽⁶³⁾ muchos tribunales orales ya han asumido que esas personas pueden continuar en libertad hasta que se pronuncie la CSJN, pese a que, incluso a nivel casatorio, se ha verificado que han incumplido la ley y que, por tanto, deberían regresar a prisión.⁽⁶⁴⁾ Y dichos tribunales federales de juicio hacen esto incluso

(61) Por solo poner un ejemplo que conozco directamente, esto fue lo que argumentó el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1 en la causa “Samid”: antes de la puesta en vigencia del art. 375 del CPP Federal, este tribunal, en cuanto la CFCP rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la defensa, ordenó que el condenado comenzara a cumplir su pena de prisión efectiva (es decir: implícitamente, aplicó el plenario “Agüero”). Pero tras la puesta en vigor de dicha norma decidió que ese encarcelamiento volviera a ser considerado como prisión preventiva, porque la condena no estaba “firme” y, por tanto, ese encierro no podía ser tenido como ejecución de la pena impuesta (cf. TOPE 1, “Samid”, CPE 990000411/2006/TO1, resolución del 24/06/2021).

(62) Así, con toda claridad, en una resolución que resulta muy auspiciosa dado el contexto descripto más arriba, CFCP, Sala IV, causa “Veliz Alegre”, CFP 13179/2018/TO1/4/CFC4, reg. 771/2022, resolución de fecha 16/06/2022, votos de los jueces Borinsky, Carbajo y Hornos.

(63) Que prescribe lo siguiente: “Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero éste no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal”. Esta redacción deja en claro que la disposición en contrario del tribunal es la excepción, no la regla, y que por tanto debe ser cuidadosamente fundada. Estos tribunales, en cambio, ahora, automáticamente y sin mayor fundamentación, con mera cita del nuevo art. 375 del CPP Federal suspenden la revocación de la libertad condicional ordenada por la CFCP hasta que resuelva la CSJN. Esto garantiza que libertades condicionales continúen en vigencia pese a que han sido revocadas por la CFCP (a la que, así, vacían de poder), pues lo cierto es que la Corte no se pronunciará nunca –o nunca a tiempo– respecto de esos casos intrascendentes desde la óptica del art. 280 del CPCyCN.

(64) Por solo citar unos pocos ejemplos, esto ha sucedido en los casos “Veliz Alegre”, causa CFP 013179/2018/TO01/3, resolución del TOF N° 5 dictada el 21/12/2021 (revocada después por la CFCP en la resolución citada en nota a pie n° 60); “Gutiérrez”, causa CFP 12757/2018/TO01/8, resolución del TOF N° 7 dictada el 22/12/2021; “Cosanatan Ruiz”, causa CFP 616/2017/TO1/34, resolución del TOF N° 6 del 03/09/2021 (este caso presenta particularidades que justifican lo decidido, pero ello



pese a la existencia de muy correcta jurisprudencia de la CFCP que, en forma expresa, afirma que en tales casos no es de aplicación el art. 375 del CPP Federal por, como se dijo, no tratarse de sentencias de condena.

Por otra parte, si se impone la interpretación amplia (o “garantista”) del art. 375 del CPP Federal, esa norma llevará a un fracaso casi seguro al “sistema acusatorio” que supuestamente informaría a dicho ordenamiento adjetivo. Porque uno de los objetivos más importantes que se persigue con la implementación de un sistema acusatorio es que el procedimiento penal tenga capacidad para investigar y juzgar casos con más celeridad,⁽⁶⁵⁾ de modo tal que haya un lapso menor entre delito y pena, cuando corresponda condenar.

Este solo señalamiento deja en claro la importancia que, para un sistema acusatorio, tiene el hecho de que las penas sean ejecutadas con la debida prontitud, porque sólo el cumplimiento de la pena comunica que *hay* una pena. Por eso se abusa hoy de la prisión preventiva: para no dejar visibilizado ante la sociedad que hay muy pocos castigos en ejecución. Y por eso, frente a esto, ha sido siempre señalado que un sistema acusatorio contribuiría a disminuir este uso abusivo de la prisión preventiva y, consecuentemente, el número de “presos sin condena”:⁽⁶⁶⁾ precisamente porque debería tender a lograr más sentencias condenatorias y –esto es lo central– más condenas *en ejecución*. En efecto, sólo condenas que están siendo ejecutadas podrían mitigar la muy preocupante estadística que muestra que en las cárceles argentinas hay más personas con prisión preventiva) que cumpliendo pena.⁽⁶⁷⁾

Pues bien, si se asume que el art. 375 del CPP Federal impone el deber de esperar hasta que se pronuncie nada menos que la Corte Suprema para que una pena pueda ser ejecutada, aquel objetivo fundamental de todo sistema acusatorio no podrá lograrse en absoluto, porque los casos, lejos de terminar más rápido, tendrán una duración más prolongada que el promedio actual. Frente a esto, emerge una hipótesis inquietante: ¿ocurrirá entonces que, para evitar que se torne socialmente visible la falta de ejecución de penas, con el nuevo código se terminará abusando de la prisión preventiva aún más que hoy? Me parece que esto es altamente probable. Queda claro, pues, que una norma como la del art. 375 del CPP Federal, interpretada de conformidad con la tesis amplia que aquí he criticado, no es propia de una codificación acusatoria: otra razón para comprender que esa interpretación extensiva no puede ser correcta.

Este panorama tan preocupante que se genera a partir de esta interpretación generosísima del art. 375 del CPP Federal en favor de quienes ya han sido declarados culpables en juicio muestra que, al final de cuentas, continuar resolviendo el asunto

debió haberse fundado sólo en esas particularidades, no en el carácter “no firme” de lo resuelto por la CFCP). Distinto –y acertado– fue, en cambio, el criterio adoptado en el caso “Núñez Rivera”, CFP 11448/2016/TO2/24/1, resolución del TOF N° 6 dictada el 07/06/2022.

(65) Cf. al respecto, por todos, Bergman-Langer, “El nuevo Código Procesal Penal Nacional acusatorio: aportes empíricos para la discusión en base a la experiencia en provincia de Buenos Aires”, pp. 51 y siguientes.

