

## **REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT [LEY 5478]**

**Por José Raúl Heredia<sup>1</sup>**

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS MODELOS DE ENJUICIAMIENTO PENAL EN CHUBUT. III. ALCANCE DE LA REFORMA. IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL. V. PROPÓSITOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL. VI. LA CUESTIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO. VII. DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCEDIMIENTO. VIII. GARANTÍAS, TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y AUTONOMÍA PROVINCIAL**

### **RESUMEN:**

Me propongo reseñar brevemente, como paso previo necesario, el alcance, finalidad de la reforma y el diseño del proceso penal al que pretende dar desarrollo el nuevo Código Procesal Penal de Chubut aprobado por ley 5478, cuya vigencia está prevista para el 31 de agosto de 2006, y prestar una particular atención a la regulación del instituto de la prisión preventiva y a la garantía del plazo razonable del procedimiento, en cuanto estas materias contienen potencialidad para provocar hoy debates encontrados. Finalmente, anticipo un planteamiento acerca de las proyecciones sobre la autonomía legislativa provincial en materia procesal que deben examinarse como efectos de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro derecho.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Comienzo estas reflexiones sobre el nuevo Código aprobado por ley 5478 con una mirada al antiguo Código “Obarrio”, que rigió en Chubut hasta el 29 de abril de 1989 en que fue sustituido por el Código “Levene” [mixto o inquisitivo reformado o inquisitivo mitigado, ley 3155 con vigencia desde el 30-04-89].

A pesar de su inequívoca incompatibilidad constitucional, desde que el diseño constitucional del proceso penal era -y es- *adversarial-acusatorio*<sup>2</sup>, *oral-público y por*

---

<sup>1</sup> Académico Correspondiente en Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, Argentina, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [[joseraul@uolsinectis.com.ar](mailto:joseraul@uolsinectis.com.ar)]

*jurados* [artículos 18, 24, 67 (11), 102, C.N. (1853/60), hoy 18, 24, 75 (12), 118; ver también artículos 53 y 59], pudo regir por más de cien años en el país, y en Chubut, ya Provincia, contrariando la Constitución fundacional de 1957, por más de treinta años. Lo que me interesa inicialmente en estas notas es poner de relieve una de las más desgraciadas consecuencias que dejó la aplicación práctica de ese Código, si pudiera haber otra mayor que la violación sistemática de la Constitución, cual es la cultura de la investigación penal a partir de la declaración del imputado, o sea, la cultura de la **no investigación**. Toda la investigación se sucedía desde ese acto, que se realizaba en el ámbito de un procedimiento llamado prevencional, policial, automáticamente secreto, sin acceso del defensor y con el imputado normalmente incomunicado.

Se recordará que el secreto del sumario era el principio en los primeros tramos del procedimiento, sin otro fundamento que la letra de la ley, secreto que el juez podía prorrogar, al igual que se decretaba la incomunicación del imputado. El secreto y la incomunicación se empleaban naturalmente para que el imputado proporcionara prueba en su contra<sup>3</sup>, la policía tomaba declaración llamada indagatoria –como todavía se le llama en claro lenguaje inquisitivo, que quiso proscribir la ley 4143 en Chubut-, aun sin presencia del defensor y en ausencia del juez de instrucción, y esa declaración era válida en sede judicial.

Con indudable hipocresía, todos esos actos eran considerados por gran parte de la doctrina y por la inmensa mayoría de los tribunales “actos preprocesales”<sup>4</sup> con lo cual

---

<sup>2</sup> Conviene tener en cuenta dos notas decisivas, entre otras, para definir el principio acusatorio formal: una, el *ne procedat iudex ex officio*, que significa que no puede el juez poner en marcha el procedimiento ni en su ámbito investigar los hechos; y la otra, el carácter *contradictorio, oral y público del juicio penal*. “El carácter esencial que identifica a este sistema se refiere a que el proceso es una contienda entre partes situadas en pie de igualdad, frente a un juez que actúa como tercero imparcial *supra partes*” [Montero Aroca y otros, *Derecho Jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 17].

<sup>3</sup> Destaca Carrara que en una obra escrita en Francia por un respetable magistrado para servir de manual a los jueces instructores se recomendaba el uso de los calabozos –cárcel en que el reo queda incesantemente segregado de toda comunicación- como medio utilísimo para hacer un buen proceso, “pues si de ese medio se aprovecha un inquisidor hábil que sepa alternar la prolongación del calabozo con interrogatorios sagaces, logrará casi siempre llevar al indagatorio hasta la indeseada confesión del delito” [*Programa*, Parte General, Vol. II, 2, p. 377, parágrafo 898].

<sup>4</sup> Manzini distinguió los actos en procesales y extra-procesales, y éstos en preprocesales y simultáneos al proceso (*Tratado*, III, p. 4) [V. Clariá, IV, 79, nota 6]. Clariá aclara que “...en su conjunto los actos

procuraban validarlos para el proceso propiamente dicho en el que recién “aparecían” las garantías constitucionales del imputado<sup>5</sup>; éste era llamado a prestar declaración ante el juez de instrucción –el que, como sabemos, cumplía y cumple dos funciones antitéticas, contradicción que habitualmente se resolvía [y se resuelve] en perjuicio del interés del imputado- y no siempre estaba presente el defensor. Normalmente, éste no podía tomar contacto con el imputado porque aun regía el secreto del sumario. Los fiscales solo cumplían un rol totalmente pasivo, intervenciones de mero trámite.

Con este panorama, claro está, la investigación no tuvo –y no tiene- por regla sólidas bases científicas en Argentina. Es, desde luego, mucho más sencillo requerir al imputado que aporte las pruebas de cargo que buscarlas por los medios idóneos - constitucionales, materiales y científicos-.

Ahora bien: aun cuando todavía hoy se apliquen esas reglas –y se añoren por algunos, aunque no se animen a decirlo tan claramente, especialmente en los debates científicos-, está claro que tal manera de concebir la persecución penal es totalmente contraria a la Constitución. La incoercibilidad del imputado no es un capricho de los códigos rituales ni un ejercicio demagógico de “teóricos” –palabra que se emplea para descalificar- que amparan la delincuencia, sino que deviene como garantía inderogable del artículo 18, C.N. De modo que no hay más remedio –no tiene el Estado más remedio- que sustentar toda persecución penal en las reglas constitucionales, desde el inicio hasta su finalización que incluye la etapa de la ejecución de la pena.

Por allí suele hablarse de ideologías en torno a soluciones que dan o debieran dar las leyes procesales penales. Hay que señalar que la ideología que dejó expresada es la de

---

procesales integran el proceso, incluyendo en él la actividad cumplida para provocar o permitir su apertura, vale decir, el conjunto de los actos llamados *preprocesales...*” [ibídem].

<sup>5</sup> Lo mismo pasa hoy en la etapa de ejecución de la pena, con la distinción artificiosa e inconstitucional entre actos administrativos y judiciales. De esa suerte, el imputado tendría garantías desde que el proceso judicial se inicia propiamente –luego de la prevención policial- y hasta el dictado de la sentencia. Antes y después no regirían las garantías constitucionales. Ha dicho a propósito la Corte Suprema que “...la negativa del a quo de habilitar la vía casatoria, con sustento en diferenciar cuestiones administrativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito ‘administrativo’ donde no existe delimitación de derechos y obligaciones de modo que todo queda librado a la discrecionalidad del Estado” [in re “Romero Cacharane”, fallado en 9 de marzo de 2003].

la Constitución de 1853 y de todos sus antecedentes, complementada y potenciada, pero no alterada en esto, por la reforma de 1994.

