

Libertad y prisión durante el proceso

Aplicación inmediata y retroactiva del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén ¹

por Gustavo L. Vitale ²

Sumario: I. Denominación y realidad del fenómeno. II. Mientras no podamos eliminar el fenómeno, corresponde limitarlo. III. Sistema del Código Procesal Penal de Neuquén. 1) Derecho a la libertad y presunción de inocencia. 2) Prohibiciones absolutas de “prisión preventiva”. 3) Prueba de la comisión de un delito. 4) Probabilidad de autoría o participación en un delito. 5) Necesidad de probar la insuficiencia de las demás medidas de coerción. 6) Carácter absolutamente imprescindible para garantizar la realización del proceso. 7) Petición de parte. 8) Obligación del fiscal o del querellante de probar todos y cada uno de los requisitos de la prisión durante el proceso. 9) Necesidad de discutir cada petición en audiencia oral. 10) Celeridad para discutir la cuestión de la libertad o encarcelamiento del imputado. 11) Obligación de fijar judicialmente un plazo. 12) Libertad por cumplimiento de plazos fatales. 13) Libertad por cumplimiento del plazo máximo de la “prisión preventiva”. Aplicación inmediata de la nueva ley. 14) Retroactividad de la ley procesal penal más benigna. 15) Plazo razonable del proceso e inconstitucionalidad del

¹ El presente trabajo, con el punto 16 incorporado a su texto, fue enviado para su publicación en el libro de conmemoración del décimo aniversario de la Asociación Pensamiento Penal.

² Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

artículo 56 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal de Neuquén. 16) Mayores recursos al imputado que al acusador. 17) Conclusión

I. Denominación y realidad del fenómeno

Si llamamos a las cosas por su nombre (o, en todo caso, si designamos a las cosas con palabras que las describan –en lugar de usar términos con pretensiones legitimantes-), cuando hablamos del encarcelamiento durante el proceso estamos haciendo referencia al encierro en una prisión de personas no condenadas; que no sabemos si deberán cumplir prisión alguna; que no se sabe si cometieron el hecho que se sólo se les atribuye o que no sabemos si les corresponderá (o no) una pena por ese hecho. Estamos, por ende, frente a un encarcelamiento de presuntos inocentes.

Precisamente, el juicio previo a la pena (del que habla el artículo 18 de la CN) se exige para evitar que se aplique la pena previa al juicio.

En ese sentido, todo encarcelamiento de personas no condenadas importa tratar al imputado como si fuera culpable, pues de otro modo no se lo mantendría tras las rejas de una prisión. Para aplicar la prisión (que siempre es una pena) hace falta culminar totalmente el juicio previo. Por eso es que toda privación carcelaria de la libertad personal antes de una sentencia firme de condena es, en los hechos, una pena anticipada.

El tema es tratado hoy, por la mayor parte de la teoría penal, de un modo demasiado irracional.

Se habla de la cárcel para presuntos inocentes con el nombre de “prisión preventiva”, como si fuera una pena de prisión legítimamente aplicable a personas no culpables de delito.

Se dice que la prisión no es pena, sino que es una medida “cautelar” (designándola engañosamente como “preventiva”), porque (según el erróneo discurso generalizado) sirve para evitar que el juicio previo no pueda cumplirse.

En otros términos, se dice que para saber si corresponde encarcelar en una prisión hay que mantener a muchas personas encarceladas antes de realizado el juicio previo.

En función de esto, la ley procesal penal amenaza con privar de la libertad en una cárcel, con lo que llama “prisión preventiva”, a quienes puedan obstaculizar la investigación o fugarse. Es decir, la ley crea el peligro procesal que dice querer evitar (Ferrajoli), ya que, si no amenaza con prisión al imputado, este último no tiene razón alguna para no presentarse ante la Justicia cuando sea convocado.

Para seguir llamando a las cosas por su nombre, lo que hace la ley es contemplar el encierro carcelario para los imputados que pueden ser calificados como “peligrosos procesales”. Otra vez se vuelve al peligrosismo: ya no al peligrosismo penal (que propone encarcelar al que considera que puede cometer delitos) sino, en cambio, al peligrosismo procesal penal (que

postula encerrar al imputado en prisión porque, en libertad, va a impedir el enjuiciamiento). Se trata de dos aspectos del peligrosismo, ya que ambos proponen encarcelar (en este caso sin condena) en base a condiciones personales del ser humano.

Las condiciones personales del imputado no pueden servir para encarcelar (y menos durante el proceso) por propia indicación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. caso Bayarri vs. Argentina). Lo que no hace el Sistema Interamericano, todavía, es advertir que toda prisión durante el proceso se basa en condiciones personales del imputado: en su pretendido “peligrosismo procesal”.

II. Mientras no podamos eliminar el fenómeno, corresponde limitarlo

De todos modos, hoy se acepta mayoritariamente la prisión para no condenados, con el nombre más pintoresco de “prisión preventiva”, lo que le da una apariencia de legitimidad que no tiene.

Mientras se acepte encarcelar a inocentes, corresponde tratar el tema como uno de los supuestos que habilitan las mayores violaciones a Derechos Humanos durante el enjuiciamiento de personas.

La lucha por la abolición de esta injusticia manifiesta reclama, durante su realización, los mayores esfuerzos reductores o limitadores del fenómeno de los presos sin condena.

Uno de estos esfuerzos limitadores lo ha llevado a cabo el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, que entró en vigencia el 14 de enero del año 2014 (por ley 2784).

III. Sistema del Código Procesal Penal de Neuquén

El Código Procesal que acaba de entrar en vigor contempla una serie de disposiciones que, bien aplicadas, prácticamente no permite encarcelar a los imputados antes de tiempo; es decir, antes de saber si son culpables o inocentes.

No es que prohíba la prisión durante el proceso en todos los casos, pero le pone límites contundentes que difícilmente admitan su empleo.

Tales disposiciones legales, en cuanto sean más benignas que las antes vigentes, deben ser aplicadas a todos las “prisiones preventivas” que se continúen cumpliendo luego de su entrada en vigencia, del mismo modo que a las que se dispongan a partir de ese momento. Para decirlo con palabras de Julio B. J. Maier, “... cuando la medida de coerción continúa vigente al momento en el cual la nueva ley comienza a regir no existe problema alguno relativo a la aplicación de la nueva ley, si ella es ‘más benigna’”³.

Los límites que el código le impone al instituto son los siguientes:

³ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Bs. As., 1996, 2º edición, p. 248.

1) Derecho a la libertad y presunción de inocencia

La persona sometida a proceso tiene derecho a la libertad. En tal sentido, el artículo 9 dispone que “El imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso ...”).

Esto es acorde a la presunción de inocencia, que también proclama (cfr. art. 8: “Nadie podrá ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal”).

La última disposición legal citada guarda consonancia con las Declaraciones y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, que consagran el derecho de todo imputado a que se presuma de inocencia y, en su virtud, a ser tratado como inocente mientras no exista una sentencia firme de condena. En forma expresa establecen esta presunción la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9), la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, París, 1.948 (art. 11), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2), así como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 40.2.b.I).

Las convenciones recién mencionadas –valga recordarlo– son “ley suprema de la Nación” (art. 31, C.N.), además de haber adquirido expresa jerarquía constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (según su reforma de 1994).

Por otra parte, la ley 19.865 del año 1980 (que aprobó la Convención de Viena sobre la validez de los tratados), en su artículo 27, declara que no

puede oponerse el derecho interno de un país signatario a la cláusula de un tratado internacional aprobado por ese mismo país [en la medida, claro está, que dicha cláusula reconozca mayores derechos al individuo frente al poder estatal, pues en caso contrario prevalece la que más derechos acuerda a la persona (en virtud del principio pro homine, reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)].

Ya resulta inexplicable que una persona sometida a proceso penal, sobre la cual sólo pesa una sospecha de ser autor de un delito y quien se presume inocente por disposición legal expresa, pueda ser encerrada en una prisión. La prisión es incompatible con la presunción de inocencia.