(66) Cf. Bergman-Langer, “El nuevo Código Procesal Penal Nacional acusatorio: aportes empíricos para la discusión en base a la experiencia en provincia de Buenos Aires”, pp. 51 y siguientes.

(67) Cf. al respecto Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe anual 2019: la situación de los derechos humanos en las cárceles federales de Argentina*, p. 48, donde se indica: “La población encarcelada en constante aumento en cárceles federales está conformada en su mayoría (55%) por personas con prisión preventiva”.



de la ejecutabilidad de las condenas de conformidad con el plenario “Agüero” está lejos, ahora, de ser la peor opción.

En dicho plenario del año 2002 la entonces Cámara Nacional de Casación Penal (hoy CFCP) resolvió lo siguiente: “establecer como doctrina plenaria que en el supuesto de un recurso de casación declarado mal concedido por esta Cámara y recurrido por vía extraordinaria, se considera *firme* la sentencia cuando este tribunal declara inadmisibles al recurso extraordinario federal” (cursiva agregada). Queda claro, como se ve, que en dicho fallo no se está interpretando lo que significa “ejecutable”, sino lo que significa “firme”. Y como firmeza implica ejecutabilidad, entonces lo usual, a nivel federal y desde ese plenario, era que la pena comenzase a ser ejecutada a partir del rechazo del recurso extraordinario de la defensa contra la confirmación, en sede casatoria, de la sentencia de condena.

Me parece criticable el plenario “Agüero” porque no asume que lo correcto es ejecutar la pena inmediatamente después de dictada la primera sentencia condenatoria. Pero antes de pasar al extremo de que tenga que pronunciarse la CSJN para que una condena recurrida pueda ser ejecutada es preferible, sin dudas, lo decidido en ese fallo de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal en pleno. Porque gracias a este plenario los jueces federales no tienen que esperar a un pronunciamiento de la CSJN para poder ejecutar una pena, con todos los problemas –ya señalados– que ello implica.

Como sea, lo cierto es que, a mi juicio, la puesta en vigencia del art. 375 del CPP Federal no debería haber generado ningún cambio ni siquiera en lo que atañe a su estrecho ámbito de aplicación, que es el de las sentencias condenatorias. Porque, el legislador, en dicha norma, ha intentado establecer una interpretación auténtica de lo que significa “sentencia ejecutable”, indicando que por ello ha de entenderse “sentencia firme”. Pero al proceder de ese modo no ha advertido que la ambigüedad central reside –y siempre ha residido– en determinar qué significa, precisamente, “sentencia firme”. Por eso, con total independencia de cuál fuese la intención del legislador,⁽⁶⁸⁾ en el texto legal no hay nada que fuerce a interpretar que “firme” significa, ahora, algo distinto a lo que dicho término significaba según el mencionado plenario “Agüero” (recuérdese que en dicho fallo se interpretó qué significa “firme”, no qué significa “ejecutable”).

Por lo demás, la distinción entre ejecutabilidad y firmeza, intentada por la CSJN en un *obiter* del mencionado fallo “Olariaga” del 26/06/2007, sólo puede ser favorable a la tesis que niega la necesidad de que una sentencia de condena esté firme (en el sentido de que ya no queden recursos pendientes) para que pueda ser ejecutada. Esto es así porque, en “Olariaga”, lo que dijo la Corte al respecto –en el considerando 7º– fue que “los jueces anteriores en jerarquía confundieron la suspensión de los efectos –que hace a la ejecutabilidad de las sentencias– con la inmutabilidad –propia de la cosa juzgada–”.

Pues bien, es claro que, con ello, la CSJN sólo está indicando que es conceptualmente factible distinguir entre inmutabilidad y ejecutabilidad de una sentencia, y que, por tanto, puede haber sentencias no inmutables –o sin autoridad de cosa juzgada– pero ejecutables. Y ello, en términos prácticos, coincide con lo que se afirma en el plenario “Agüero”. Si la Corte hubiese entendido lo contrario (esto es, que sólo una sentencia

(68) Véase, en concreto, la exposición de motivos de la citada Resolución 1/2021 de la Comisión Bicameral, en la que dogmáticamente se repiten los argumentos de siempre sobre el alcance de la presunción de inocencia.

inmutable es ejecutable), entonces, naturalmente, no habría efectuado dicha distinción, porque no habría habido nada para distinguir.

Creo que de hecho es por esto que el plenario “Agüero”, del nivel casatorio federal, y el fallo “Olariaga”, de la Corte Suprema, “convivieron” tantos años sin conflicto;⁽⁶⁹⁾ básicamente porque, en definitiva, en ambos precedentes se está avalando lo mismo: que una condena penal puede ser ejecutada antes de adquirir la inmutabilidad propia de la cosa juzgada. Dicho de otro modo, está claro que la CSJN nunca le ha “disputado” a la CFCP el poder de ser la instancia final en materia de ejecución de sentencias de condena. No habría, pues, razón alguna para que, ahora, el tribunal de casación le ceda ese poder a la Corte, sobre todo cuando creo haber dejado en claro que el art. 375 del CPP Federal no es una razón para pensar lo contrario.

De todas maneras, sería extremadamente auspicioso que la Corte, ante la novedad siquiera fáctica que implica la puesta en vigencia del art. 375 del CPP Federal, se pronunciase en forma tajante al respecto, para saldar de una vez la cuestión, brindar seguridad jurídica y, sobre todo, terminar con las iniquidades manifiestas (descriptas más arriba) a las que conduce la tesis, no derivable del bloque constitucional, de que una sentencia de condena es ejecutable sólo una vez que la Corte la valida.

Es verdad que ese pasaje de “Olariaga” citado más arriba es nada más que un *obiter* y que, por tanto, no vale como precedente.⁽⁷⁰⁾ Pero también es claro que se trata de un *obiter* que *avala* lo dicho por la casación federal en el plenario “Agüero”, en cuanto a que no es necesario esperar hasta que se pronuncie la Corte Suprema para poder ejecutar una sentencia de condena. Dicho de otro modo, se trata de una señal clara de que la Corte está a favor de que puedan ser ejecutadas sentencias de condena no inmutables, y ello tendría que inclinar a los tribunales inferiores a ir en esa dirección.