## **II. LOS MODELOS DE ENJUICIAMIENTO PENAL EN CHUBUT**

En el marco de cuatro diseños constitucionales del proceso penal -el contenido en la Constitución de 1853/60, el de la Constitución de 1949, el de la Constitución de Chubut de 1957 y el de la vigente de 1994-, en Chubut, si se computa la época del Territorio, es posible reconocer cinco modelos de enjuiciamiento penal:

- el juicio galés, por jurados;
- el proceso escrito-inquisitivo [Código “Obarrio”];
- el proceso “mixto o inquisitivo reformado” [adopción de la llamada legislación procesal penal moderna, iniciada en Córdoba en 1940, Código “Levene”];
- el “Código Maier”, adversarial-acusatorio, oral, público, *con* y *por* jurados
- el nuevo Código aprobado por la ley 5478.

## **III. ALCANCE DE LA REFORMA**

La ley 5478, sancionada con fecha 7 de abril de 2006, ha aprobado en Chubut un nuevo Código Procesal Penal destinado a reemplazar el de la ley 3155 –Código “Levene”-, comportando su entrada en vigencia la derogación también de la ley 4566 que aprobó, en diciembre de 1999, un código de base acusatorio para cumplir con las reglas constitucionales.

Las innegables bondades de ese Código –que preparó para Chubut el insigne jurista argentino, Dr. Julio B. Maier- se han desperdiciado por la larga vacancia que sobrevino, sin ninguna responsabilidad de su autor, a su aprobación por la citada ley 4566, aunque nos ha quedado su influencia científica que servirá siempre de norte para concebir y aplicar las reglas del proceso penal. El nuevo Código se ha inspirado en él repetidas veces.

Acaso deba examinarse hasta dónde ha podido conspirar en contra de su vigencia la ley 4743, de normas de transición, que comportó en los hechos una reforma parcial del código vigente y la postergación en el tiempo de la entrada en vigencia del nuevo sistema en forma integral. Es el efecto negativo que suelen tener las reformas parciales, concebidas en principio como transitorias. No mejoran lo que existe e impiden el avance reformista.

Terminan siendo un “para-código” [expresión de Alsina]. Los uruguayos lo entendieron bien al acometer la tarea de reformas en el proceso civil; dijeron: “ni leyes parciales ni urgentes, reforma integral” y alumbró allí el Código General del Proceso.

El nuevo código supone una determinada organización de la justicia penal –la Comisión redactora acompañó junto al anteproyecto otros dos referidos a esta materia-, cuya adecuación está igualmente en marcha aunque se habría elaborado un proyecto de vigencia gradual de los órganos que se encargarán de operarlo cuyos detalles no conozco hoy. Solo debo decir que la organización que supone este Código está diseñada sobre la base de una nueva cultura de procuración y administración de la justicia penal, sin la cual es impensable su éxito.

#### IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL

Por razones de brevedad, únicamente podré citar aquí las normas constitucionales de las que deviene ese diseño; ellas son: artículos 1, 5, 18, 24, 53, 59, 75 (12) y (22), 109, 118, 120, 121, 126, C.N.; artículos 10, 18 (9), 21, 22, 35, 43-53, 171, 172, 173, 194-197, 200, Constitución de Chubut [C.Ch.].

Interesa subrayar que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno del país, primero, y, luego, la jerarquía acordada a los tratados y convenciones expresamente enumerados en la Constitución, esto es, a su mismo nivel [artículo 75 (22), C.N.], ha provocado y provoca directos efectos en *todo el orden jurídico*<sup>6</sup>, proyección que no pueden desconocer el Congreso, las legislaturas provinciales ni los jueces. Resultan *vinculantes* para los poderes públicos.

---

<sup>6</sup> Repárese en que a esos efectos ya se había referido la Corte antes de la reforma constitucional de 1994: En el caso "Ekmekdján" (Fallos: 315:1492), resuelto el 7 de julio de 1992, modificó el criterio que había mantenido invariable desde el precedente "Martin" (Fallos: 257:99), y sostuvo que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -ratificada por la República Argentina en 1972 y en vigor desde 1980- las normas contractuales internacionales que integran el orden jurídico nacional (artículo 31 de la Constitución) poseen primacía por sobre las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de rango inferior a la Constitución Nacional. En palabras de la Corte: "Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación

Es apreciable que en la doctrina nacional se debate y aun se resiste ese alcance, especialmente la jerarquía con que la reforma de 1994 dotó a esos tratados. He citado en otros trabajos, por ejemplo, la postura de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires contraria a algunos fallos de la Corte Suprema. Puede discutirse si la Convención Constituyente estaba habilitada para producir esa mutación según la ley que declaró la necesidad parcial de la reforma –ley 24.309- y pueden también controvertirse desde el respecto ideológico sus consecuencias. Pero si nos limitamos a observar con objetividad el derrotero seguido hasta nuestros días por la Corte Suprema<sup>7</sup>, sin adentrarnos en otras valoraciones, concluiremos forzosamente en que ella tiene ya dicho que la reforma constitucional de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales<sup>8</sup>, y, refiriéndose específicamente al orden regional, que esa "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación<sup>9</sup>. De ahí que la aludida jurisprudencia, dijo también, deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (Conf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054). Y que, en

---

del incumplimiento de un tratado" (párr. 18) [Véase el dictamen del Procurador General de la Nación emitido en "Simón" en 5 de mayo de 2005; allí añadió: "(...) 6) Esta doctrina se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos: 316:1669 y 317:1282) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional del año 1994"].

<sup>7</sup> Véase una evolución en los pronunciamientos de la Corte en el dictamen del Procurador General de la Nación emitido en "Simón", citado. Obsérvese lo que pudo agregar éste: "Como lógica consecuencia [...] resulta que para la época en que fueron sancionadas las leyes de punto final y de obediencia debida, normas de jerarquía suprallegal prohibían el dictado de disposiciones cuyo efecto fuera impedir la investigación y eventual sanción de graves violaciones de los derechos humanos, como las que son juzgadas en autos, y que, en esa medida, ambas leyes eran, ya por ese entonces, inconstitucionales". Esto es, aun antes de la reforma constitucional de 1994. Las leyes 23.492 y 23.521 fueron sancionadas el 29 de diciembre de 1986 y el 4 de junio de 1987, respectivamente.

<sup>8</sup> V. "Giroldi", fallado en 7 de abril de 1995, considerando 5).

<sup>9</sup> Considerando 11), idem.

consecuencia, a ella, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, añadió el cimerio Tribunal, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción". Según dicha Corte, "garantizar" implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 -"Excepciones al agotamiento de los recursos internos"- párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, "*el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos* (id..., parágrafo 23)"<sup>10</sup> [la bastardilla me pertenece].