Por ello, mientras no se logre la eliminación lisa y llana de toda forma de encierro en una cárcel para personas sólo acusadas de delito (como sí se lo ha logrado en el ámbito del proceso penal de niños, niñas y adolescentes de Neuquén, de conformidad con el régimen vigente de la ley 2302), al menos la privación carcelaria de la libertad debe ser demasiado excepcional e imprescindible, como surge de las disposiciones del Código Procesal Penal de Neuquén al que me estoy refiriendo.

2) Prohibiciones absolutas de “prisión preventiva”

El artículo 115 del código contiene prohibiciones absolutas de disponer el encierro carcelario del imputado, para los casos en los que “el hecho atribuido constituya un delito de acción privada o esté reprimido con pena no privativa de libertad (inc. 1), “si ... pudiere resultar de aplicación una condena

condicional” (inc. 2), “cuando se trate de personas mayores de setenta años, embarazadas que requieran atención especial, madres durante el primer año de lactancia de sus hijos o personas afectadas por una enfermedad grave y riesgosa” (inc. 3).

En el mencionado supuesto en que fuera posible la condena condicional (art. 115, inc. 2), el fundamento de la obligación absoluta de liberar al imputado es evidente, pues aún en caso de condena es posible que el imputado quede en libertad (por lo cual la única pena carcelaria sería, allí, la llamada “prisión preventiva”). Para determinar si es o no posible la condenación condicional habrá que tomar en cuenta la calificación que el fiscal atribuya al hecho o la que resulte menos severa para el criterio jurídico del órgano judicial. Ello es así porque, en caso contrario, el fiscal podría desconocer la absoluta prohibición legal de encarcelar por medio del simple trámite de calificar mal el hecho o haciéndolo del modo que más le sirva para procurar el encarcelamiento del imputado (si ese fuera el criterio del fiscal actuante, pues este último bien puede reclamar la libertad del imputado y concentrarse en obtener pruebas para el juicio oral que determine la culpabilidad o inocencia del sometido a proceso). Es, entonces, el órgano judicial, en ejercicio de la jurisdicción (que constituye su función propia e indelegable, según lo expresa el artículo 24, último párrafo, del código), quien puede ejercer el control de legalidad y entender que existe posibilidad de condena condicional pues la calificación del hecho debe entenderse de modo más benigno. Ante cualquier duda hay que entender que es posible la condena condicional y ordenar la liberación automática del imputado. Esto surge de la función de los jueces, que consiste en el cumplimiento de “los

actos propiamente jurisdiccionales, velando por el resguardo de los derechos y garantías” (cfr. art. 6), tendiendo el deber de interpretar restrictivamente “todas las normas que coarten la libertad personal del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos” (cfr. art. 23).

También está prohibida la prisión durante el proceso “cuando se trate de delitos cometidos por medio de la palabra hablada o escrita”, en cuyo caso “sólo estará justificada la privación de la libertad cuando ella provenga de sentencia definitiva” (cfr. art. 66 de la Constitución de la Provincia de Neuquén). Es el caso, entre otros, de un proceso por amenazas, orales o escritas.

Para estos casos, por estar absolutamente prohibido recurrir a la pena anticipada (a la llamada “prisión preventiva”), resulta irrelevante que exista o no algún “peligro procesal”, aclarando el código que sólo “podrá ordenarse su conducción por la fuerza pública en los casos precedentes cuando el imputado no concurra a una audiencia u otro acto en el que resulte necesaria su presencia” (último párrafo del artículo 115). Es decir, de ser necesario se podrá conducir por la fuerza al imputado para practicar alguno de los actos enunciados, quedando en libertad en forma inmediata una vez realizado el acto correspondiente.

3) Prueba de la comisión de un delito

La prisión durante el proceso requiere, además, que alguno de los acusadores acredite la certeza de la comisión del delito cuya ejecución se

atribuye al imputado. Al respecto, el artículo 114 inciso 1) exige “que existan elementos de convicción para sostener que el delito se cometió”, lo cual debe ser necesariamente interpretado de conformidad con el texto de la Constitución de la Provincia de Neuquén, para la cual “no se dictará auto de prisión sino contra persona determinada, en virtud de prueba plena de la existencia del delito” (cfr. art. 66 de la Constitución provincial).

4) Probabilidad de autoría o participación en un delito

La persona sometida a proceso, para resultar encarcelada durante el tiempo que se estipule de ese enjuiciamiento, debe ser probable autor o partícipe del delito acreditado. Es necesario “que existan elementos de convicción suficientes para considerar, razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito” (art. 114, inciso 2). Por esos elementos de convicción debe “estar acreditada por semiplena prueba la culpabilidad del imputado” (art. 66 de la Constitución de la Provincia de Neuquén).

5) Necesidad de probar la insuficiencia de las demás medidas de coerción

El código neuquino dispone a su vez que, para poder imponerse la prisión durante el proceso, como medida más drástica, el acusador (además de haber ordenado la detención por escrito) debe necesariamente comprobar que no son suficientes las medidas de coerción distintas a la

prisión “preventiva” (art. 114, primer párrafo). Ello importa demostrar que cada una de las medidas de coerción no carcelarias no pueden ser aplicadas en el caso particular, lo cual resulta prácticamente imposible, pues en el último de los casos (de acreditarse que no son suficientes las demás) siempre puede cumplir exactamente la misma función la detención domiciliaria. Por ello, de acuerdo con la programación legal propia del código de Neuquén, la detención domiciliaria debiera ser la única medida restrictiva de la libertad a la cual debiera recurrirse, en última instancia, en la casi totalidad de los casos.

6) Carácter absolutamente imprescindible para garantizar la realización del proceso

Si se cumplen los recaudos anteriores y, en especial, sólo si se comprueba la insuficiencia de todas y cada una de las medidas de coerción diferentes al encarcelamiento (lo cual parece francamente imposible), puede recurrirse a este último pero sólo en la medida en que resulte imprescindible para asegurar la realización del proceso penal.

Tal como dispone el artículo 9 del CPP: “La libertad sólo puede ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar los fines del proceso, con los alcances, modos y tiempos reglados en este Código”). El artículo 110 del mismo código establece: “Las medidas de coerción sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar los fines del proceso”. El artículo 112 nos dice, al respecto, que

el fiscal deberá solicitar en audiencia la imposición de alguna medida de coerción sólo si lo “estima necesario”. Por último, el artículo 114 inc. 3 añade que, para ordenar la “prisión preventiva”, es necesario “que se demuestre que la medida resulta indispensable por presumir que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación”).

A diferencia de ello, la prisión excepcional durante el proceso no puede fundarse, entre otros aspectos, en la gravedad del delito atribuido, en la gravedad de la pena que podría imponerse en caso de condena o en las características personales del autor (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia del 25 de noviembre del 2005, Serie C Nº 137, párr. 106; *Acosta Calderón vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de junio del 2005, Serie C Nº 129, párr. 75; *Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7 de septiembre del 2004, Serie C Nº 114, párr. 180; *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de octubre del 2008, Serie C Nº 187, párr. 74. Allí se dijo que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”).

7) Petición de parte

No se puede disponer ninguna medida de coerción (y menos aún la prisión durante el proceso) si no existe petición concreta de alguno de los acusadores.

En relación a este punto, el artículo 6 del CPP prescribe que los jueces “sólo podrán disponer medidas probatorias y de coerción a petición de parte”. El artículo 112 del CPP establece, en forma concordante, que “Si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción deberá solicitarlo en audiencia al juez” (segundo párrafo).

8) Obligación del fiscal o del querellante de probar todos y cada uno de los requisitos de la prisión durante el proceso

La prueba de la concurrencia de todos y cada uno de los recaudos del encarcelamiento anticipado recae sobre el acusador. Este último necesita comprobar su existencia, en cada caso concreto, con elementos objetivos que le permitan cumplir con tal obligación. La acusación debe probar, entonces, todas las exigencias de la prisión anticipada y, en especial, que en el caso particular no resulta suficiente ninguna medida de coerción distinta al encierro carcelario y que este último es, entonces, absolutamente indispensable para asegurar los fines del proceso.