En definitiva, creo que todos estos esfuerzos por distinguir entre inmutabilidad y ejecutabilidad⁽⁷¹⁾ vienen unidos, a mi juicio, por un nomenclador común que debe ser puesto de relieve: la convicción de muchos tribunales –incluida la CFCP (por el plenario

(69) Como ejemplo de que la casación federal continuó aplicando de hecho lo sustancial del plenario “Agüero” basta citar CFCP, Sala IV, “Hermann”, reg. n° 1946.13, 10/10/2013: “no podría afirmarse válidamente que una sentencia esté firme en tanto subsista la posibilidad de que la Corte haga lugar a la queja, admita el recurso extraordinario rechazado y modifique el contenido del decisorio atacado; pero [...] ello no conmueve la ejecutabilidad de la sentencia, la que se produce a partir del momento en que el recurso extraordinario es rechazado”.

(70) En efecto, tal como ha sido dicho –con razón– en favor de que ese pasaje de “Olariaga” es un mero *obiter*, “en el mencionado caso la CSJN no debía juzgar la ejecución de una sentencia no firme, sino definir cuándo ésta quedaba firme para el cómputo del plazo previsto en el art. 7 de la ley 24.390” (CNCCC, sala 2, CCC 36251/2013, “Zugarramurdy”, reg. n° 48/2016, 03/02/2016). Es muy claro: si lo dicho en “Olariaga” no preocupase a quienes afirman que sólo las sentencias de condena inmutables pueden ser ejecutadas –como es el caso de quienes integran la CNCCC–, los firmantes de “Zugarramurdy” no se habrían esforzado en dejar en claro que ese pasaje de “Olariaga”, por ser un *obiter*, no constituye un precedente a seguir.

(71) Cf. D’Albora, “Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme”, p. 147 (criticando la supuesta confusión de ambos conceptos). Algunas decisiones judiciales –fuera de “Olariaga”– también destacan la necesidad de distinguir entre firmeza y ejecutabilidad. Así, por ejemplo, TOCC n° 24, “Fontanet”, proceso n° 2517, 18/11/2015 (destacando la “diferencia que existe entre la ejecutoriedad y firmeza de una sentencia y la confusión que ello trae aparejado, sobre todo, en cuanto a los efectos suspensivos del recurso de queja ante la CSJN ante el rechazo del recurso extraordinario”); CFCP, Sala IV, “Hermann”, cit.

“Agüero”) y la CSJN (por “Olariaga”)– de que no puede ser correcta la tesis –de la CNCCC y de algunos tribunales orales federales– que obliga a esperar el logro de la cosa juzgada para que una sentencia de condena pueda ser ejecutada.

3. El argumento del federalismo

Las cosas, en verdad, no podrían ser de otra manera. Porque la tesis de que una sentencia de condena sólo puede ser ejecutada una vez que se pronuncia la CSJN desestimando la queja del condenado, resulta manifiestamente contraria a la Constitución, pese a fundarse en un argumento supuestamente constitucional. En efecto, a partir de una equivocada interpretación del art. 18, CN, dicha tesis arriba a una conclusión (generalizable a todo el territorio nacional dado que tiene base en ese artículo de la Constitución) que contraría los artículos 1 y 5 de la Ley Fundamental.

En efecto, la CN, en su art. 1, establece que la “Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana *federal*” (cursiva agregada). Y en su art. 5, por su parte, especifica lo siguiente: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que *asegure su administración de justicia...* Bajo estas condiciones el Gobierno federal *garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones*” (cursivas agregadas).

Pues bien, la tesis de que una condena es ejecutable sólo una vez que se pronuncia la CSJN implica afirmar que las provincias han perdido su *imperium* para ejecutar sus propias sentencias penales, pues para ello tendrían que esperar el pronunciamiento de la Corte Suprema federal. Esto, en la práctica, operaría como una “autorización” obligatoria y previa del poder federal respecto de actos propios de instituciones provinciales (como sin dudas lo son las ejecuciones de sus sentencias penales), cuya realización no ha sido delegada a la Nación. Deberían, por tanto, poder ser cumplidos en su totalidad a nivel provincial, sin perjuicio del control *ex post* de constitucionalidad que, por supuesto, sí le corresponde a la Corte. Se ve, pues, que exigir que haya un pronunciamiento de la Corte Suprema nacional para que pueda ser ejecutada una pena impuesta en una provincia es no sólo manifiestamente irrazonable, sino también contrario al federalismo como forma de gobierno (CN, art. 1) y, también, al derecho que tienen las provincias al goce y ejercicio de sus instituciones (CN, art. 5).

Contra esto, seguramente, se dirá: “las provincias tienen ese derecho, pero siempre que sus instituciones no violen la Constitución Nacional (CN, art. 5), y ejecutar la pena antes de que la condena tenga autoridad de cosa juzgada es inconstitucional porque viola la presunción de inocencia”. Ya hemos visto, sin embargo, cuán equivocada es esa interpretación del alcance de la presunción de inocencia. Y lo que aquí he referido con este “argumento del federalismo” pone aún más de manifiesto ese error: no puede ser razonable una lectura constitucional de esa garantía que conduzca a la tesis absurda de que las provincias no tienen *imperium* para ejecutar sus propias sentencias penales.⁽⁷²⁾

Ahora bien, podría decirse, entonces, que este argumento del federalismo aplica sólo a ejecuciones de sentencias de condena provinciales, pero no a las nacionales o

(72) Este argumento surgió en una conversación que mantuve sobre el tema con Alejandro Agüero, a quien le estoy muy agradecido por su aporte, como historiador, sobre esta problemática.



federales. En esta última jurisdicción –se diría– no sería inconstitucional la tesis de que la Corte Suprema debe intervenir para que pueda ser ejecutada una condena penal.

La respuesta a este eventual argumento, sin embargo, es muy sencilla: por supuesto que, a nivel federal, esa intervención supuestamente obligatoria de la CSJN no sería contraria al federalismo, pero de todas maneras sería inconstitucional porque vulneraría el principio de igualdad ante la ley (CN, art. 16): los condenados en sede federal no pueden gozar del privilegio de una demora en la ejecución de la pena que a los condenados a nivel provincial no les corresponde. Y, frente a esto, decir que entonces lo correcto constitucionalmente es extender ese privilegio a *todos* los condenados (provinciales y federales) implicaría pasar por alto lo que he demostrado más arriba al interpretar el alcance real de la presunción de inocencia: lo que se sigue de ese análisis es que no hay ninguna razón constitucional para conceder ese privilegio a nadie.