Únicamente añadiré que en otros pronunciamientos, la Corte se ha referido a un *bloque constitucional*<sup>11</sup> [p.ej. en "Casal", 20 de setiembre de 2005 o en "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus"].

---

<sup>10</sup> Cconsiderandos 12) y 13), ídem.

<sup>11</sup> Sobre esta expresión y sus proyecciones en nuestro derecho, véase HEREDIA, José Raúl "*La Jerarquía Normativa de los Tratados*", Rev. del Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, c.e.i.pa, 1, Ediciones El Copista, set. 1995, pp. 235 y sigs. Había anticipado la conmoción de la instancia única en el proceso penal en virtud de la Convención Americana ["Pacto de San José de Costa Rica"] y con cita de Bidart Campos, a propósito del fallo de la Corte in re "Jáuregui", en *La Casación en el Chubut*, RAWSON, 1989 [V. Segunda Parte, Cap. III, pp. 133-139]. En los fundamentos del decreto reglamentario de la ley 26.061 [DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES], número 415/06, de 17 de abril, se expresa: "Que, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional otorga a la Convención sobre los Derechos del Niño jerarquía constitucional integrando el llamado *bloque de constitucionalidad federal*" (primer considerando).

Es de toda importancia subrayar todavía que en Chubut imperan los pactos al mismo nivel de su Constitución por expresa disposición de ésta [artículos 21 y 22, C.Ch.]<sup>12</sup>.

## V. PROPÓSITOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

Indicaré tres razones que hacían y hacen imperiosa la reforma del proceso penal en la Provincia. Primero: la necesidad de *alcanzar* las reglas constitucionales. Segundo: la necesidad de uniformar la aplicación de las normas en todo el territorio provincial, superando el mosaico que hoy se observa. Tercero: la necesidad de arribar al *juicio* hoy “tragado” [Maier] por la prolongada e interminable instrucción, único ámbito en el que es posible un fallo de condena, en su caso, que destruya el estado de inocencia que toda persona inviste. Es esto lo que significa la garantía del *juicio previo* [artículo 18, C.N.].

La aprobación en diciembre de 1999 por la Legislatura del Código “Maier” [ley 4566] auspiciaba la implantación del sistema acusatorio en desarrollo de las previsiones constitucionales. La ley 4743 tuvo por objeto avanzar hacia esa implementación y cubrir la transición; pero la prolongada vacancia del Código acarrió, en uno de sus efectos negativos, la pérdida de uniformidad en el modo de operar el procedimiento.

El juez de instrucción no ha acabado de desaparecer para siempre y tampoco el Ministerio Fiscal asume totalmente la investigación, reconociéndose matices en las diversas jurisdicciones. Es posible repetir aquí que toda vez que el procedimiento de persecución se inicie por o con intervención del juez de instrucción, éste queda

---

<sup>12</sup> Dicen: “Operatividad. Reglamentación ARTÍCULO 21. Los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario. / Los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas. /- Derechos Humanos. Interpretación. Responsabilidades ARTÍCULO 22. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina. / Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omite tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación. / La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad”.

descalificado para cuidar las garantías del imputado. Toda mutación de los roles en el proceso penal - *acusador, defensor, juez imparcial*-, en cualquier estadio del procedimiento, violenta las garantías constitucionales y las reglas del debido proceso adjetivo. Es esto lo que previene el nuevo Código [ley 5478] en su artículo 18<sup>13</sup>. Habrá de ponerse cuidado en observar que esa disposición tiene fuente constitucional y ya impera, aunque no haya entrado en vigencia todavía el nuevo Código [desarrollo de la doctrina de la Corte in re “Llerena”].

Especialmente, la tercera razón tiene que ver con la necesidad de acabar con “procesos de procesados”, con largas prisiones preventivas que se erigen en un anticipo de pena –inconstitucionales por ello- y de arribar al juicio. Hay quienes han afirmado en estos días en nuestra Provincia que se perseguiría así “encarcelar más rápidamente a los pobres” o que se busca una eficiencia exigida por organismos multinacionales, como el Banco Mundial. En verdad, la finalidad que se persigue conforme con lo que vengo de explicar favorece y no afecta el interés de los encausados. La experiencia demuestra que en la mayor parte de los motines protagonizados por encarcelados, éstos invariablemente exigen definición de sus causas.

Por una parte, no es posible únicamente desde una ley ritual modificar el sesgo discriminatorio, en perjuicio de los más débiles, del sistema penal. De otra parte, es cierto también que el proceso penal debe componer el interés de la víctima, como lo han dicho los organismos internacionales de derechos humanos<sup>14</sup>, y, en tal sentido, los distintos instrumentos que el nuevo Código ha concebido permite que los recursos de que dispone el Estado [Ministerio Fiscal] se apliquen preferentemente a la persecución de los casos más relevantes y complejos.

Conviene resaltar en ese orden de ideas la importante descarga del sistema penal que supone este Código. Ello se provoca por la conjunción de los siguientes institutos: la

---

<sup>13</sup> Dice: “Artículo 18. SEPARACIÓN DE LA FUNCION DE INVESTIGAR Y DE JUZGAR. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no podrán realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal a cargo del Ministerio Público Fiscal. / Si los jueces sustituyeran de algún modo la actividad propia de los fiscales, se apartarán inmediatamente del conocimiento de la causa”.

<sup>14</sup> Con fuente en el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 25 CADH; art. 75 (22), C.N.], se ha reconocido el derecho de las víctimas a lograr el enjuiciamiento y castigo de los autores del delito [Comisión IDH, Informe 5/96, caso 10.970; v. Comisión IDH, Informe 34/96, Caso 11.228. Por sus implicancias en el tema, v. C.S., “Giroldi”].

aplicación de criterios de oportunidad y la incorporación de medios alternativos de solución, tales la conciliación y la reparación. Si a ello se suman el juicio abreviado, el acuerdo para la realización directa del juicio, la suspensión del proceso a prueba y aun el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos [Vg., en flagrancia], se apreciará el efecto positivo inmediato que sobrevendrá al possibilitarse la atención preferente de la persecución penal pública en los hechos que se proyectan más negativamente hoy, pretiriendo un gran número de hechos que insumen considerable tiempo y cantidades de recursos humanos, materiales y económicos, en forma muy gravosa por la desproporción entre su empleo y los resultados en relación con los fines del proceso penal.

Es igualmente destacable la participación de la víctima; la aplicación de criterios de oportunidad requiere de su aprobación en concreto. Si no consiente en su aplicación, el ofendido por el delito queda habilitado a continuar por sí la persecución penal porque la acción penal no se extingue. El sobreseimiento solo podrá dictarse si lo consiente, cuando le ha sido ofrecida la reparación íntegra del daño o ha sucedido la conciliación.

La víctima tiene autonomía para intervenir en el procedimiento como querellante, sin subordinación a la actividad del fiscal. También, aunque no se constituyera en querellante, la persona ofendida por el delito tiene derechos específicamente establecidos, como el de ser permanentemente informada sobre la marcha del proceso, además de su adecuada protección.

## **VI. LA CUESTIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO**

**1. Presupuestos.** El Código asume que la prisión preventiva es compatible con la Constitución cuando medien los siguientes presupuestos: 1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él; y 2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entorpecimiento) [artículo 220].