Sobre ello, el código se expide en forma expresa en el artículo 114, segundo párrafo: “Se podrá aplicar la prisión preventiva siempre que el fiscal o el querellante acrediten los siguientes requisitos ...”.

9) Necesidad de discutir cada petición en audiencia oral

Una novedad muy significativa es la necesidad de discutir las cuestiones básicas del proceso en audiencia oral. En particular, deberán debatirse en audiencia oral todas las peticiones vinculadas con las medidas de coerción y, especialmente, con la prisión anticipada.

El artículo 112 del código nos dice, sobre este tema, que “si el fiscal estima necesario que se aplique una medida de coerción deberá solicitarlo en audiencia al juez” (segundo párrafo). El artículo 113, último párrafo, hace referencia expresa a “la audiencia para debatir las medidas de coerción”.

La discusión acerca de la situación del imputado en audiencia oral (en la que la persona sometida a proceso está presente y puede intervenir y probar circunstancias que puedan resultar de interés) es un aspecto sumamente relevante de la nueva legislación. Es que esa es una manera de jerarquizar la problemática de mayor importancia en el proceso, que es el nivel de respeto al derecho a la libertad del imputado y a la presunción de inocencia. Es ese un modo genuino de brindarle a este último la posibilidad de conocer la imputación en su contra, así como las pruebas que se invocan y de darle la oportunidad dirigirse al órgano decisor para hacerse escuchar y reclamar él mismo su libertad, además de presenciar la discusión que se produce entre las partes a propósito de su situación en el proceso. Es ella una buena manera de recordar, todas la veces que se lo requiera, que en cada proceso penal hay un ser humano que sufre y que necesita una respuesta

fundada a cada una de sus pretensiones, para lograr que se cumpla con las exigencias de un juicio justo, a través del cual habrá que averiguar si hace falta o no imponer una pena carcelaria, en lugar de imponerla desde el comienzo con otro nombre (con el de “prisión preventiva”) para establecer luego si hace falta o no imponer la misma medida pero entonces sí utilizando su propio nombre (el de pena).

10) Celeridad para discutir la cuestión de la libertad o encarcelamiento del imputado

Es igualmente digno de destacar que la audiencia para discutir acerca de la posibilidad de imponer medidas de coerción (y entre ellas el encarcelamiento anticipado) “se llevará a cabo dentro de las 24 horas si el imputado se encuentra detenido ...” (art. 113, último párrafo, del CPP); “en los demás casos dentro de las 72 horas de la solicitud fiscal” (art. 113, último párrafo, del CPP).

Como se verá al tratar el tema de los recursos, la imposición de la prisión durante el proceso podrá ser objeto de medios de impugnación, los que serán tratados en audiencias orales que deben realizarse en plazos sumamente cortos (de pocos días).

Todo esto hace que un instituto tan lesivo de Derechos Humanos, como la llamada “prisión preventiva”, provoque, al menos, un sufrimiento más corto o, en todo caso, menos largo que el que se venía permitiendo en la legislación anterior.

11) Obligación de fijar judicialmente un plazo

Si se considerara imprescindible encarcelar al imputado antes de saberse si es culpable o inocente, de todos modos debe fijarse un plazo máximo de duración (del mismo modo debe fijarse el plazo de duración del proceso o de la etapa del proceso en la que se la disponga).

El artículo 116 del CPP expresa, sobre el punto: “... Si se tratase de la imposición de prisión preventiva deberá además determinar la duración de la misma, así como el plazo de duración de la investigación”).

Con ello ha quedado claro que no existe más la llamada “prisión preventiva” por tiempo indefinido. Es más, en las audiencias para debatir medidas de coerción no sólo se puede discutir la imposición de la prisión anticipada, sino también el plazo por el que ella fue impuesta.

12) Libertad por cumplimiento de plazos fatales

El Código Procesal Penal de Neuquén contempla supuestos de libertad obligatoria y automática por el cumplimiento de plazos fatales.

En tal sentido, el artículo 120 nos dice lo siguiente: “Cuando se haya planteado revisión de una medida cautelar privativa de libertad y el juez no resuelva dentro de los plazos establecidos en este Código, el imputado podrá urgir pronto despacho y si dentro de las 24 horas no obtiene resolución,

corresponderá la libertad”. Es el caso en el que se haya dispuesto una prisión anticipada y el imputado o la defensa interponen recurso de revisión, el que debe presentarse en forma oral e inmediatamente después de ordenado el encarcelamiento procesal. Ante tal interposición, en cinco días corridos debe fijarse audiencia oral para debatirse ante tres jueces distintos la decisión dictada por uno solo (la que impuso la prisión procesal). Vencido este plazo, corresponderá al imputado o la defensa presentar un pronto despacho y si, pese a ello, no se hizo la audiencia y por ende no se resolvió el recurso, el imputado debe obtener la libertad indefectiblemente (para lo cual “se solicitará al presidente del Colegio de Jueces que la ordene de inmediato” – cfr. art. 120–).

Es también el caso del artículo 50 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal, Nº 2891 (publicada el 3 de enero de 2014), que lleva el siguiente título: “Causas en trámite ante los Juzgados de Instrucción con personas detenidas, al momento de entrar en vigencia la Ley 2784”. Este artículo expresa: “En todas las causas penales en las que existan personas detenidas en prisión preventiva, el fiscal ... tendrá un plazo máximo de 20 días hábiles para solicitar a la Oficina Judicial que designe la fecha de audiencia, en los términos previstos por el artículo 112 del Código Procesal Penal, en la que podrá solicitar al juez que disponga la continuidad de la prisión preventiva, su modificación por alguna otra medida de coerción, conforme lo dispuesto por el artículo 113 del Código Procesal Penal o proceda a dejarla sin efecto”. Es decir, si se cumple ese plazo de 20 días, sin que el fiscal reclame la continuidad de la prisión anticipada, corresponde ordenar la libertad

inmediata del imputado, por el vencimiento del plazo fatal contemplado en el artículo 50 de la referida ley.

Lo mismo dispone la ley procesal penal neuquina en relación a las “causas en trámite ante las Cámaras Criminales o Juzgados Correccionales con personas detenidas en prisión preventiva, al momento de entrar en vigencia la Ley 2784” (cfr. art. 52 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal).

Un caso semejante está previsto el artículo 89 del código: “Demora del Tribunal de Impugnación. Resolución ficta. Cuando el Tribunal de Impugnación no resuelva el recurso dentro de los plazos establecidos por este Código, se podrá solicitar pronto despacho. Si en 5 días no dicta resolución, se entenderá que ha admitido la solución propuesta por el recurrente, salvo que sea desfavorable para el imputado, en cuyo caso se entenderá que el recurso ha sido rechazado. Si existen recursos de varias partes, se admitirá la solución propuesta por el imputado”. Entonces, en este supuesto, el vencimiento del plazo sin resolución produce como efecto jurídico la libertad inmediata del imputado.

Es también el caso del vencimiento del plazo (legal o judicial) establecido para concluir la etapa de investigación fiscal preparatoria. Si el imputado está privado de su libertad, procederá la libertad inmediata cuando se produzca el vencimiento del plazo previsto en el artículo 158 (tanto del plazo legal de 4 meses, dos veces prorrogables fundadamente por otros 4 meses, como el plazo judicial que fije el órgano judicial cuando impone la llamada “prisión preventiva” –cfr. art. 116 del CPP–).

Por otra parte, el vencimiento del plazo máximo del proceso (establecido en los artículos 87 y 224 inc. 1 del CPP produce, también, la liberación automática del imputado (en la medida en que no la hubiera obtenido antes por vencimiento del plazo máximo de la “prisión preventiva”).

Debe recordarse aquí que el Código Procesal Penal de Neuquén establece plazos fatales o perentorios, que deben ser cumplidos indefectiblemente. Así lo dispone el artículo 79: “Los plazos *legales* y *judiciales* serán perentorios y vencerán a las 24 horas del último día señalado, provocando la caducidad de las instancias o de la petición de las partes”. Concordantemente, el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal, Nº 2891 del año 2014 prescribe que “Los plazos son improrrogables y perentorios, salvo disposición legal expresamente prevista. Su incumplimiento genera la responsabilidad disciplinaria, penal o que corresponda”.