4. La lógica cautelar de las sentencias dictadas tras el juicio

Dado que los códigos procesales penales de nuestro país exigen sentencia “firme” para desactivar la presunción de inocencia (CPP Nación, 1; CPP Federal, 3; CPP Córdoba, 1, etc.), todo lo atinente a la situación del condenado a una pena de encierro efectivo es pensado, por la jurisprudencia, en función de la lógica de la prisión preventiva. A continuación intentaré exponer cómo funciona esa lógica, que, por lo demás, no es completamente local. En el derecho comparado se razona de modo similar, es decir: si corresponde, o no, el encierro en prisión de un condenado es algo que se decide en función de si corresponde, o no, ordenar –o en su caso prorrogar– su prisión preventiva⁽⁷³⁾. Sólo que, hasta lo que he podido ver, en la práctica se procede de modo tal que, en esos países, si se trata de una condena a pena de prisión efectiva el condenado es encarcelado de inmediato, incluso si hasta ese momento había transcurrido el proceso en libertad⁽⁷⁴⁾.

Queda claro, entonces, que si se decide que continúe encarcelado un condenado a pena de prisión de cumplimiento efectivo que ya estaba en prisión preventiva desde antes, no es porque se le esté ejecutando la pena (aunque lo parezca mirado desde una posición legítima). Lejos de ello, lo que ocurre en tales casos es que se considera que la condena meramente “declarada” incrementa aún más el peligro procesal que ya existía al imponerse la prisión preventiva antes del juicio, y que es eso lo que justifica, tras la condena, la continuidad de la restricción de libertad. Ésta, entonces, no es entendida como sustantiva (es decir, como consecuencia de la imposición de una pena), sino como procesal, en tanto es fundamentada como consecuencia de la continuidad de la prisión preventiva. Lo mismo ocurre si, dictada la condena, se decide el encierro de un acusado

(73) Acerca de Alemania, por ejemplo, esto es lo que surge claramente de la exposición de Meyer-Gossner-Schmitt, *Strafprozessordnung*, § 112, nm. 2. Un análisis de este tema en el derecho federal estadounidense puede verse en Keller, “Resolving a ‘Substantial Question’: Just Who is Entitled to Bail Pending Appeal under the Bail Reform Act of 1984?”, pp. 825 y siguientes.

(74) Así son las cosas, por ejemplo, en Alemania. Cf. Böhm-Werner, “§ 112”, en Kudlich, *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, t. II, § 112, nm. 52. Allí, aunque críticamente, afirman que es práctica forense generalizada inferir peligro de fuga a partir de un pronóstico de pena elevada, de más de tres años de prisión. Por otra parte, para estos autores es irrelevante, respecto de ese pronóstico, que haya habido ya, o no, una condena. No coincido con esto, pero lo importante es que de ambas afirmaciones se sigue que, en Alemania, si hay condena y ésta es a más de tres años de prisión, el condenado, aunque haya llegado a juicio en libertad, *por regla* irá a prisión (preventiva), y no sólo excepcionalmente, como en Argentina.



que hasta ese momento había transcurrido el proceso en libertad: se lo encarcelará a título de prisión preventiva y se fundamentará esa decisión en la existencia de supuestos peligros procesales⁽⁷⁵⁾. Esa lógica es la que informaría también al CPP Federal, 309, segundo párrafo⁽⁷⁶⁾.

No es diferente el razonamiento de los tribunales cuando se trata de la libertad ordenada tras la absolución. Si bien hay códigos en los que es claro que el recurso de la parte acusadora contra la sentencia absolutoria no tiene efecto suspensivo, dado que en el capítulo de ejecución penal establecen que la sentencia absolutoria se ejecutará de inmediato “aunque sea recurrida” (CPP Nación, 492; CPP Federal, 374), no obstante, también para esos casos, los jueces operan según la lógica de la prisión preventiva. De hecho, respecto del CPP Córdoba, 503, cuya letra es un poco más ambigua, expresamente se ha sostenido desde la doctrina que dichas sentencias son ejecutables de inmediato sólo respecto de la libertad y de otras restricciones cautelares.⁽⁷⁷⁾ Es decir, lo “ejecutable” de inmediato sería la *libertad*, no la absolución: también esto responde a la lógica de la prisión preventiva.

Además de las recién citadas, las normas que interesan para el caso de absoluciones son las del CPP Nación, 402, y CPP Córdoba, 411, que prescriben que la “sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente”. Lo mismo establece el CPP Federal, 309, primer párrafo. Estas normas, sin embargo, no son interpretadas como una excepción al efecto suspensivo del recurso del acusador contra la sentencia absolutoria, ni como una regulación de los efectos de la absolución, que es lo que indica su letra. Antes bien, son entendidas por los tribunales como normas regulatorias de la prisión preventiva una vez que la absolución ha sido dictada, algo que ya en su sola enunciación padece de cierta falta de sentido. En dichas normas, según la comprensión dominante, estaría establecida una suerte de presunción *iure et de iure* respecto de la *inexistencia* de peligros procesales tras la absolución.

Este razonamiento de los tribunales, como se ve, es muy tortuoso (y por ende poco convincente), fuera de perfectamente evitable si las normas vigentes fuesen interpretadas y aplicadas con la sencillez que sus textos no sólo admiten, sino que hasta imponen: si corresponde la inmediata libertad del sometido a proceso tras su absolución, es porque se “ejecuta” de inmediato esa sentencia, no porque a partir de allí se presume, sin admitirse prueba en contrario, que el imputado, por haber sido absuelto, no pondrá en riesgo la eventual continuación del proceso (si el acusador recurre). Y, tal como ya vimos, no hay nada en la Constitución –si la presunción de inocencia es entendida correctamente– que impida considerar que, si se ordena el inmediato encierro en prisión de un condenado a esa pena en forma efectiva, es porque se ejecuta la condena, no

(75) Por sólo poner unos pocos ejemplos de esta forma de proceder, véanse dos recientes decisiones de la justicia local en lo penal de la provincia de Buenos Aires: Tribunal en lo Criminal N° 4, “Soler Sánchez”, causa n° 5269, sentencia del 09/03/2022; Tribunal en lo Criminal N° 4, “Ramírez Duarte”, causa n° 6579, sentencia del 21/06/2022.