Se han desechado los presupuestos de la peligrosidad del imputado –no procesal-, la repercusión social del hecho<sup>15</sup> y otros semejantes que fueron preferidos en la legislación de facto y recuerdan al famoso motivo de prisión de ‘alarma social’ (Erregung in der Öffentlichkeit), es decir, permitir acordar la prisión cuando la conducta del imputado o de una persona, del autor en suma, causara alarma, agitación o intranquilidad en la sociedad, introducido por la Novela Procesal Penal nacionalsocialista de 1935<sup>16-17</sup>.

La regla de autorización de la prisión preventiva es la de peligrosidad procesal; ella se erige en un instrumento para garantizar la efectividad de la potestad jurisdiccional - potestad punitiva del Estado- en tanto posibilita que el órgano jurisdiccional adopte determinadas precauciones para asegurar el normal desarrollo del proceso y la efectividad de la eventual sentencia condenatoria. Cabe remitir al artículo 49, C.Ch, en cuanto él dispone que la privación de la libertad solo procede “*siempre que existan elementos de convicción suficientes de participación en un hecho ilícito y sea absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley*” y al principio del artículo 49, C.Ch: “*La privación de la libertad tiene carácter excepcional y sólo puede ordenarse en los límites de esta Constitución...*”. El Código remite a la Constitución [artículos 1, 20, 212, 213, 220 a 222., CPrPen]. De donde, si no median motivos fundados para temer en el peligro de fuga, de entorpecimiento o que se frustre la aplicación de la ley

---

<sup>15</sup> “...Sin embargo, la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social...” [CIDH, Informe 12/96 que cito en el texto].

<sup>16</sup> Gómez Colomer (1985), p. 107, nota 33.

<sup>17</sup> “En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de ‘coerción procesal’, en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de ‘anticipar el efecto intimidatorio de la pena’, que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente ‘durante el largo período del terrorismo italiano’, como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de ‘dar seguridad a la colectividad’, asignándole un carácter de ‘sedante social’ frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar” [LA PRISIÓN PREVENTIVA EN UN ESTADO DE DERECHO, por Cecilia Sánchez Romero, Directora del Centro de Información Jurisprudencia y Profesora de la Universidad de Costa Rica].

penal en el caso, pudiendo asegurarse ello por otros medios, no existe razón en principio que justifique constitucionalmente la prisión preventiva<sup>18</sup>. Cuando ésta se expande, como viene sucediendo, además de innumerables problemas de todo tipo, se ocasiona una violación al diseño constitucional del proceso penal [artículos 18 y 75 (22), C.N.] erigiéndose en un anticipo de pena<sup>19-20</sup>.

En verdad, la prisión preventiva ha reemplazado al juicio que nunca llega, se emplea muchas veces para atenuar presiones de la víctimas o mediáticas y encubre la impotencia investigativa. Los humores de la sociedad hoy, es cierto, parecen exigirla siempre en la inteligencia, creo yo, de que el imputado se fugará o nunca será juzgado de

---

<sup>18</sup> La Corte Interamericana [Corte IDH] en el caso SUÁREZ ROSERO [SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1997], señaló: “(...) 77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3)...”.

<sup>19</sup> La Corte argentina, con fecha 3 de mayo de 2005, en los autos "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", señaló: (del considerando 9º): “(...) se desprende la existencia de un incremento notable (296,70%) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 —acentuándose desde 1998—, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad. Por otra parte, también consta que la situación de las cárceles provinciales es crítica en materia de capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04”.

Cabe destacar que la legislación que provocó o a lo menos incrementó ese estado de cosas, leyes 12.405 y 13.183 —que modificaron la regulación en materia de excarcelación—, como así también las modificaciones efectuadas a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177, ha sido reemplazada recientemente en Buenos Aires [v. ley 13.449. de modificación ley 11.922 (CPrPen), B.O.: 17/3/2006].

<sup>20</sup> Ha dicho también la Corte Suprema: "...si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa" [Fallos: 318:2002].

todas formas. Y cuando llega el juicio se quiere la prisión perpetua para cualquier delito, nada menos satisface ya.

Cabe advertir:

“...Otra razón utilizada por los tribunales internos para denegar la excarcelación es la historia criminal de (...). Este tipo de consideración se funda en una evaluación de la peligrosidad social del individuo, en la virtualidad de su conducta para poner en peligro bienes jurídicos de la víctima del delito o de la sociedad”.

“El interés del individuo que ha delinquirido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta. Para tal efecto, deben sopesarse elementos tales como la conducta posterior del individuo frente a las consecuencias de su delito, el ánimo o celo reparatorio de los perjuicios ocasionados con el ilícito, el interés del inculpaado en incorporar pautas de conducta socialmente aceptables, el entorno social y familiar de aquél y sus posibilidades de rehabilitación”<sup>21</sup>.

Las pautas del artículo 227, “Sustitución” de la prisión, tienden a recibir ese criterio<sup>22</sup>.

El Código en su versión final ha hecho una suerte de concesión: permite inferir de las características del hecho atribuido al imputado la posibilidad en concreto de la fuga o el

---

<sup>21</sup> V. “Jorge A. Giménez v. Argentina, Caso 11.245 Informe No. 12/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 33 (1996).

<sup>22</sup> “(...) 62) Que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha, pues fueron criticadas desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, en el que se destacaba ya su inutilidad, desatando una cadena de opiniones condenatorias que fue casi unánime a lo largo de todo el siglo XX. Hace casi cincuenta años, en el segundo congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Londres, 1960), si bien se sostuvo la imposibilidad de suprimirla, se recomendaron los llamados sustitutivos” [CS, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", citado].

La Corte IDH, ha dicho a su vez: “(...) 7. Que esta Corte ha considerado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad y centros penitenciarios o de detención, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas (...) -. Además, “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención” [RESOLUCION DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DEL 30 DE MARZO DE 2006. MEDIDAS PROVISIONALES. CASO DE LAS PENITENCIARIAS DE MENDOZA, REPUBLICA ARGENTINA].

entorpecimiento; y procura vincular la probabilidad de nuevas o reiteradas imputaciones con esos presupuestos<sup>23</sup>. Por lo que es posible presumir, se intenta una respuesta a la crueldad y a la violencia que exhiben determinados hechos –amputación de miembros, golpizas a ancianos indefensos y otros semejantes- y a la objeción más encendida de las víctimas, amplificadas por los medios de difusión: la reiteración delictiva [artículo 221, (2) y (4), CPrPen]. Obsérvese, no es un presupuesto de la prisión preventiva pero se vincula a la idea del peligro procesal en concreto a partir del modo de comisión o la falta de sometimiento a exigencias impuestas para la soltura revelada por la reiterada vinculación a otro u otros procesos en calidad de imputado.

Pero no ha de perderse de vista la interpretación que vienen sustentando tanto la Corte Interamericana como nuestra Corte Suprema en esa línea:

“(…) 84. El objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”<sup>24</sup>.

Aunque la Comisión ha expresado que la severidad de la pena que se espera puede ser considerada a los fines de evaluar el riesgo en concreto de evasión, ha limitado el alcance de esa interpretación:

“(…) 86. Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un

---

<sup>23</sup> La CIDH ha empleado la expresión “riesgo significativo” al lado de los dos presupuestos estrictamente procesales: “En vista de que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo” [Informe 12/96, citado].