13) Libertad por cumplimiento del plazo máximo de la “prisión preventiva”: aplicación inmediata de la nueva ley

El encierro carcelario durante el proceso no puede durar indefinidamente, sino que debe existir un plazo máximo fijado por ley. De no ser así, el Estado incurre en responsabilidad internacional por violación al derecho del imputado a obtener la libertad luego de transcurrido cierto lapso.

Tanto bajo la vigencia de la Declaración Americana de Derechos y

Deberes del Hombre, como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existía y existe el deber de los Estados de respetar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a disponer la libertad del detenido.

La primera de ellas establece lo siguiente: *“Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho ... a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad”* (artículo XXV, que trata el “derecho de protección contra la detención arbitraria”; en particular, el tercer párrafo).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hace de esta forma: *“Toda persona detenida o retenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”* (artículo 7.5).

Este derecho, si bien se emparenta con el derecho de todo ser humano de ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1 CADH y, entre otros, art. 18 del Código Procesal Penal de Neuquén), es, en verdad, un derecho autónomo, que se distingue de aquél y que se establece sólo en cabeza de quienes permanecen sometidos a proceso penal pero *privados de libertad*.

El objetivo político de este derecho consiste en la necesidad de poner límites a la prisión de personas que se presumen inocentes (art. 8.2. 1º párrafo CADH) y, al mismo tiempo, a la finalidad estatal de custodiar los fines del proceso por medio de esta drástica medida (que no puede perdurar por tiempo indeterminado).

Si no existieran o dejaran de existir los requisitos de procedencia que evitan la arbitrariedad de la medida, mantener al imputado en prisión “sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”⁴.

Es que “su prolongación la transforma en un castigo”⁵ y, por ende, en una medida carente de toda legitimidad.

Por ello, una vez transcurrido cierto tiempo de encarcelamiento durante el proceso, la libertad se impone aunque pudieran invocarse “peligros procesales”.

Tal como ha resuelto la Corte IDH, *el derecho contenido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre DH “impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar*. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia a juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentra privado de su

⁴ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo*, sentencia del 12 de noviembre de 1.997, *Seria C N° 35*, párr. 77.

⁵ Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de junio del 2.005, *Serie C N° 129*, párr. 75.

libertad”⁶.

Por ello es que el Estado tiene siempre la obligación de revisar periódicamente las prisiones preventivas para verificar si subsisten las razones de su dictado y de disponer la libertad del imputado si no se mantienen o si su duración dejó de ser razonable. En tal sentido, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad⁷.

En razón de que el derecho a ser liberado dentro de un plazo razonable persigue poner un límite temporal a la prisión preventiva (en atención a la garantía de presunción de inocencia y para contrarrestar en alguna medida el riesgo de encarcelar a un inocente –como sucede tantas veces–), la Corte IDH ha manifestado que *aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable*⁸.

Aquí debe considerarse el aspecto relativo a la *legalidad* de la

⁶ Corte IDH, Casos *Bayarri vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 30 de octubre del 2.008, Serie C N° 187, párr. 70; *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia del 17 de Setiembre del 2009, párr. 119.

⁷ Corte IDH, Casos *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 21 de noviembre del 2.007, Serie C N° 170, párr. 107; *Yvon Neptune vs. Haití, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6 de mayo del 2.008, Serie C N° 180, párr. 108.

⁸ Corte IDH, Caso *Bayarri vs. Argentina*, cit., párr. 74.

determinación del plazo razonable de duración de la prisión sin condena y el concerniente a la *razonabilidad*.

En los países en los que *rige una ley interna* que establece un límite temporal máximo de la prisión preventiva, ese es el plazo razonable máximo al que alude la normativa interamericana aplicable al correspondiente caso. Con esa ley, claro está, sólo se cumple con la exigencia de *legalidad*.

Así lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el *Caso Bayarri vs. Argentina*. En dicho precedente, la Corte IDH sostuvo que “aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable ... el Tribunal entiende que la Ley N° 24.390 establecía el límite temporal máximo ... luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado ... Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo”⁹.

Cuando los Estados, a diferencia del caso anterior, *no han dictado una ley interna* que establezca el plazo máximo del encarcelamiento preventivo, entonces violan este derecho reconocido en la Declaración Americana de los D y D del H y en la Convención Americana sobre DH. Así lo ha establecido la Corte IDH, al sostener que “*el derecho interno de Trinidad y Tobago no establece [esa garantía] y, por lo tanto, no se ajusta a la Convención*”¹⁰.

⁹ Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina*, cit., párr. 74.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 21 de junio del 2002, Serie C N° 94, párr. 101.

En lo que respecta a la *legalidad*, en el ámbito de la República Argentina y, en particular, en el de la Provincia de Neuquén (que es lo que ahora nos interesa), el Código Procesal Penal de esta provincia establece un plazo máximo de *un año*, el que resulta improrrogable.

El artículo 119 del CPP dispone: “*La prisión preventiva no podrá durar más de un año ... Vencido este plazo no se podrá decretar una nueva medida de coerción privativa de libertad*”.

Ese plazo será mayor sólo en causas por “delitos complejos”, para las cuales se extenderá a un año y medio (cfr. art. 224 inc. 1: “... *se extenderá hasta un máximo de 18 meses*”).

Esta disposición legal reglamenta la normativa suprema que establece la obligación estatal de fijar un plazo máximo de duración de la prisión durante el proceso.

En este sentido, el artículo 119 del código neuquino constituye una reglamentación de la normativa constitucional e interamericana correspondiente, cumpliéndose con ella el requerimiento de *legalidad*.

En lo que se vincula con la exigencia de *razonabilidad*, la Comisión IDH ha sostenido, en su Informe nº 35/97, que, para los Estados que no han establecido legalmente el plazo máximo de la “prisión preventiva”, esta última no puede nunca sobrepasar las dos terceras partes del mínimo de la pena con el que la ley penal reprime el delito atribuido.

Adviértase que, en el Caso *Barreto Leiva*, la Corte IDH consideró que

“el Estado violó los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, en cuanto la prisión preventiva del señor Barreto Leiva excedió los límites de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad a los que debió estar sujeta. Todo lo cual constituyó, además, una violación del derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7.1 de la misma” ¹¹. “ ... el señor Barreto Leiva fue condenado a un año y dos meses de prisión ... Sin embargo, estuvo privado de su libertad de manera preventiva durante un año, dos meses y dieciséis días. Consecuentemente, la detención preventiva de la víctima superó en *dieciséis días* la condena que finalmente le fue impuesta” ¹².

Ello nos indica que, según el criterio de la Comisión IDH puesto de manifiesto en el citado Informe nº 35/97, en el ámbito de la provincia de Neuquén el plazo máximo establecido legalmente en un año (y para casos “complejos” en un año y seis meses) puede ser menor, en la medida en que menor sea el que corresponde a las dos terceras partes del mínimo de la pena con el que la ley penal reprime el delito atribuido. Por ejemplo, si bien en principio el plazo máximo es de un año, en un proceso por hurto o robo simple (cuyo mínimo legal es de un mes de prisión) el plazo máximo de la “prisión preventiva” es de 20 días.

En verdad, el Estado de Argentina, en el ámbito nacional, después de más de seis años de vigencia de la ley 24.390 (que había entrado en vigor el 22/11/1.994 y que establecía un plazo máximo de dos años), sancionó la ley 25.430 (que entró en vigencia el 01/06/2.001), por la cual eliminó el plazo

¹¹ Corte IDH, Caso *Barreto Leiva*, cit., párr. 123.