(76) Esa norma, en lo que aquí interesa, establece que “cuando recayere condena a una pena de prisión de cumplimiento efectivo respecto de un imputado que no estuviere en prisión preventiva, el tribunal de juicio deberá adoptar una o varias de las medidas de coerción previstas [...] a los fines de asegurar el cumplimiento de la condena”.

(77) Así Cafferata Nores-Tarditti, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Comentado*, t. II, p. 534.



porque quepa presumir allí (otra vez: sin admitirse prueba en contrario) un incremento de los riesgos procesales.

Por supuesto que es razonable pensar que, si hay condena, se incrementan los peligros procesales, y que, si hay absolución, aquellos disminuirían si el proceso continuara por un recurso del acusador. Pero todo eso es contingente. Para decirlo rápidamente: puede haber casos de “prueba en contrario”. Las presunciones *iure et de iure*, por lo demás, son ilegítimas en un procedimiento que, como el penal, tiene un interés institucional especialmente fuerte por la verdad objetiva⁽⁷⁸⁾.

Sin embargo, si continúan interpretándose las normas que regulan los efectos de la sentencia absolutoria con la lógica de la prisión preventiva, se termina en eso: en asumir que el legislador, cuando establece que en tales casos el tribunal “ordenará... la libertad del imputado” (CPP Nación, 402; CPP Córdoba, 411) o que dicha sentencia “implicará su inmediata libertad” (CPP Federal, 309, primer párrafo), ha establecido una presunción *iure et de iure* en favor de la inexistencia de peligro procesal. Se dirá que eso no es tan relevante porque favorece al imputado. Pero es importante tener en cuenta que esta clase de presunción es ilegítima no sólo cuando perjudica al perseguido penalmente. Su ilegitimidad, en efecto, no tiene fundamento en que afecta una garantía individual, sino en que viola la regla, dirigida sobre todo al juez, que establece que en materia penal toda decisión de mérito debe estar basada en prueba, no en presunciones⁽⁷⁹⁾.

Por lo demás, si se consideraran ilegítimas a las presunciones *iure et de iure* sólo cuando perjudican al imputado, la situación sería entonces decididamente peor en el CPP Federal⁽⁸⁰⁾. Porque ese código expresamente establece que, si la sentencia condena a pena de prisión efectiva a un imputado que hasta ese momento había gozado de libertad durante el proceso, “deberá” aplicársele una medida de coerción (desde la prisión preventiva hasta cualquiera de las alternativas previstas en el art. 210 de esa codificación), “a los fines de asegurar el cumplimiento de la condena” (CPP Federal, 309, segundo párrafo). Evidentemente, al legislador le preocupa lo mismo que a mí: no es posible continuar con esto de que, tras una condena a pena efectiva, “no pase nada”.

(78) La ilegitimidad de las presunciones *iure et de iure* ha sido reiteradamente denunciada, precisamente, en la discusión sobre el mérito procesal de la prisión preventiva. Múltiples fallos han sido dictados al respecto, en los que intentó ponerse coto a la jurisprudencia anterior que tomaba a un determinado monto de pena amenazada, por ejemplo, como un dato a partir del cual correspondía presumir *iure et de iure* la existencia de peligro de fuga. En esos nuevos fallos se insistía en que tal presunción, en todo caso, era *iuris tantum* (cf., por todos, CFCP, “Díaz Bessone”, plenario n° 13, 30/10/2008). Tampoco esta última opinión era acertada, en la medida en que continuaba aplicando la lógica de las presunciones a una materia que debe estar regida por prueba, pero esa es ya otra discusión que no corresponde abordar aquí (no obstante, cf. al respecto, por todos, Dei Vecchi, *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales*, ps. 201 y ss.).

(79) Cf. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, ps. 449 y siguiente.

(80) Que otra vez, como casi todos los códigos procesales en Argentina, al legislar sobre medidas de coerción incurre en errores serios, algunos hasta constitucionalmente objetables. Por sólo poner un ejemplo, el CPP Federal, 218, reestablece la “gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho” como causal habilitante de la prisión preventiva, cuando desde hace décadas se tiene en claro que ello implica “sustantivizar” la prisión preventiva y convertirla en una medida de seguridad o en una pena anticipada, en tanto la gravedad y la naturaleza del hecho hacen a la “peligrosidad criminal”, por decirlo de alguna manera, y no a la peligrosidad procesal (así ya Cafferata Nores, *La excarcelación*, ps. 52-53; Maier, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, ps. 95 y ss.; Pérez Barberá, “Prisión preventiva y excarcelación”, ps. 1070 y ss.).

Pero lo resuelve inadecuadamente, presumiendo, sin admitir prueba en contrario (y aquí incluso en contra del imputado), que la condena implica peligro procesal suficiente como para autorizar una medida de coerción.

A tal punto son insatisfactorias (y a veces ilegítimas) estas codificaciones que muchos tribunales de juicio optan por esquivar esa supuesta autorización legal a utilizar presunciones *iure et de iure*. Éstos, ciertamente, continúan apegados a la lógica de la prisión preventiva cuando deciden respecto de la situación de libertad del imputado, sea al absolver, sea al condenar a una pena de prisión de cumplimiento efectivo. Pero, si condenan, prefieren dar razones (fundadas –al menos supuestamente– en prueba) para demostrar o bien que existe peligro procesal y que por tanto corresponde encarcelar de inmediato al condenado, pero a título de prisión preventiva, o bien que no existe peligro procesal, y que por eso corresponde mantenerlo en libertad hasta tanto la condena quede “firme”⁽⁸¹⁾. Una simple lectura de esos fundamentos, sin embargo, muestra que, en la mayoría de los casos, la afirmación o negación de la existencia de peligro procesal tiene apoyo en meros artificios, no en prueba genuina.