<sup>24</sup> Ídem.

sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio”<sup>25</sup>.

Y ha añadido:

“(…) La Comisión observa, por otra parte, que en tal circunstancia, el Estado puede perfectamente adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculcado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal. Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención”.

**2. Competencia. Procedimiento.** La decisión que ordena la prisión preventiva es dictada durante el procedimiento preliminar por el juez penal, previa audiencia en la que se permite al fiscal y a la víctima fundar sus requerimientos y demostrar su necesidad en presencia del imputado y su defensor, quienes también son oídos.

De modo tal que el procedimiento para adoptar la decisión acerca de la libertad o la prisión supone un cambio esencial, pues el clásico incidente de excarcelación, con una vista al fiscal, únicamente –no a la víctima-, escrito, se transforma en una audiencia a la que deben concurrir las partes ante el juez, quien puede ordenar algún medio de prueba previo a decidir [artículo 223, CPrPen].

Después de formulada la acusación es competente el juez que dirige la audiencia preliminar y durante el debate el tribunal que interviene en él o el juez que lo preside, si se tratara de un tribunal de jurados [223, II].

La decisión se consigna en acta y es pronunciada en la audiencia.

Resulta importante resaltar que el juez, a pedido de algún interviniente pero también de oficio, previo oír al fiscal y a la defensa, puede fijar un plazo menor para el cierre de la investigación –el plazo natural es de seis meses [artículo 282]-, a fin de cautelar las garantías y siempre que las características de la investigación lo permitiere, al término del cual el acusador deberá presentar la acusación, salvo que éste acudiera a la prórroga prevista [esto es, cuatro meses más y excepcionalmente otros cuatro, a cuyo vencimiento si no media acusación fiscal o del querellante, debe sobreseerse (artículo 283)]. Pero si vence el plazo fijado originariamente por el juez, aunque el fiscal hubiese

---

<sup>25</sup> Ídem.

solicitado y se le hubiese concedido la prórroga, igualmente la prisión debe cesar a menos que el fiscal, la parte querellante o la víctima [no constituida en querellante] justificara objetivamente la necesidad de mantenerla.

Debe señalarse que la decisión que impone una medida de coerción o la rechaza, es revocable o reformable durante el procedimiento [234].

**3. Sustitución y control en el nuevo Código. Cesación.** Son alternativas a la prisión preventiva, como medidas menos gravosas que aseguren igual al imputado para el proceso, entre otras, el arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado de una persona, la prohibición de salir del país y la prestación de una caución económica adecuada [227].

No es estrictamente una novedad entre nosotros, porque ya el Dr. Julio Maier incluyó en su Código normas semejantes [v. artículos 124 y 125, CPrPenCh, ley 4566] el control de la prisión (y de la internación), que el Código llama “examen obligatorio” y “examen a pedido” [artículos 235 y 236]] disposiciones que siguen una tendencia internacional.

El artículo 226 se refiere a la cesación del encarcelamiento, en tres previsiones; claro está, debe cesar la prisión si no subsisten los presupuestos que la tornan legalmente procedente (1) y también cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera en concreto (2). La tercera previsión se relaciona con los plazos de duración del procedimiento y de la investigación preliminar.

## **VII. DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCEDIMIENTO**

Hay que observar que el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento es, en principio, de tres años [146] que se extiende a cinco años en el procedimiento para asuntos complejos [357 y siguientes] y son en ambos casos improrrogables, aunque no se computa el tiempo de los recursos extraordinarios local y federal y se interrumpen por la fuga del imputado [146, in fine].

El plazo de duración de la etapa preparatoria es de seis meses [282] que puede extenderse motivadamente hasta cuatro meses más a pedido del fiscal o del querellante, prórroga concedida por el juez penal. Es posible una nueva prórroga para el cumplimiento de un acto concreto de investigación, otorgado en este caso por dos jueces, que no puede exceder otros cuatro meses [283]. Vencido este plazo máximo extendido, o el originario si

no mediare pedido y concesión de prórrogas, el encarcelamiento debe cesar pero también debe sobreseerse al imputado si no se ha producido la acusación [148, 282, II y 285 (7)] o no ha podido superarse la dificultad [148, 283, II, in fine y 285 (7)].

A su vez, vencido el plazo máximo de duración del procedimiento [146, 357 y siguientes] el tribunal debe sobreseer al imputado y archivar las actuaciones o sólo esto último si no hay imputados [147]. En ningún caso la prisión preventiva debe durar más de tres años [358 (1)].

Se trata de la cuarta regulación en Chubut del plazo de duración máxima del proceso penal. La primera estuvo contenida en el Código Obarrio –texto originario, ley 2372 que rigió en la Provincia por disposición de la ley de provincialización [artículo 9, ley 14.408] y previsión constitucional [artículo 251, C.Ch 1957]- que disponía que toda causa debía terminarse completamente en el término de dos años [artículo 699] sin que se computasen las demoras por peticiones maliciosas del procesado o por diligenciamientos de oficios o exhortos, cuando el retardo era independiente de la voluntad del juzgado [artículo 442]. El sumario no debía durar más de treinta días en la Capital y sesenta en las demás secciones [idem]. Transcurrido dicho plazo el juez debía sobreseer o elevar la causa a plenario [442, II]<sup>26</sup>.

La garantía de duración razonable del procedimiento penal [*“Todo proceso debe concluir en un término razonable”* (artículo 44, IV, C.Ch)] prevista en la CADH y el PIDCP, y ahora elevada a jerarquía constitucional [artículo 75 (22), C.N], sobre la que se han pronunciado los organismos internacionales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no fue una garantía explícita en la Constitución de 1957 en Chubut, pero podía derivarse del diseño del proceso penal que de ella devenía y, mediatamente, del artículo 18, C.N. y de las doctrinas de la Corte Suprema en su desarrollo. Fue una garantía constitucional “innominada” en el país<sup>27-28</sup> hasta la jerarquización del derecho

---

<sup>26</sup> El artículo 442 fue reformulado en una reforma posterior [ver decreto ley 22.383/81] y el 699 pasó a ser el artículo 701 [idem.] Esta última norma fue objeto de tratamiento y evaluación en el Informe CIDH 12/96 citado.

<sup>27</sup> “Debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional), el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal. Tal pronunciamiento puede consistir en la declaración de la prescripción de la acción penal” [CS, Fallos, 312:2075 y 2434].

internacional de los derechos humanos al nivel de la Constitución [artículo 75 (22), C.N], aunque a partir de la incorporación de los tratados al derecho interno, antes de la reforma de 1994, tuvo jerarquía, vinculante, superior a las leyes procesales conforme se desprende de pronunciamientos de la Corte que he relacionado antes.

