

EL CONTROL DE LA IMPUTACION EN LA ETAPA INTERMEDIA.

Comentario al Plenario Ordoñez de la Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata¹.

por Juan Francisco Tapia

juanftapia@gmail.com

I. INTRODUCCION.

A partir de la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, cristalizada a través de la ley 13.183, se abrió el debate respecto a si el Juez de Garantías debía resolver los planteos de oposición a la requisitoria de citación a juicio, cuando los mismos pretendieran un cambio de calificación jurídica del hecho intimado, sin que ello tuviera repercusión en la libertad del sujeto pasivo del proceso.

El eje central de esta discusión se debe a la existencia de tres normas de la ley procesal en *aparente contradicción*:

- a. por un lado el art. 23 inciso 5to, que en su redacción modificada prescribe que el Juez de Garantías conocerá “en la oposición de elevación a juicio, solicitud de cambio de calificación legal, siempre que estuviere en juego la libertad del imputado, o excepciones, que se plantearen en la oportunidad prevista en el artículo 336”.
- b. por otra parte el art. 336, que en su inalterada versión original establece que “las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quién podrá, en el término de quince (15) días, oponerse instando al sobreseimiento o el cambio de calificación legal, u oponiendo las excepciones que correspondan”.
- c. de igual modo, el art. 337 le impone al órgano jurisdiccional la resolución de la oposición de la defensa a la pretensión del promotor de la acción.

La discusión presenta aristas interesantes, planteándose cuestiones de dos índoles diversas:

1. el estudio de los diversos mecanismos de interpretación de enunciados jurídicos normativos y
2. el análisis de las funciones específicas que deben asignarse a la etapa intermedia del proceso penal.

II. EL FALLO.

El 19 de junio de 2007, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, frente a decisiones divergentes de las Salas que la integran², resolvió en acuerdo plenario que, como regla, *no corresponde expedirse, en la etapa intermedia del proceso, sobre solicitudes de cambio*

¹ Plenario n° 20, c. 11.247 “Ordoñez, Alejandro Oscar s/ infracción ley 23.737”. El texto completo del fallo puede ser consultado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Lexis Nexis 8/2007, pp.1612 ss.-

² En concreto c. 9292 “Suarez” del 6.10.2005, Reg. 419 (r), Sala III; y c. 10717 “Alcaraz” del 19.10.2006, Sala II, Reg. 263 (s).-

de calificación típica de los ilícitos, a menos que estuviere en juego la libertad del imputado, zanjando de éste modo la discusión interpretativa en torno a los arts. 23 inciso 5to y 336/7 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

El interesante desarrollo de los votos individuales evidencia *dos posiciones antagónicas*, las que sin embargo encuentran *puntos de conexión* en diversas justificaciones y, en algún caso, hasta abren la vía de una tercer corriente interpretativa³.

La posición mayoritaria deja traslucir diferentes justificaciones para arribar a la conclusión expuesta.

Los jueces Laborde y Azpelicueta acuden a la interpretación gramatical o literal del art. 23 inciso 5to CPP como fundamento del rechazo a resolver aquéllos planteos restringidos a la subsunción jurídica de los hechos. Siendo la herramienta interpretativa escogida *la voluntad del legislador*, el juez Laborde recurre a los fundamentos de la ley 13183 en base a su exposición de motivos, remarcando que la esencia de la reforma normativa han sido los conceptos de celeridad y eficacia, ello sin dejar de cuestionar el modo en que la propia ley adjetiva ha regulado éste tópic, al entender que “permite que no se sepa demasiado bien por cual delito se somete a un individuo a un juicio penal, con tal de procurar un resultado más rápido” Laborde reconoce que el art. 23 inciso 5to es una norma desarmónica, pero resuelve el diferendo interpretando que el 336/7 cede frente a “la insoslayable especificidad de la competencia material reconocida al juzgador en aquél artículo”.

El juez Favarotto también recurre a la especialidad como justificación de su decisión: “el régimen genérico concerniente al control de la imputación, de los arts. 336 y 337, no puede ser antepuesto a la norma específicamente dictada para regular las funciones del órgano jurisdiccional encargado de dicha actividad, es decir, la que precisa los límites de la función del juez de garantías y a la que se alude en el art. 23 n° 5, todos del CPP”. A dicho fundamento adiciona el principio según el cuál la ley posterior deroga -o modifica- la anterior, remarcando que “al ser ulterior la vigencia de la ley 13.260, deberá tener primacía sobre las demás prescripciones jurídicas contenidas en la primigenia redacción del digesto adjetivo (ley 11.922)”.

El juez Riquert marca discrepancias con los fundamentos del bloque mayoritario. Comienza su voto anticipando que no integran su respuesta argumentos que giren en torno a los principios de “lex posterior y lex specialis”. Retoma la discusión en torno a la alegada incertidumbre respecto al delito por cuál se somete a un individuo a juicio, disintiendo con la opinión de Laborde, al afirmar que la pretensión de juicio contiene “una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal”, motivo por el cual ni el imputado ni su defensa se encuentran con esa alegada falta o mengua de certidumbre. Por otra parte, entiende que el inciso 5to es una unidad que no admite su fraccionamiento, afirmando que no se trata de una norma que *en sí misma* ofrezca una interpretación literal contradictoria, ya que se impone una *lectura sistémica* para enlazarla con el resto de las que están en juego. Introduce el

³ Ante la *paridad de votos* que arrojó el fallo plenario entre los jueces penales (tres de ellos se expidieron por la negativa y los otros tres por la afirmativa), resultó imperativo convocar a un juez de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, quién con su voto dirimió la igualdad existente.