Lo dicho hasta aquí muestra que la aplicación que efectúa la jurisprudencia de las reglas vigentes en esta materia no resiste un test mínimo de razonabilidad. ¿Cómo se le explica a la víctima, y al resto de la comunidad, que el imputado, pese a haber sido declarado culpable, todavía debe ser considerado inocente? ¿Y cómo se le explica al imputado que, por haber sido absuelto, se garantiza su libertad, pero que, pese a haber sido absuelto, todavía no *está* absuelto, incluso pese a la existencia de normas tan claras como la del CPP Nación, 492, y CPP Federal, 374?

Mucho más simple, sincero y apegado a las normas constitucionales ya analizadas es considerar que el imputado, con la condena del tribunal de juicio, perdió su calidad de inocente, y que ya está absuelto si tras el juicio eso es lo que el tribunal declaró. Podrá ser informado, por supuesto, acerca de que esa declaración de culpabilidad, o de que esa absolución, pueden ser *revertidas* por vías recursivas. Pero ya se dijo que de que esto sea así no se sigue que aquellas declaraciones de culpabilidad o de inocencia tengan que ser tenidas como “suspendidas”.

Las normas que regulan los *efectos* de las sentencias absolutorias (por ejemplo, CPP Nación, 402, CPP Córdoba, 411, y CPP Federal, 309) no tienen que ser interpretadas y aplicadas en función de los parámetros de la prisión preventiva, como lo hace la praxis completamente dominante. Se trata de normas que hacen referencia a los efectos *sustantivos* –no procesales– de la absolución. La letra de tales disposiciones deja margen sobrado para esta lectura, y esta conclusión se fortalece aún más si se toman en cuenta las normas relativas, precisamente, a la *ejecución* de la sentencia absolutoria: CPP Nación, 492; CPP Federal, 374, entre otras.

Bajo la lógica que aquí sugiero, entonces, dichas normas pueden ser vistas sin ningún inconveniente como expresas disposiciones en contrario respecto del efecto suspensivo que, si no existieran, tendría también el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria. Si no fuera por estas normas, en efecto, el absuelto que hasta ese momento estuvo en prisión preventiva debería permanecer privado de su libertad ante la eventualidad de dicho recurso: una consecuencia inquietante que la ley evita que se produzca precisamente porque ordena la inmediata ejecución (sustantiva) de la

(81) Cf., por ejemplo, TOCC n° 23, “Naredo”, proceso n° 4193, 11/9/2014; TOCC n° 5, “Correa”, proceso n° 55164/2006, 28/6/2016.



sentencia absolutoria, y no –cabe repetirlo– porque vea en la absolución un indicio de ausencia de peligro procesal.

Para decirlo con el lenguaje de los códigos analizados, las “expresas disposiciones en contrario” respecto del efecto suspensivo de los recursos pueden estar previstas no sólo en la regulación de cada impugnación en particular, sino también en otros lugares de la ley procesal, en particular entre las normas que se refieren a los efectos –y a la ejecución– de las decisiones judiciales eventualmente recurribles, como por ejemplo la absolución.

5. El significado de “firmeza” en la dogmática de la presunción de inocencia y en la del *ne bis in idem*

Ahora bien, ¿qué sucede con la sentencia de condena? ¿Qué norma infraconstitucional permite considerarla exceptuada del efecto suspensivo que tendría el recurso (del imputado) en su contra y, por tanto, ejecutable de inmediato? ¿Cómo lidiar, *de lege lata*, con normas del nivel legal que establecen que sólo una sentencia “firme” de condena puede cancelar la presunción de inocencia? Es lo que prescriben, por ejemplo, el CPP Nación, 1, el CPP Córdoba, 1, y el CPP Federal, 3.

Aquí el problema es más complejo porque, como vimos, entra a tallar la presunción de inocencia y la necesidad de que quede desactivada para que una condena pueda ejecutarse, porque, en definitiva, cárcel equivale a “tratar como culpable” a quien la sufre. Vimos ya que, a nivel constitucional, no hay nada que impida considerar a la sentencia condenatoria del tribunal de juicio como la que cancela la presunción de inocencia. Pero sabemos, asimismo, que si se trata de derechos individuales la ley puede garantizar más que la Constitución sin que ello genere ningún problema de invalidez normativa.

Es posible, con todo, que la cuestión sea más sencilla de lo que parece. Para resolverla en términos *de lege lata* a nivel legal no hay más que incorporar a este análisis las razones esgrimidas en su momento para examinar el nivel constitucional. “Firme”, después de todo, es un vocablo fuertemente ambiguo que no significa nada por sí solo, y que siempre ha sido definido en función de contextos normativos específicos, y en particular de sus finalidades. Es razonable, por tanto, acudir a una interpretación teleológica para determinar su sentido en cada uno de esos contextos. Por lo pronto, “firme” no tiene por qué significar lo mismo en relación con el *ne bis in idem*, por ejemplo, que respecto de la presunción de inocencia.

En efecto, que “firme” signifique “ausencia de recursos pendientes” tiene sentido en el marco del *ne bis in idem* porque se trata de una garantía enfocada, precisamente, en que no recomience lo que ya concluyó, y la ausencia de recursos pendientes es un indicador razonable de “proceso terminado”. Lo mismo vale para cualquier otro contexto en el que lo que interesa es que se trate de un proceso finalizado (como por ejemplo en los casos del CP, 27, 67, o del CPP Nación, 317.4, 479, etc.). Pero, como ya dije, que no queden recursos pendientes poco tiene que ver con lo que debe ser considerado relevante para que la presunción de inocencia pueda considerarse desactivada.

No parece adecuado, entonces, trasladar a la dogmática de la presunción de inocencia el significado que el término “firme” tiene en otros ámbitos, en particular en el de la determinación de la cosa juzgada, relevante para el *ne bis in idem*. Ya hemos visto que, en torno a la presunción de inocencia, ni siquiera algunas de las posiciones que interpretan “firme” como un indicador de ausencia de recursos pendientes se han

tomado realmente en serio a tal “ausencia”, y aceptan que, a los efectos de la presunción de inocencia, una sentencia pueda ser tenida como firme a partir del momento en que es rechazado el recurso extraordinario federal, aunque todavía quede pendiente la queja ante la Corte Suprema⁽⁸²⁾. Recuérdese que en el plenario “Agüero” no se interpreta lo que significa “ejecutable”, sino lo que significa “firme” (asumiéndose, por cierto, que si una sentencia está firme será también ejecutable).