¹² Corte IDH, Caso *Barreto Leiva*, cit., párr. 118.

máximo de la prisión preventiva, estableciendo que “los plazos previstos en el artículo precedente *no se computarán a los efectos de esta ley, cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme*” (artículo 2 de la ley 24.390 –texto según ley 25.430, B.O.: 01/06/2.001–). Esto es, por medio de esta última ley se permiten hoy en Argentina, *legalmente aunque en forma irrazonable*, prisiones preventivas sin límite temporal, cuando el plazo máximo establecido en el artículo 1 de la ley 24.390 se cumple habiéndose dictado sentencia de condena no firme.

A nivel nacional, entonces, este último aspecto requiere una necesaria corrección por vía de reforma legislativa, para evitar que el terrible instituto de la prisión de presuntos inocentes se aplique en forma irrazonable y con autorización legal, por tiempo indefinido. Ello resulta imprescindible para remediar la actual situación de violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se produce, en este tema, en el ámbito nacional.

En el ámbito de la provincia de Neuquén, como se dijo, se puso en funcionamiento un ley procesal penal que fija un límite temporal máximo de la “prisión preventiva” de un año (art. 119 del CPP) y de un año y medio (“18 meses”) para “delitos complejos” (cfr. art. 224 inc. 1 del CPP).

Los citados artículos 119 y 224 inc. 1 del Código Procesal Penal de Neuquén se aplican tanto para las causas que se abran a partir de su entrada en vigencia como, también, para los casos en trámite al momento en que comenzaron a regir.

En verdad, ello es propio de la norma general que manda a aplicar irretroactivamente la ley penal (para el futuro), tanto en su aspecto material como procesal. Es lo que establece el artículo 22 del Código Procesal Penal de Neuquén (“Las normas procesales no tendrán efecto retroactivo”) y no la excepción establecida en el artículo 8 (“Siempre se aplicará la ley procesal penal más benigna para el imputado”).

Esto es así porque las causas que comenzaron a tramitarse antes de la entrada en vigencia de tales disposiciones legales y que no terminaron allí, sino que siguen su trámite luego de tal entrada en vigor, son, en verdad, causas *actuales* y *no anteriores* a los nuevos artículos 119 y 224 inc. 1 del CPP de Neuquén (al menos ello es así en lo que respecta a los actos que no han concluido al empezar a regir la nueva ley y que, precisamente por ello, son actos actuales y no actos pasados).

Es decir, aplicar una nueva ley a situaciones actuales de *procesos en trámite* no importa hacer una aplicación *retroactiva* de esa ley, sino, por el contrario, constituye una aplicación para el futuro (para después de su entrada en vigencia). Para decirlo con palabras de Clariá Olmedo: “La regla de la irretroactividad significa que la nueva ley regirá para todo proceso a iniciarse y para la continuación de todo proceso ya iniciado”¹³.

Se trata de un supuesto de aplicación *inmediata* de la ley a situaciones existentes al momento de su vigencia. Estamos ante el principio general de la “aplicación inmediata de la ley procesal” penal a los actos no concluidos

¹³ Jorge A. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Marcos Lerner, Córdoba, 1984, p. 104.

durante la vigencia de la ley anterior, del que hablan José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti ¹⁴.

Para dar un ejemplo: si queremos aplicar una nueva ley para resolver el problema de la validez de un acto ya realizado bajo la vigencia de una ley anterior estaremos aplicando una ley para el pasado (en forma retroactiva), mientras que si aplicamos una nueva ley a una situación existente luego de su entrada en vigencia estaremos aplicando esa nueva ley en forma inmediata; es decir, para el futuro (en forma irretroactiva).

Una cosa es juzgar la validez de un reconocimiento en rueda de personas efectuado de conformidad con una ley procesal anterior y otra bien distinta es determinar la razonabilidad del plazo de una “prisión preventiva” que se está sufriendo hoy (aunque hubiera comenzado bajo la vigencia de una ley anterior). En este último caso, si aplicamos el artículo 119 del Código Procesal Penal de Neuquén (según el cual la prisión durante el proceso no puede superar el plazo de un año), lo estaremos haciendo para adelante y no para atrás, ya que la “prisión preventiva” es única y se está cumpliendo en la actualidad. Por ello, si alguien, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén, ya lleva cumplido un año de prisión anticipada, entonces, por aplicación inmediata del artículo 119 a una situación actual, resulta obligatorio disponer la libertad del imputado por cumplimiento del plazo máximo de la “prisión preventiva”. Esa es precisamente la valoración efectuada por la nueva ley sobre esta

¹⁴ José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, con la colaboración de Gustavo A. Arocena, Editorial Mediterránea, Tomo 1, p. 51.

problemática, que debe aplicarse a las situaciones actuales. Adviértase que el citado artículo 119 no establece que “la prisión preventiva no podrá durar más de un año *más de lo que ya llevaba cumplido en prisión preventiva antes de la entrada en vigencia de esta ley*”, sino que sólo dispone que “no podrá durar más de un año”, agregando incluso que “vencido este plazo no se podrá decretar una nueva medida de coerción privativa de libertad”. Si estableciera lo primero o si se interpretara que dice lo primero (que no puede durar más de un año *más del tiempo que ya lleva en “prisión preventiva”*) sería una ley inconstitucional por irracional. Ello es así pues, por un lado, estaría admitiendo que más de un año de prisión anticipada es un plazo ilegítimo por irrazonable, pero, al mismo tiempo, afirmaría lo contrario [es decir la legitimidad de “prisiones preventivas” por más (e incluso mucho más) que el plazo máximo que establece]. O un año es irrazonable o no lo es, pero no puede ser las dos cosas al mismo tiempo. Por ejemplo, si alguien lleva 3 años en “prisión preventiva”, no es legítimo sostener que todavía podría corresponderle un año más (es decir un total de 4 años), mientras que si una causa análoga comenzara luego de la vigencia del nuevo código no podría estar en esa condición (de inocente preso) ni siquiera por un año y un día. Habría, en esa posible interpretación amplia de la ley procesal, una importante dosis de irracionalidad y desigualdad ante la ley, que la tornarían repugnante y violatoria de la Norma Fundamental.

Esta aplicación inmediata de la ley procesal, en materia de prisión durante el proceso, ha sido consagrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente en un caso contra nuestro país (cfr. *Caso Bayarri vs. Argentina*, en el cual se consideró aplicable, para establecer el

plazo legal máximo de la “prisión preventiva”, la ley 24.390 –vigente a partir del año 1.994–, a pesar de que se trataba de una ley que entró en vigor cuando el señor Bayarri se encontraba en prisión durante el proceso desde hacía mucho tiempo atrás)¹⁵.

14) Aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (tanto en su aspecto sustancial como procesal)

Un problema distinto al antes referido es el de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (tanto en su aspecto sustancial como procesal) a hechos *concluidos* ya bajo la vigencia de una ley procesal penal anterior.

Ello podría plantearse porque el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén contiene, en este aspecto, normas más benignas que las que regían antes en la provincia, ya que antes, para el encarcelamiento de presuntos inocentes, en general el tratamiento era más riguroso. Por ejemplo: la ley anterior pretendía en ciertos casos *obligar* al órgano judicial a imponer el encarcelamiento durante el proceso, mientras que hoy es sólo una *potestad* excepcional de los jueces (que pueden imponer si se cumplen una serie de condiciones); a diferencia de antes, ahora no se permite ninguna prisión sin condena que no haya sido pedida expresamente por la parte acusadora (pues se ha reconocido que los jueces deben conservar la imparcialidad necesaria para aplicar la ley ante cualquier controversia); se eliminó la posibilidad de imponer prisiones “cautelares” por tiempo indeterminado o sin plazo

¹⁵ Corte IDH, Caso *Bayarri vs. Argentina*, cit., párrs. 71 a 74.

expresamente fijado (por entenderse la gravedad del fenómeno de los presos sin condena como un supuesto de violación a Derechos Humanos); antes no se prohibía la “prisión preventiva” cuando era posible la condena condicional, a diferencia del texto actual, que no la admite en ningún caso (pues se ha comprendido la ilegitimidad de encarcelar cuando es posible que no deba imponerse encarcelamiento efectivo alguno ni siquiera en caso de condena); antes no existía directamente un plazo máximo previsto en la ley, mientras ahora nunca puede ser mayor a un año (cumpliendo con una de las tantas exigencias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que exige a los Estados Parte del Sistema Interamericano el respeto al derecho a la libertad personal contemplado en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); antes habían menos recursos contra las decisiones que imponían prisiones anticipadas (añadiéndose otros debido a la gravedad del fenómeno punitivo del encierro carcelario anticipado y de sus efectos irreparables); en el código anterior los acusadores tenían los mismos medios de impugnación que el imputado para lograr el encierro de este último cuando su pretensión no había tenido acogida judicial favorable, mientras ahora tienen menos recursos que el imputado (reconociéndose que el imputado encerrado en una cárcel es la parte más indefensa en el proceso penal); a diferencia de antes, ahora esta pena anticipada puede revisarse periódicamente y en audiencia oral (advirtiéndose que sus presupuestos deben verificarse en forma permanente y que deben cesar cuando desaparezcan, como lo exige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos), etc.