El Código sancionado en 1988 [ley 3155] prevé una duración máxima de la instrucción de cuatro meses, prorrogable fundadamente por cuatro meses y excepcionalmente puede superar ese plazo [183]. A su vencimiento, se debe sobreseer si no se requiere la elevación a juicio [294 (6)]. Es notorio que ha sobrevenido una sistemática violación a esa normativa porque se prolonga la etapa de investigación instructoria sin plazo máximo y a menudo sin autorización expresa y fundada en las causas. Debo decir que la Comisión que preparó el proyecto final de este Código, creada por el Decreto 9/08, inspirada en igual solución contenida en el Proyecto de Código Uniforme del Dr. Jorge Clariá Olmedo, incorporó el inciso 6º a la norma finalmente ordenada como artículo 294, no contenido en el anteproyecto que preparó el Dr. Levene (h), con la finalidad de acabar con la práctica inconstitucional del sobreseimiento provisional a que se acudía habitualmente en la aplicación del Código Obarrio, según la cual quedaba vinculada a un proceso penal una persona a quien no se la había podido someter al juicio, inocente entonces [artículo 18, C.N], hasta que sobrevenía la prescripción. La práctica abusiva de la prórroga extraordinaria de la instrucción, –que solo debería autorizar la Cámara de Apelación Instructoria y de modo expreso en cada caso, siempre con plazo [183]- se ha erigido desgraciadamente en una suerte de remedo de aquel sobreseimiento provisional, contraria abiertamente a garantías constitucionales, al igual que el archivo de las causas sin resolver la situación de personas que han sido públicamente vinculadas a un proceso en trámite.

Está fuera de toda discusión posible que nunca pudo –ni puede- interpretarse la ley procesal penal vigente de modo más gravoso para el imputado que lo que previó el antiguo Código Obarrio en cuanto a la duración del proceso, aunque, claro está, tampoco se

---

<sup>28</sup> El Convenio de Roma [de 4 de Noviembre de 1950] estatuyó: “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y *dentro de un plazo razonable*, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”, que hay que coordinar con el artículo 6.3 b).

cumplía<sup>29</sup>. Luego de la reforma de la Constitución de la Nación y la sanción de la nueva Constitución de Chubut, es impensable que no se preste atención a la proyección vinculante de la garantía, ahora nominada, de la duración razonable del proceso penal que es anterior a cualquier regulación adjetiva.

Tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]:

“(…77. El Estado debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. La declaración de culpabilidad o inocencia es igualmente equitativa siempre y cuando se respeten las garantías del procedimiento judicial. La equidad y la imparcialidad del procedimiento son los objetivos finales que debe lograr un Estado gobernado por el imperio de la ley.

“78. Por lo tanto, el principio de la legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”<sup>30</sup>.

Y la Corte argentina ha señalado que “[E]l propósito constitucional de afianzar la justicia, y los mandatos explícitos que aseguran a todos los habitantes la presunción de su inocencia, la inviolabilidad de su defensa en juicio, y el debido proceso legal, se integran por una rápida y eficaz decisión judicial” [“Mozzatti”]<sup>31</sup>.

El Código aprobado por la ley 4566 concretó la tercera regulación en los artículos 180 a 184 [*Duración razonable de la persecución penal*]; en la concepción que él consagra, el juicio no puede exceder el año de duración contado desde el momento en el que la acusación es interpuesta ante el tribunal hasta el momento en que se pronuncia la sentencia después del debate. El acusador público cuenta con dos meses para concretar la acusación, ampliable hasta un máximo de un año al término del cual, si no produce la acusación, debe sobreseerse. El plazo total del procedimiento [dos años como máximo,

---

<sup>29</sup> “Desgraciadamente, en la práctica este precepto no funciona, pues existen muchos procesos que no pueden terminarse en ese amplio lapso…” [Barberis, Código de Procedimientos en Materia Penal, concordado y comentado, ed. Depalma, Bs. As., 1959, II, p. 178, com. Artículo 699. Ver también, I, p. 453, com. Artículo 442. Aquí el autor conmina a los jueces a ajustarse al plazo previsto en la norma].

<sup>30</sup> Informe 12/96, cit.

<sup>31</sup> Recuérdese la Enmienda VI (1791): “En toda causa penal, el acusado tendrá derecho a un *juicio rápido y público por un jurado imparcial*…”, fórmula que, con razón, Vélez Mariconde llamó “inmejorable”.

siempre que se hubiese concretado la acusación en el plazo de que dispone el fiscal a esos fines] comienza a contarse desde el momento de la primera comparecencia del imputado ante un tribunal, para responder a la instancia de una medida de coerción, o desde el momento de la primera declaración del imputado en la causa provocada por la citación del acusador público, o desde el momento de la realización de un acto que implique, por su modo de realización, la difusión pública indeterminada acerca de la sospecha sobre la participación en un delito de acción pública, de ellos el momento más antiguo.

El nuevo Código establece los plazos máximos, con los efectos comentados, que se computan desde la apertura de la investigación preparatoria [269 (1), 274]. De esta forma, Chubut cumple la exigencia a que está vinculada por la jerarquía de los tratados y porque ellos imperan en su ámbito por expresa previsión de su Constitución [artículo 22, C.Ch], al establecer el plazo máximo del procedimiento pero también de actos procesales en concreto y a los fines de su desarrollo, que conlleva una inteligencia expresa acerca de lo que la Provincia entiende por “plazo razonable”<sup>32</sup>.

## **VIII. GARANTÍAS, TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y AUTONOMÍA PROVINCIAL**

Una consideración final creo oportuna. Nuestra forma federal de gobierno [artículo 1, C.N] implica, en el texto constitucional, que las provincias son autónomas y conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal en la Constitución [artículo 121, C.N]. Entre éstas, queda reservada la legislación procesal [75 (12), 126].

Hasta la reforma constitucional de 1994 podía entenderse que las provincias conservaban, aun frente al derecho internacional de los derechos humanos incorporado al derecho interno, su autonomía en materia procesal. Ello venía avalado por la “cláusula

---

<sup>32</sup> “...la primera exigencia en orden a proporcionar una tutela eficaz es, precisamente, la de impetrar el cauce formal a través del cual la partes se relacionará con el órgano judicial; de modo que se impone la necesidad de desarrollar una legalidad procesal que dé satisfacción a los intereses del justiciable, y, entre ellos, a la expectativa de obtener una resolución en un plazo conveniente y previsible” . / “De ahí que en todos y cada uno de los Estados miembros resulte notoria la acción legislativa orientada a fijar los límites temporales de las diversas actuaciones judiciales, ya sea mediante normas procesales que establecen plazos reglados excluidos de la voluntad de los sujetos que intervienen en el proceso, ya sea mediante el establecimiento de los criterios que deben presidir las decisiones relativas a la duración del mismo” [RIBA TREPAT, C. *La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas*, Boch, 1997, p.53].

federal”, artículo 28, de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>33</sup>. Aunque la Corte había sentado antes de esa reforma constitucional que los tratados aprobados y ratificados por el Estado Nacional son vinculantes para éste bajo responsabilidad internacional<sup>34</sup>. Conforme con el texto convencional, los estados se comprometen internacionalmente a adoptar las medidas legislativas y de otro carácter necesarias para dar cumplimiento a las normas sobre derechos humanos, y ello implica procurar su observancia por parte de las provincias [artículos 2 y 28, CADH]. Algunas provincias, como Córdoba y Chubut, se adhirieron expresamente por ley a la Convención; a partir de esa adhesión, se hizo necesario en Chubut la reforma del recurso de casación entendida entonces, a lo menos, como inexcusable respecto de las limitaciones cuantitativas impeditivas del acceso al Superior Tribunal de justicia [v. artículo 2º, ley 3746].