Más correcto, sensible a las complejidades del tema y apegado a las normas constitucionales ya analizadas es sostener que “firme”, en este contexto, significa algo más similar a “robusto”, o “consistente”, o “sólido”, o más precisamente: “con peso epistémico suficiente”. Porque eso es lo que resulta necesario (y es lo único que el bloque constitucional exige) para que la presunción de inocencia pueda considerarse válidamente desactivada. Y nada impide, a su vez, que a partir de esto se considere que es la sentencia condenatoria dictada por un tribunal de juicio la que tiene dicho peso. No porque no pueda ser cuestionada a través de un recurso, sino, como ya dije, por el privilegiado modo de conocer los hechos que el debate oral previo a esa sentencia posibilita, imposible de equiparar después en el marco de un diseño procesal que, por razones constitucionales, erige al juicio, y no a su revisión, como la etapa más significativa. No puede ser otra, entonces, la sentencia que tanto la Constitución como la ley erigen como idónea para cumplir con la delicada función de desactivar la presunción de inocencia.

Se ve, entonces, que la sentencia definitiva dictada tras el juicio tiene una regulación especial en lo que atañe al impacto del efecto suspensivo de los recursos que pueden ser interpuestos en su contra. En cuanto a la absolución, el efecto suspensivo del recurso del acusador es exceptuado por las normas específicas que ordenan que esa sentencia (y su principal consecuencia: la libertad del imputado) debe ser ejecutada de inmediato. Y en cuanto a la condena dictada tras un juicio, el efecto suspensivo del recurso del imputado es exceptuado por las normas procesales que, bien interpretadas, establecen que la presunción de inocencia queda desactivada por una sentencia que, de modo sólido o robusto por su mejor posicionamiento epistémico, tiene por probada la culpabilidad del imputado, y que, por tanto, debe ser ejecutada de inmediato.

V. CONCLUSIONES

Lo que he argumentado hasta aquí ha permitido obtener algunas conclusiones que, me parece, pueden ser de importancia para la discusión contemporánea acerca del alcance de garantías como la presunción de inocencia y el derecho al recurso, y en particular acerca de qué impacto tienen esas normas constitucionales en otras

(82) Algunos, para defender esto mismo, acuden al argumento de que la queja no sería un recurso “genuino” (así, por ejemplo, D’Albora, *Código Procesal Penal de la Nación*, t. II, ps. 991 y ss., para quien se trata de “una mera reclamación planteada al superior para que se pronuncie en torno a la admisibilidad de uno denegado”). No me convence *ese* argumento, porque lo cierto es que una queja exitosa ante la CSJN puede derivar en que finalmente sea revocada o anulada la decisión contra la que se interpuso la impugnación mal denegada, que es precisamente el efecto material que tiene todo recurso. Pero veo aquí otro esfuerzo interesante en pro de lograr mostrar lo que en concreto interesa en este contexto: no puede ser correcto tener que esperar a que se pronuncie la CSJN para que una sentencia de condena pueda ser ejecutada.



puramente procesales, como, en especial, las que regulan el efecto suspensivo de los recursos. Las principales son las siguientes.

- i) Una lectura apegada a los textos constitucionales permite inferir que debe desacoplarse el alcance de la presunción de inocencia del alcance del derecho al recurso; se trata de dos garantías autónomas y el ámbito de aplicación de cada una no depende en absoluto del de la otra. Esto es lo que sostiene la tesis de la separación de ambas garantías, que aquí he defendido.
- ii) Una vez comprendido correctamente el alcance que da el “bloque de constitucionalidad” a la presunción de inocencia y al derecho al recurso, no hay ningún argumento (constitucional) que impida considerar que es la primera sentencia de condena – en tanto tenga detrás el juicio oral y público querido por la Constitución– la que desactiva la presunción de inocencia.
- iii) La conclusión anterior tiene su base en las virtudes epistémicas del debate oral, que están presentes tanto en los casos de sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de juicio como en aquellos en los que la primera condena es dictada en la instancia casatoria.
- iv) De conformidad con la tesis de la separación de la presunción de inocencia y el derecho al recurso, la primera sentencia condenatoria es ejecutable de inmediato. Por tanto, si corresponde encarcelamiento será ordenado a título de pena, no de prisión preventiva. Si el condenado recurre la sentencia que lo declaró culpable, aguardará el resultado de la etapa recursiva como culpable, no como inocente.
- v) Si esta tesis no es aceptada, entonces, antes que sostener que no debe haber recursos pendientes para que una condena pueda ser ejecutada, es preferible distinguir entre sentencia ejecutable y sentencia inmutable, de conformidad con el plenario “Agüero”, de la casación federal, y del fallo “Olariaga”, de la CSJN. Ello permite, al menos, no tener que esperar a que se pronuncie la Corte Suprema para que una sentencia de condena sea ejecutable, y que las penas puedan comenzar a ser cumplidas a partir del momento en que, en la instancia casatoria, es rechazado el recurso extraordinario de la defensa contra la confirmación de la condena.
- vi) El art. 375 del CPP Federal, en tanto sea correctamente interpretado, no impide en absoluto la conclusión anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- Bergman, Marcelo, Langer, Máximo, “El nuevo Código Procesal Penal Nacional acusatorio: aportes empíricos para la discusión en base a la experiencia en provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, n° 2015-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe/Buenos Aires, 2015, pp. 51 y ss.
- Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2.^a ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Bovino, Alberto, *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- *Principios políticos del procedimiento penal*, Ed. Del Sur, Buenos Aires, 2018.
- Böhm, Klaus/Werner, Eric, “§ 112”, en Kudlich, Hans et al. (eds.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, C. H. Beck, Múnich, 2014, t. II.