De todos modos, a nuestro entender esas normas más benignas deben aplicarse *directamente y en forma inmediata* a todas las “prisiones preventivas” existentes al momento de su entrada en vigor, con independencia de cuándo fue su momento inicial, pues –como se dijo antes– la “prisión preventiva” que se está cumpliendo al iniciar la vigencia de una nueva ley es un sola y actual. No se trata de dos “prisiones preventivas” (una la cumplida antes del comienzo de vigencia de la nueva ley y otra la que se cumple a partir de ese momento), sino de una sola, comprensiva de todo el tiempo de privación carcelaria de la libertad personal. Desde que empieza a regir una nueva ley, entonces, las prisiones anticipadas deben ajustarse a su normativa, a menos (claro está) que la nueva regulación fuera más severa. Como lo expresa un importante documento del *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, es obvio que, entre otros puntos, “ ...la amplitud del derecho a la excarcelación o libertad provisoria ... son aspectos que el legislador no puede recortar arbitrariamente con posterioridad al hecho, porque lesionan Derechos Humanos y, fundamentalmente, el derecho al proceso legal”¹⁶.

También son más benignas las leyes que reducen los plazos de prescripción de la acción penal o de la pena (porque se reconoce que los procesos deben culminar antes, para no mantener a las personas imputadas de delito a indefinidas situaciones de incertidumbre lesivas de sus derechos fundamentales o, también, para no convertirlas en fugitivas de por vida). En

¹⁶ *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)*, Documento Final del Programa de Investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Coordinador Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni, Depalma, Bs. As., 1986, p. 123.

estos últimos casos –como se dijo en relación a las normas reguladoras de la llamada “prisión preventiva– se trata de la aplicación *inmediata* de las nuevas leyes procesales, pues ellas se aplican a procesos *en curso* al momento en que la nueva ley más benigna comienza a regir.

Sin embargo, a diferencia de lo que acaba de apuntarse, es común caracterizar a la aplicación de una nueva ley a prisiones durante el proceso que se iniciaron antes de esa nueva legislación (pero que continúan después) como supuestos de aplicación *retroactiva* de la nueva ley.

Debe recordarse, en tal caso, que el principio de legalidad es una garantía del imputado que, como tal, limita el poder punitivo estatal, asegurándole que lo punible (tanto por razones sustanciales como procesales) sólo lo será en adelante, en razón de que la ley (tanto penal propiamente dicha como procesal penal) fija las reglas de juego a las que atenerse en el futuro. Si algo es punible a partir del dictado de una ley penal sustancial, lo será sólo de ahí en adelante. Si algo es punible en virtud de normas procesales, sólo lo será, también, para el futuro. Si algo no punible (por razones sustanciales o procesales) se transforma en punible en virtud de una ley posterior (sustancial o procesal), ella no puede ser aplicada para hechos anteriores a dicha ley.

En el sentido indicado y por esas razones, las normas penales (sustanciales o procesales) no pueden ser aplicadas retroactivamente para

afectar derechos de imputados o condenados por hechos anteriores a su entrada en vigencia¹⁷.

En cambio, distinta es la situación cuando la nueva ley penal (sustancial o procesal) es más benigna, en razón de un cambio de valoración social sobre determinada cuestión. Por ejemplo, se despenaliza una conducta (porque ya no se comparte su caracterización como delito), se reduce la pena para un delito (porque se advierte que es suficiente con una pena menos rigurosa a la antes existente) o se establecen condiciones antes inexistentes para la intimación o formulación de cargos al imputado o para acordar validez a su declaración en el proceso.

De todos modos, si cuando corresponda no se reconociera la retroactividad de la ley penal (de fondo o procesal) se estaría considerando a la legalidad penal como un principio *a favor del Estado* frente al individuo, desconociendo su carácter de garantía individual y su objetivo político de servirle de límite al poder punitivo estatal (tanto al poder de crear delitos y penas como al de perseguir penalmente a los sospechosos de haber cometido delito alguno).

Es así que la Constitución de la Provincia de Neuquén dispone, en forma expresa, la retroactividad de la ley procesal penal más benigna.

¹⁷ Me remito, en tal punto, a lo destacado del documento del Instituto Interamericano de Derechos Humanos citado en la nota anterior.

Dice lo siguiente: *“Debido proceso. Artículo 63. Ningún habitante de la Provincia puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces pre constituidos por la ley antes del hecho de la causa. Siempre se aplicará, aún por efecto retroactivo, la ley penal más favorable al imputado ...”*.

Es decir, la norma fundamental de la Provincia de Neuquén consagra el principio de retroactividad de la ley más benigna, como garantía del debido proceso; es decir, como garantía procesal penal.

Nadie puede discutir que la provincia tiene competencia para dictar su ley suprema y, a través de ella, establecer garantías procesales que no pueden ser dejadas de lado por las leyes que se dicten en su consecuencia.

Ello, incluso, lo deja en claro en otra de sus cláusulas, dedicada a la “supremacía de la Constitución”. Allí se dice que “toda ley ... u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales” (cfr. art. 16).

Nadie puede sostener que el artículo 63 no se refiere a la ley procesal penal. En primer lugar, la Constitución de Neuquén se refiere a ella al establecer las garantías del “debido proceso”. Ese es, precisamente, el nombre del título que lleva esa norma. Y en segundo término, la referida disposición constitucional coloca dichas garantías en cabeza del “imputado” (es decir de la persona sometida a proceso), en razón de que la provincia sólo tiene competencia penal en el aspecto procesal (en lo relativo al poder estatal de persecución penal) y no en cuestiones penales propiamente

dichas. Por ello la Constitución de Neuquén puede ordenar, para actos del proceso realizados anteriormente, la aplicación de leyes posteriores que limiten el poder de persecución penal; del mismo modo que, respecto de leyes que reducen las penas, puede habilitar el recurso de revisión, para que pueda aplicarse el artículo 2 del Código Penal, que establece el principio de aplicación retroactiva de la ley penal (propriadamente dicha) cuando ella es más benigna para el condenado.

La Constitución provincial manda a aplicar la ley penal más benigna (en su aspecto procesal) “siempre”, lo cual no admite excepción alguna. “Siempre” quiere decir en todos los casos.

Además, la ley suprema provincial aclara que la ley penal más favorable al imputado (particularmente la de índole procesal penal) se aplicará “*aún por efecto retroactivo*”.

Es decir, la Constitución de Neuquén trató concretamente esta cuestión, poniendo un límite a los legisladores (al poder constituido), que ellos no pueden desconocer, pues en caso de hacerlo los jueces tienen el deber de declarar su inconstitucionalidad, aun de oficio (cfr. art. 16, CN).

De acuerdo con esta restricción constitucional, son contrarias a la Constitución todas las leyes, ordenanzas, decretos u órdenes que, desconociendo su manda, prohíban aplicar *retroactivamente* leyes penales (en su aspecto procesal) que sean *más beneficiosas para el imputado*. Ello surge del juego de los citados artículos 16 y 63 de la Constitución de Neuquén. Lo mismo sucede con cualquier ley que procure impedir la aplicación *inmediata* de una ley procesal penal *más benigna* a procesos en

curso o a ciertos actos que continúan realizándose después de comenzada la vigencia de dicha ley.