Acaecida la reforma constitucional, han sucedido efectos jurídicos innegables según lo he señalado más arriba [v. II]. Entre esos efectos, hay que asumir que la zona de reserva de las provincias en materia procesal se ha restringido. El alcance de esa restricción debe

---

<sup>33</sup> “Artículo 28. Cláusula Federal 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. / 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención....”

<sup>34</sup> Asumo que la cuestión es cuando menos opinable; puede apreciarse que en algunos fallos, jueces federales de grado entendieron, aunque en postura no pacífica en el seno de esos tribunales, antes de la reforma constitucional de 1994, que esa jerarquía de los tratados señalada por la Corte, superior a las leyes del Congreso, también a las de las provincias, habilitaba la competencia de los tribunales federales en materias reguladas directamente por ellos, como el hábeas corpus [V. “Artigue, Sergio Pablo s/ hábeas corpus”, Cám. Fed. Apel La Plata, de 30 julio de 1993] tratándose de “derechos federales específicos”, con cita del fallo de la Corte Suprema in re “Marrese”, de 28 de noviembre de 1985 (Fallos 307:2249), esto es, por estar involucradas cuestiones especialmente regidas por la Constitución en el sentido del artículo 2º, inciso 1º de la ley 48. Éste dice: “Art. 2º.- Los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: 1º Las que sean especialmente regidas por la Constitución nacional, las leyes que haya sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras...”. Sucedida ya la reforma constitucional, luego del fallo de la Corte in re "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus" tal postura parece acentuarse [así, votos del Dr. Leopoldo H. Schiffrin en “S., S. R. / Hábeas Corpus”, de 29 de noviembre de 2005; “Aguilar Zubelzu, Enrique s/ Hábeas Corpus” de 21 enero de 2006, y sus citas].

ser objeto de un estudio pormenorizado y trasciende el objeto del presente. Solo diré aquí que el nuevo Código de Chubut ha debido ceñirse al derecho internacional de los derechos humanos por imperio de un doble orden normativo superior: por la ubicación que él tiene hoy en el derecho interno, federal [Constitución Nacional, artículos 31, 75 (22)] y por mandato expreso de la Constitución de la Provincia, artículos 10, 21 y 22.

Creo que habrá que meditar acerca de estas afirmaciones de la Corte Suprema:

“...Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, *la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley*, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía./ Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva —que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal— *las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional*. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, *sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio*./ Por lo demás, *no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptaría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal*” [in re "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", cit.; las bastardillas me pertenecen)].

Una meditación del todo necesaria, que de pronto puede ampliar sus horizontes a poco que se repare en las implicancias de esas afirmaciones pero también de lo que viene resaltado en el ámbito internacional de los derechos humanos a propósito del carácter de *progresividad* de éstos:

“(…) La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación *pro homine* ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o

posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional”<sup>35</sup>.

Obsérvese, se ha podido propiciar la *aplicación preferente de la norma más favorable* a la persona humana se trate de una norma nacional o internacional. En esta línea, un habitante de la región podría invocar cualquier norma de derecho interno de otro Estado diferente al que él habita más favorable al propio ordenamiento interno el que, en verdad, ha quedado vinculado a aquél por virtud del sometimiento voluntario a ese orden internacional.

Véase todavía:

“A su vez, en no pocos casos, la jurisprudencia más progresiva emanada de las jurisdicciones constitucionales también ha sido recogida por los órganos de protección internacional de los derechos humanos. Ejemplo de ello se puede ver en la norma que –a propuesta nuestra- resultó incorporada en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (...)”<sup>36</sup>, la cual a la par de otorgarle a los tratados sobre derechos humanos la jerarquía constitucional, permite su aplicación preferente aún frente a la propia Constitución cuando las normas internacionales resulten más garantistas y, por último, reitera la vinculación directa y operativa de dichas normas internacionales (...). De esta manera, los tratados sobre derechos humanos reconocidos expresamente en el derecho constitucional –lo cual refuerza su carácter vinculante y operativo- quedan integrados al ‘bloque de la constitucionalidad’ ...”<sup>37</sup>.

En otra aproximación, nada más por ahora que eso, dejo planteada la cuestión al modo de una convocatoria a fallo plenario: si un habitante de Argentina puede invocar una norma de derecho procesal, penal en este caso, no vigente en su provincia, que impere en el orden federal o en otra provincia como más favorable. Precisamente, por opiniones que ya pueden computarse, no es difícil comprender que habría en torno a la cuestión divergencias y matices.

---

<sup>35</sup> CORAO, Carlos M. Ayala [Ex-Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos] “*La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*” [v. Red de Información Jurídica, página Web de la Comisión Andina de Juristas].

<sup>36</sup> Dice: “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

<sup>37</sup> *ibídem*.

De un lado, hay quienes han anticipado una respuesta positiva a ese planteamiento. De otra parte, sin que implique aseverar que él es de esa opinión, lo que no estoy en situación de hacer, es cierto que el Dr. José I. Cafferata Nores proyectó como Diputado Nacional en ejercicio unas “*Bases Uniformes para la procuración y administración de la justicia penal*”<sup>38</sup> cuyos dos primeros artículos dicen lo siguiente:

Artículo 1. Prevalencia. Las garantías establecidas en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados a su mismo nivel (art. 75, inc. 22) y los principios básicos establecidos en esta ley serán de aplicación directa y prevalecerán sobre cualquier otra disposición en todo el territorio nacional. Serán utilizados como fundamento de toda interpretación y como criterio para la validez de los actos del procedimiento penal.

Artículo 2. Generalidad. Las garantías y principios previstos en esta ley serán de cumplimiento obligatorio en todo procedimiento que implique una sanción penal o cualquier disposición restrictiva de la libertad, en el curso de aquél.

Se tendrá en cuenta que todas las previsiones de ese proyecto de ley estaban destinadas a regir en todo el territorio nacional, imperando en las provincias de modo vinculante para éstas pese a la naturaleza, en primera consideración, procesal de ellas. Así, por ejemplo, esta disposición:

Artículo 5. Jurado. El acusado tendrá derecho a elegir ser juzgado por un tribunal integrado por jurados, en las condiciones previstas en el artículo 69.

Adopta el proyectista la tesis de la competencia del Congreso para sancionar una norma semejante que viene avalada por la postura del senado nacional en el célebre debate sobre la ley de jurados llevado a cabo en su seno en 1870 –que he referenciado en un estudio sobre el jurado<sup>39</sup>- y la letra del artículo 75 (12), C.N. –posición que he controvertido<sup>40</sup>-. Otras normas se proyectan sobre la zona de reserva de las provincias, tales como la que establece el derecho de la víctima de constituirse en querellante y deducir la acción resarcitoria civil en el proceso penal, la que adopta criterios de

---

<sup>38</sup> Proyecto de ley presentado como Expte. N° 1581, Sec. D, el 1/4/98 [V. CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2000, pp. 303-344].

<sup>39</sup> V. HEREDIA, José Raúl *EL DEVENIR DEL ENJUICIAMIENTO PENAL*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, Apéndice I, pp. 409-437.