- Cafferata Nores, José Ignacio, *La excarcelación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- *Proceso Penal y Derechos Humanos*, 2.^a ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- Cafferata Nores, José Ignacio-Tarditti, Aída, *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Comentado*, t. II, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003.
- Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- Cohen, L. Jonathan, *An Essay on Belief and Acceptance*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- D'Albora, Nicolás, “Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme”, en *El Mismo*, *Límites y proyección de los recursos en materia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
- D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación: anotado, comentado, concordado*, t. II, 7.^a ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- Damaška, Mirjan, *El derecho probatorio a la deriva* (traducción de Joan Picó i Junoy; título original: *Evidence law adrift*, Ed. Yale University Press, New Heaven & London, 1997), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Dei Vecchi, Diego, *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales. Una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de la justificación de decisiones judiciales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.
- Díaz, E. Matías, “Condiciones para la ejecución de la condena. La firmeza como garantía del imputado”, en *RDP* 2015-12-2412.
- “Sobre la ejecución inmediata de la condena penal”, en *En Letra. Derecho Penal*, n° 11, sección “Debates en derecho penal”, 2021, pp. 27 y ss.
- Duff, Antony–Farmer, Lindsay–Marshall, Sandra–Tadros, Victor, *The trial on trial*, t. III, Ed. Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007.
- Feinberg, Joel, “The expressive function of punishment”, en *El Mismo*, *Doing and deserving*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1970, ps. 95 y ss.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros; título original: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Ed. Gius. Laterza & Figli, Roma-Bari, 1989), Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en Martí, José Luis-Moreso, José Juan (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, ps. 167 y ss.
- 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.
- Herbel, Gustavo A., *Derecho del imputado a revisar su condena*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed. (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo; título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1991), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schönningh, Paderborn et al., 2004.



- Keller, Doug, “Resolving a “Substantial Question”: Just Who is Entitled to Bail Pending Appeal under the Bail Reform Act of 1984?”, en *Florida Law Review*, n.º 60, 2008, ps. 825 y ss.
- Langer, Máximo, “El principio in dubio pro reo y su control en casación”, en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1998-A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pp. 215 y ss.
- Luzardo, Wendell, “A un año del fallo “Farina” de la CSJN: un pronunciamiento que no llegó en un plazo razonable”, en *Hammurabi on line*, Buenos Aires, 2021, disponible en: <https://www.hammurabi.com.ar/luzardo-a-un-ano-del-fallo-farina/>.
- Magariños, Héctor Mario, “El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, n.º 9-B, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 77 y ss.
- Malarino, Ezequiel, “The Standard of Proof and Crime Prevention”, 2022, inédito.
- Maier, Julio B. J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981.
- *Derecho procesal penal*, t. I, 2.ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
 - “¿Es la ‘inmediación’ una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición”, en *Jueces para la democracia*, n.º 49, 2004, pp. 13-20, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/839229.pdf>.
- Meyer-Gossner, Lutz/Schmitt, Bertram, *Strafprozessordnung*, C. H. Beck, Múnich, 2011.
- Moore, Michael, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- Nagin, Daniel, “Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists”, en *Annual Review of Economics*, Carnegie Mellon University, Pittsburgh, n.º 5, 2013, pp. 83-105.
- Nieva Fenoll, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2012.
- Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Pastor, Daniel, “Las funciones de la prisión preventiva” en *El Mismo*, Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 245 y ss.
- Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- Pérez Barberá, Gabriel, “Prisión preventiva y excarcelación”, en *La Ley Córdoba*, año 9, Córdoba, 1992, ps. 1070 y ss.
- “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en *InDret Penal*, n.º 4, Barcelona, 2014.
 - “Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: La independencia metafísica de la verdad”, en *Isonomía*, n.º 52, 2020, pp. 5 y ss.
 - “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba”, en *Isonomía*, n.º 52, 2020, pp. 31 y ss.
 - “Ejecución inmediata de la condena y efecto suspensivo de los recursos: algunos límites constitucionales a la presunción de inocencia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *La Ley*, Buenos Aires, año XI, n.º 5, 2021, pp. 47 y ss.



- “Sentencia firme y ejecución inmediata de las condenas”, en *En Letra. Derecho Penal*, n° 11, sección “Debates en derecho penal”, 2021, pp. 18 y ss.
 - “Respuesta a Matías Díaz”, en *En Letra. Derecho Penal*, n° 11, sección “Debates en derecho penal”, 2021, pp. 38 y ss.
 - “§ 23. Recursos”, en Maier, Julio B. J.-Pastor, Daniel-Pérez Barberá, Gabriel-Sarrabayrouse, Eugenio, *Derecho procesal penal*, t. IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, en prensa.
- Pérez Barberá, Gabriel-Bouvier, Hernán, “Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2004/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, ps. 527-546.
- Piqué, María-Martínez, Lucila, “La prescripción de la acción después de la condena. Análisis crítico del fallo ‘Farina’ de la Corte Suprema y su impacto en la persecución y sanción de los delitos”, en *Revista institucional de la Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación*, n° 1, ejemplar del 19/11/2021, disponible en: https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=95c89eacc3ccd0b32951b43250109edc&hash_t=6eeb924245626dcc055509ef1e0ce86e.
- Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe anual 2019: la situación de los derechos humanos en las cárceles federales de Argentina*, Buenos Aires, 2019.
- Puppe, FS-Grünwald, 1999.
- Rawls, John, “Réplica a Habermas”, en Habermas, Jürgen-Rawls, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 2010, pp. 128 y ss.
- Rodríguez, Esteban, Viegas Barriga, Fabián (eds.), *Circuitos carcelarios. Estudios sobre la cárcel argentina*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2015.
- Sergi, Natalia, “Nuevos estándares sobre encarcelamiento preventivo para la CSJN”, en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n° 17, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, ps. 111 y ss.
- Sutherland, Edwin, *White Collar Crime*, Yale University Press, New Haven and London, 1983.
- Tankebe, Justice, “Cooperation with the Police against Corruption: Exploring the Roles of Legitimacy, Deterrence and Collective Action Theories”, en *The British Journal of Criminology*, n° 59, 2019, pp. 1390 y ss.
- Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Tyler, Tom, “Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law”, en *Crime and Justice*, n° 30, 2003, pp. 283 y ss.
- Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., t. I, Ed. Lerner, Córdoba, 1982.
- von Hirsch, *Past or future crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, Ed. Rutgers University Press, New Jersey, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal (6º reimp.)* Ediar, Buenos Aires, 2013.