A favor de la aplicación retroactiva de la ley procesal penal más benigna se expiden, también, Zaffaroni, Alagia, Slokar, quienes aclaran que “(a) Un proceso penal tiene una conclusión binaria (pena o no pena); y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una *no pena*, no había conminación penal en concreto respecto de la persona comprometida. No hay amenaza penal cuando no se puede amenazar con algo que no se puede realizar. Todo esto sea dicho, sin perjuicio de observar que la coerción procesal es punitiva y la negación de este carácter es una peligrosa confusión entre los planos normativo y fáctico, que tienen el penoso efecto de ocultar la realidad y permitir la violación ilimitada del principio de inocencia. (b) El otro argumento es exegético e histórico: cuando el art. 18 CN dice *juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*, no parece dejar fuera la ley procesal, sino todo lo contrario ...”¹⁸.

Por caminos diferentes, llegan a la misma conclusión José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti, al sostener que “las medidas de coerción, por expresas disposiciones constitucionales, son irretroactivas (art. 7.2 CADH; art. 9,1 PIDCP ... Desde que se trata de normas garantizadoras establecidas a favor de los imputados, ellas impiden la retroactividad de las regulaciones más

¹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2002, 2º edición, p. 123.

gravosas de la privación de libertad cautelar, pero, desde luego, no cancelan la retroactividad de las modificaciones más beneficiosas”¹⁹.

Es también el caso de Alberto M. Binder, para quien “la organización legal del proceso debe ser, también, anterior al hecho que motiva ese proceso. Tan anterior como la tipificación de los delitos por los cuales ese proceso se inicia. Existe una relación paralela entre la previa legalidad de la tipificación de los delitos y la previa estructuración legal del proceso ... el principio garantista fundamental consiste en la irretroactividad de la ley procesal penal ... *este principio de la irretroactividad de la ley penal cuando afecta el sentido político-criminal garantizador del proceso penal tiene excepciones* ... otra excepción ... es la que impone la retroactividad de la ley procesal más favorable ... Si en la Constitución Nacional el proceso penal está presentado, fundamentalmente, como un régimen de garantías y de restricciones garantizadoras sobre el poder penal del Estado, toda ley que fortalezca esta opción tendría efectos retroactivos que, inclusive, pueden llevar a la renovación del acto que ha sido realizado de un modo menos garantizador ... no existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley penal sustancial y el régimen de la irretroactividad de la ley procesal penal. Una y otra constituyen mecanismos para evitar que la imposición de la pena se realice de un modo arbitrario. Ambas concluyen en la idea de que tanto lo que constituye un delito como el modo de comprobación de la existencia de ese delito y de aplicación de la pena, tienen que haber sido previstos con anterioridad al hecho que motiva la sanción para que el ciudadano tenga

¹⁹ José I. Cafferata Nores y Aída Tarditti, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Tomo 1, cit., p. 59.

claro no sólo lo que debe y no debe hacer, sino también cuál va a ser el camino por el que será sancionado, cuáles son sus derechos y obligaciones durante el proceso, cuáles serán las limitaciones del juez, cuáles sus garantías”²⁰.

También se expide de modo análogo Daniel R. Pastor, quien sostiene que “las normas sustantivas y las procesales no son, en más de un aspecto, diferenciables con rigor, exactitud y calidad ... hay ... razones jurídicas que hablan en favor de tal asimilación, puesto que no es honestamente imaginable ... una puja leal (CN, 18) cuyas reglas de juego no estén fijadas de antemano con toda precisión y respeto, sobre todo en beneficio de las personas, cuyo Estado y no ellas, está obligado a ser leal para no despreciarse a sí mismo ... Por ello, todas las reglas del procedimiento deberían ser tratadas bajo la consideración del principio de legalidad material: mandato de certeza, irretroactividad –salvo la del precepto más favorable– ... si la aplicación de la ley penal sustantiva está sometida a determinados límites en beneficio de la dignidad de las personas, entonces la ley penal procesal y muy especialmente los preceptos sobre prisión preventiva también deberían estarlo ... Y así como la duración prevista para la pena no puede ser extendida más allá de su límite legal máximo en virtud de una reforma *ex post factum*, tampoco la duración máxima legal de la prisión preventiva puede ser amplificada de ese modo ... la regulación legal del proceso previa al hecho, salvo el supuesto del régimen más favorable, es una condición básica

²⁰ Alberto M. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2º edición actualizada y ampliada, 5º reimpresión, Ad-hoc, Bs. As., 2009, ps. 134 a 139.

ineludible de un enjuiciamiento penal ... adecuado al sistema de los derechos fundamentales de las personas ...”²¹.

Esteban Righi ha dicho, en la misma línea de pensamiento, que “el principio de retroactividad de la ley más favorable comprende también a las normas procesales, como cuando un nuevo ordenamiento amplía las posibilidades de defensa, establece requisitos de procedibilidad antes no contemplados o permite una libertad bajo fianza de la que no gozaba el procesado ... la norma (art. 2º, CPen.) debe regir respecto de cualquier ley penal más favorable al imputado, sea sustantiva o adjetiva ... si *a posteriori* de cometido el hecho se adopta un régimen más favorable, ese cambio de concepción jurídica debe beneficiar al acusado. No se advierte fundamento para que la regla quede limitada a normas de derecho material exceptuando las de procedimiento, especialmente teniendo en cuenta que algunas, por afectar la libertad ambulatoria como las de excarcelación, pueden resultar más trascendentes que las de fondo ... el principio también resulta aplicable a los supuestos en que una nueva ley reduce los plazos de prescripción sin que se pueda distinguir entre prescripción de la pena (art. 65, CPen.) y de la acción penal (art. 62 CPen.)”²².

15) Plazo razonable del proceso e inconstitucionalidad del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal de Neuquén

²¹ Daniel R. Pastor, *Tensiones ¿Derechos Fundamentales o persecución penal sin límites?*, Editores del Puerto, Bs. As., 1º edición, 2004, ps. 82 a 87.

²² Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*, Lexis Nexis, Bs. As. 1º edición, 2008, ps. 85 a 86.

En razón de que el vencimiento del plazo total del proceso produce como consecuencia la libertad automática del imputado (si es que no hubiera obtenido antes su libertad por otro motivo), resulta de interés dejar en claro que el plazo máximo del proceso es, en Neuquén, de tres años o, en asuntos “complejos”, de cuatro años. Es decir, ningún proceso puede durar, en su totalidad, más de tres o cuatro años, según sea el caso.

Por esta razón, resulta palmariamente inconstitucional el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal nº 2891 (publicada el 3 de enero de 2004), que pretende prolongar el *plazo total del proceso* para las causas viejas, a diferencia de las nuevas (para las que sí se postula respetar los plazos máximos antes señalados).

Dice la Ley Orgánica: “Artículo 56. *Aplicación del plazo total del proceso a causas iniciadas bajo el régimen de la Ley 1677.* Para las causas iniciadas bajo el régimen de la Ley 1677 que continúen su trámite bajo la modalidad del nuevo proceso previsto en la Ley 2784, los plazos totales comenzarán a computarse, íntegramente, desde la entrada en vigencia de la nueva Ley. En los casos de causas elevadas a juicio o aquellos en los que la instrucción haya durado más de 3 años, tendrán un lazo de 2 años para su adecuación al nuevo proceso y finalización de los mismos”.

Tal disposición legal procura impedir el efecto inmediato de la norma que establece los plazos máximos del proceso (no de la “prisión preventiva”) para las causas en trámite al momento de empezar a regir el nuevo código.

Se refiere al plazo máximo de 3 años del artículo 87 del CPP (“Artículo 87. Duración máxima. Todo procedimiento tendrá una duración máxima de 3

años improrrogables ...) o al lapso de 4 años del artículo 224 inc. 1 del CPP, referido al “procedimiento para asuntos complejos” (“Artículo 224. Plazos. Una vez autorizado este procedimiento, producirá los siguientes efectos. 1) ... la duración total del proceso será de 4 años improrrogables”).