<sup>40</sup> *idem*.

oportunidad, la que regula la libertad durante el procedimiento y las reglas de coerción del imputado, las que regulan principios sobre la prueba, las reglas del juicio, entre éstas la que imponen la publicidad y la oralidad, y las de los recursos, etc.

Obsérvese que de compartirse ese punto de vista, el Congreso derogaría disposiciones procesales provinciales, por caso los sistemas inquisitivos escritos que aun imperan. El prestigioso autor de Córdoba ha señalado, a mi juicio con indudable acierto:

“...el sistema ‘mixto’ o ‘inquisitivo mitigado’ de proceso penal, preponderante en Argentina (...), está en seria infracción respecto del modelo acusatorio de procuración y administración de justicia criminal que impone el nuevo sistema constitucional, sobre todo si se considera la incorporación a la Constitución Nacional, y a su mismo nivel, de los más importantes instrumentos y tratados supranacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN) que han dejado fuera no solo del campo de la interpretación jurídica sino también del campo de la libre reglamentación procesal, aspectos esenciales del proceso penal para convertirlos en texto expreso, indiscutible e inalterable”<sup>41</sup>.

Creo que puede compartirse, en esa línea de pensamiento, con el Dr. Carlos Chiara Díaz su afirmación: “*los jueces deben garantizar un proceso según Constitución y no conforme al procedimiento mixto*”<sup>42</sup>. Es lo que se ha sostenido en Chubut en el seno de la Comisión redactora que he coordinado<sup>43</sup>, expresado entre los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto de Código Procesal Penal presentado en diciembre de 2005 y que ha sido sancionado, con algunas leves variantes introducidas en el seno de la Legislatura, por la ley 5478 que motiva estas notas. Y lo que auspicia la Corte Suprema en diversos pronunciamientos [“Casal”<sup>44</sup> y sentencias consecuentes].

Me permito esta cita:

---

<sup>41</sup> De su “Informe sobre el Anteproyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Río Negro”, cuyo texto he conocido por gentileza del doctor Alfredo Pérez Galimberti. Ver asimismo “La Influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal Argentino” [1999] trabajo que he conocido por gentileza de su autor.

<sup>42</sup> V. su nota a fallo en elDial N° 2019 de 22 de abril de 2006.

<sup>43</sup> Según Resolución Número 138/04 de la Legislatura, de 24 de junio, por cuya virtud se me designó, ad honorem, como Coordinador de la Cámara, teniendo como base normativa lo preceptuado en el artículo 134 inciso (7) de la Constitución de la Provincia del Chubut.

<sup>44</sup> V. HEREDIA, José Raúl, “¿Casación o un nuevo recurso”? De ‘Jáuregui a ‘Casal’”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis-Nexis, 2, febrero de 2006, pp.285-293, nota a fallo también publicada en la página Web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

“Se ha hablado, asimismo, de garantismo, pretendiendo desacreditar también por este costado el Anteproyecto (...) / La Constitución Nacional de 1853, cuando no existían los tratados, pactos y convenciones de Derechos Humanos –aunque sí existían la Constitución de Filadelfia, la Declaración Francesa citada y normas de nuestro derecho patrio, como el temprano Reglamento de la División de los Poderes (setiembre-octubre de 1811) o el Decreto de Seguridad Individual de 23 de noviembre de 1811, que se retomaron después- estableció garantías penales en los artículos 18 y 19, C.N. cuya aplicación a lo largo del tiempo por la Corte permitió agregar las *garantías innominadas*. De tal suerte, se conformó un sistema de garantías constitucionales penales al que las leyes adjetivas debieron y deben adecuarse; ello significa que la primera ley procesal penal ha sido siempre, y sigue siéndolo, la Constitución Nacional lo que se ha comprendido escasamente y aun hoy se olvida a menudo<sup>45</sup>.

Es notorio la difusión entre operadores jurídicos de lo que he llamado alguna vez “*positivismo práctico*”, que consiste en ver en las normas procesales *todo* el Derecho y desaplicar normas superiores como las contenidas en los tratados internacionales y en la misma Constitución, que queda así demasiado lejos de la aplicación práctica de los códigos. A punto ello es así que entre las críticas a las reformas suele escucharse que no hay posibilidad de operar un código de base acusatorio porque se carece de recursos humanos y materiales, como si la Constitución no lo exigiera desde 1853, no hubiese quedado, ese diseño constitucional del enjuiciamiento penal, ratificado y potenciado por los tratados incorporados al derecho interno y por la reforma constitucional de 1994 – también las sobrevenidas desde marzo de 1986 en varias provincias, por caso la de Chubut cuya nueva Constitución de 1994 creó el Ministerio Público, Fiscal y de la Defensa, y le otorgó la titularidad del ejercicio de la acción penal pública [artículos 194-197]- y no se hubiese pronunciado ya la Corte Suprema señalando que no pueden confundirse los roles en el procedimiento penal [históricamente “Núñez Manuela”, T. 125, p. 10; T. 127, p. 36, entre otros. Y de nuestra época, “Tarifeño”, “Mostaccio”, “Llerena”].

Igualmente, suele afirmarse cotidianamente que las reformas en las leyes procesales vienen inspiradas por una ideología “garantista” que frustra la actuación de la ley penal, y no se advierte que ellas intentan un desarrollo del diseño constitucional del proceso penal al cual quedan vinculadas, porque impera ya aunque no se consumen las reformas.

---

<sup>45</sup> V. el Oficio de Remisión, que suscribo, de los anteproyectos de Código y de normas orgánicas de la justicia penal y de jurados, respectivamente, en elDial, Suplemento de Derecho Penal y Contravencional de la C.A.B.A. de 20 de diciembre de 2005.

Es posible culminar estas reflexiones citando al Dr. Alberto Binder:

“Mucho se ha hablado de la ‘unificación del Derecho Procesal Penal’ como una finalidad deseable. Si por ello se entiende la uniformidad en cuanto a cuestiones menores, tales como plazos, competencias internas, o la regulación de ciertas instituciones procesales, no parece ser ni un objetivo importante ni tan deseable. La verdadera ‘unificación procesal penal’ ya está impuesta por las normas básicas de nuestra sociedad y tiene el significado, políticamente valioso, de un tratamiento igualitario digno y respetuoso para todos los habitantes del país sin que las competencias o los tribunales puedan alterar esa base intangible de respeto. Si entendemos la unificación procesal con este sentido, ello es un objetivo político-institucional valioso...”<sup>46</sup>.

Claro está, prefiero que la uniformidad de las leyes procesales suceda a través de la concertación entre las esferas de poder. Es esta –debe ser- la tarea del Gobierno Federal en el ámbito de las obligaciones internacionales que ha asumido: promover la progresiva y más pronta adopción de las normas necesarias por el Congreso y las legislaturas provinciales para que rijan las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos con igualdad en todo el país. En tanto, los jueces, como promotores de los derechos humanos, según señalaba el Dr. Germán Bidart Campos, deben adoptar a través de sus fallos las medidas necesarias –que son “medidas de otro carácter” como dice la CADH- para suplir las omisiones –inconstitucionales- del legislador.

---

<sup>46</sup> *Introducción...*, pp. 91-2. Cita que hice en *El Devenir...*, ob. y lug. cit.