A pesar de que tal artículo 56 no se refiere al plazo máximo de la “prisión preventiva”, sino al plazo máximo del proceso (por lo que no puede ser invocado para prolongar una “prisión preventiva” que supere el año), corresponde –de todos modos– señalar su clara inconstitucionalidad.

Ello es así porque, por un lado, resulta irracional desconocer el plazo ya transcurrido del proceso y pretender comenzar a contarlo como si recién comenzara (contrariándose, de esa forma, las cláusulas contenidas en los artículos 1 de la Constitución Nacional y 1 de la Constitución de la Provincia de Neuquén, que establecen la forma republicana de gobierno, uno de cuyos componentes esenciales es, precisamente, la racionalidad de los actos de gobierno).

Por otra parte, tal disposición resulta contraria al principio de igualdad ante la ley (arts. 16 de la CN y 22 de la Constitución de Neuquén), pues importa tratar más severamente a quien ha debido soportar largos plazos de incertidumbre –propia del sometimiento a juicio– que a quienes nunca lo debieron sufrir por tratarse de imputados de hechos posteriores a la entrada en vigencia de los artículos 87 y 224 inc. 1 que, por esa razón, nunca podrán estar sometidos a proceso penal por un tiempo mayor al establecido por las últimas normas citadas.

Por ejemplo: si el Estado prolongó la causa penal seguida contra una persona por 7 años y, a partir de allí, comenzó a regir el nuevo código procesal (que establece el derecho a ser juzgados dentro del plazo de 3 años o, para asuntos “complejos”, 4 años), el artículo 56 cuestionado pretende que esa misma persona y por la misma causa pueda ser sometida a proceso por un término total de 10 años (o de 9 si es que las causas iniciadas bajo la ley anterior habían sido elevadas a juicio o si habían durado más de 3 años en “instrucción”). Es decir, dicha norma procura que, además de los 7 años, pueda seguir sometida a proceso penal, encima de ello, por tres o dos años más, según el caso.

Es que los arts. 87 y 224 inc. 1 del CPP de Neuquén (que establecen plazos máximos del proceso) son reglamentarios del derecho de todo ser humano de ser juzgado en un plazo razonable (art. 8.1 CADH y, entre otros, art. 18 del Código Procesal Penal de Neuquén) y, como tales, consagran plazos fatales, cuyo vencimiento produce el efecto ineludible de la culminación definitiva del proceso por sobreseimiento.

Desde otro punto de vista, tal artículo 56 resultaría contrario al texto del artículo 63 de la Constitución de Neuquén, que obliga a los jueces a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna (en el aspecto procesal).

Por la razón indicada, dicho artículo 56 *debe* ser declarado inconstitucional (tanto a petición de parte como de oficio), pues ello es un *deber judicial* emanado del artículo 16 de la Constitución de Neuquén, que consagra la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra disposición normativa. Es esa una consecuencia del necesario y obligatorio control

judicial difuso de constitucionalidad que caracteriza a nuestro régimen constitucional. Es que los jueces juran defender y aplicar el régimen constitucional en los casos en los que intervengan, sin que sea condición que nadie se los recuerde o requiera (cfr. art. 16 de la Constitución de Neuquén: “los jueces deben declararlos inconstitucionales”).

16) Mayores recursos al imputado que al acusador

a. El Código Procesal Penal de Neuquén regula los recursos contra las decisiones judiciales vinculadas a la prisión anticipada, tomando en cuenta la distinta situación en la que se encuentran el imputado y su defensa, por una parte, y quien aparece como probable víctima de un delito y los acusadores, por la otra. De este modo, proporciona mayores vías de impugnación al imputado y su defensa que a la contraparte.

b. Ello es así porque, como se dijo al comienzo, el imputado no se sabe si es culpable o inocente del delito que sólo se le atribuye en el proceso, por lo cual (por imperativo constitucional y de la misma ley procesal) debe ser tratado como inocente. Sólo si se comprueba su responsabilidad penal por medio de una condena firme podrá ser considerado culpable y, si corresponde, recién en ese momento puede ser encerrado en una cárcel para cumplir la pena privativa de libertad que se le haya impuesto en aquella condena.

Los acusadores, en cambio, son la parte fuerte en el proceso penal, pues tienen en sus manos el ejercicio del poder persecutorio, con toda la

violencia ínsita que ello implica para las personas sólo sometidas a juicio por ser meramente sospechosas de delito (para colmo la mayoría pobres).

c. En rigor, la diferencia señalada en materia de recursos es general y no se restringe a la problemática de la prisión de no condenados.

Par dar algún ejemplo, adviértase que el imputado y su defensa tienen recurso contra una condena dictada en un juicio por jurados (cfr. art. 238 del CPP), mientras que la acusación no puede cuestionar la absolución (salvo, claro está, que sea consecuencia de un soborno –cfr. art. 238, último párrafo, CPP–).

En forma similar, las sentencias dictadas por jueces técnicos habilitan mayor potestad recursiva al imputado y su defensa que a la parte contraria. Es así que la condena puede impugnarse tanto por defectos formales, como sustanciales (cfr. art. 236 del CPP), mientras que la absolución admite recurso sólo por arbitrariedad o apreciación absurda de las pruebas (cfr. art. 237 del CPP).

Es más, podría pensarse que el Código, en otro supuesto, previó la bilateralidad, como sería el caso de los recursos de revisión previstos, sin aclarar a favor de quién, contra las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución penal (cfr. art. 266 del CPP: “Las decisiones del Juez de Ejecución serán revisadas en audiencia por tres jueces distintos del que aplicó la medida cuestionada”). Allí podría pensarse que, implícitamente, se contempló el recurso de revisión para ambas partes (a diferencia, como diremos, del art. 118 del CPP, que en forma expresa estableció tal recurso

sólo para el imputado o su defensa técnica). Ello lo menciono con independencia de la discusión relativa a la naturaleza constitucional de los recursos, en base a la cual podemos afirmar que ellos son instrumentos sólo al servicio del imputado y nunca del acusador y al margen de poder sostenerse que los recursos de los órganos estatales o de quienes detentan el poder de persecución penal deben ser acordados en forma expresa (y no tácita), a diferencia del párrafo transcrito del citado artículo 266 (pero esa es una cuestión distinta de la que aquí se trata).

En la misma dirección, el código neuquino dispone que, “en caso de duda, debe presumirse que el imputado ha ejercido su derecho a impugnar” (art. 239, último párrafo, del CPP). Al contrario, si la misma duda existiera respecto de cualquiera de los acusadores, la presunción debe ser la inversa: que no han interpuesto recurso alguno.

d. En lo relativo, ya, al aspecto central de este apartado, me remito al contenido de la nota publicada en esta misma página, bajo el título de “Recursos contra la prisión sin condena en el Código Procesal Penal de Neuquén”.

17) Conclusión

En suma y evocando al Preámbulo de nuestra Constitución Nacional: no es el poder de encarcelar presuntos inocentes una vía para “afianzar la justicia”, sino la sustanciación de juicios en todo caso menos lentos que, a los procesados, “aseguren los beneficios de la libertad”.

El Código Procesal Penal de Neuquén ha significado un adelanto en materia de libertad de la persona meramente sometida a proceso, no obstante lo cual mantiene el instituto de la prisión de presuntos inocentes (a diferencia de la Ley 2302 de Protección Integral de Niñez y Adolescencia de la misma Provincia de Neuquén, que no admite encierro carcelario alguno de niños sospechosos de haber cometido un delito, sino sólo un arresto no carcelario máximo de 30 días, al cual es prácticamente imposible llegar).

Dicho a la inversa: la provincia de Neuquén no acabó con el lesivo fenómeno de los presos sin condena, pero su nuevo código establece un programa normativo que, si fuera bien aplicado, no permitiría que los meramente sospechosos de delito sean penados con cárcel antes de saberse si son culpables o inocentes, o, al menos, lo admitiría en una medida francamente menor a lo que venía sucediendo.

En ese último sentido, el nuevo código ha constituido, sin dudas, un buen avance.