Magistrado un argumento de corte utilitarista, al considerar superfluo el tratamiento del cambio de calificación legal cuando no dependa de ello la libertad del imputado, mostrándose escéptico sobre la relevancia de la subsunción jurídica que otorgue el órgano jurisdiccional en relación a las etapas posteriores del proceso, al recordar que las soluciones alternativas *sólo son posibles* sobre la base del *consenso de las partes* y que los órganos de juicio *no se encuentran obligados* a mantener el encuadre típico que provenga de la etapa preparatoria. Finalmente, si bien el votante escoge la respuesta negativa a la pregunta sometida al plenario, se advierte en la fundamentación de la decisión que el juez Riquert adhiere a *una posición intermedia*: admite la posibilidad de ingresar al análisis de la oposición a la subsunción jurídica aún no estando en riesgo la libertad del imputado, en aquellos casos concretos en que se advierta que la sustentada para habilitar la instancia de juicio aparezca como absurda o arbitraria y vulnere por lo tanto derechos o garantías del imputado.

En la posición minoritaria, también pueden leerse *diversos matices*.

Un argumento a favor de que el órgano jurisdiccional defina la subsunción jurídica de los hechos si existe discrepancia entre las partes, pone el foco de atención en *la incidencia de dicha resolución* sobre la posibilidad de arribar a soluciones alternativas al juicio o respecto de las condiciones que puedan imponerse en la suspensión del proceso a prueba. El juez Dominella adopta éste fundamento, destacando que *no se encuentra afectado el principio de celeridad* por no tratarse de un planteo superfluo y que incluso, el mismo no podría invocarse en desmedro del derecho de defensa. Concluye que no existe necesidad de recurrir al extremo recurso de declarar la inconstitucionalidad del art. 23 inc. 5to, ya que el propio ordenamiento adjetivo en el art. 336 mantiene la posibilidad para la defensa de solicitar el cambio de calificación sin restricción alguna. El juez Madina elabora un meduloso análisis de las funciones que cumple la etapa intermedia del proceso penal, reproduciendo alguno de los conceptos ya anticipados en un trabajo científico de su autoría⁴. Inicia su exposición afirmando que *la contradicción normativa es más aparente que real*. Para explicar su tesis, Madina se aparta de la interpretación literal de la ley, proponiendo acudir a la *interpretación sistemática o lógica* “que supone que el orden jurídico es un sistema que se pretende coherente y pleno, que eleva a categoría de principio la necesidad de relacionar cada regla con las demás vigentes de un orden jurídico”. Desde la visión propuesta, Madina afirma que el art. 23 inc. 5to CPPBA trata *dos supuestos distintos* o para diferentes momentos procesales: “así un pedido de cambio de calificación legal presentado en el curso de la investigación penal preparatoria podría no ser atendido por el Juez de Garantías si la propuesta no implicara la libertad del inculso, remitiéndose para el momento de tratar -justamente- la oposición a la elevación a juicio al finalizar la encuesta previa.” Finalmente, remarca que el Derecho Procesal Penal recurre a la interpretación restrictiva de las reglas de coacción del sistema y a la interpretación extensiva o a la aplicación analógica de las reglas que conceden facultades a los sujetos del procedimiento, motivo por el cuál dicha vía interpretativa habilita otorgar al art. 23 inc. 5

⁴ Falcone, Roberto y Madina, Marcelo “*El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires*”, en especial ver capítulo dedicado al juez de garantías en el sistema de enjuiciamiento penal, pp, Ad- Hoc. primera edición, Buenos Aires, 2005 (en la segunda edición de agosto 2007, pp 173/203)

una interpretación amplia, permitiendo el ejercicio del derecho de incluir en la oposición al requerimiento fiscal el pedido de cambio de calificación.

El juez Fortunato comparte la idea central en torno a que las normas analizadas contemplan dos momentos procesales distintos, derivando ello de una interpretación sistemática o lógica de la ley. De éste modo, propicia que la norma cuestionada (art. 23 inc. 5to) sea interpretada sobre la base del principio de legalidad, que sustenta el control jurisdiccional de la investigación realizada por una parte.-

III. LA INTERPRETACION DE ENUNCIADOS NORMATIVOS.

Decíamos al inicio de éste comentario que uno de los aspectos más interesantes que presenta el pronunciamiento que nos convoca es el modo en que los jueces proporcionan sus esquemas de argumentación jurídica.

En éste sentido, más allá de las divergencias de fondo, es posible encontrar una coincidencia central entre los Magistrados: actuar jurídicamente es siempre interpretar.

En derecho se interpretan hechos y enunciados normativos. El análisis de las cuestiones fácticas, implica interpretar acciones humanas y sus circunstancias, recurriendo para ello a la teoría general de la prueba, mientras que la determinación del significado de la ley requiere la interpretación de los enunciados normativos.

Precisamente, la interpretación de los enunciados normativos es un problema central en la práctica jurídica, por cuanto “el derecho positivo no provee razones suficientes para justificar una decisión, aun cuando el orden en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse⁵.”

Desde la propia ciencia jurídica, las teorías hermenéuticas han puesto de relieve la importancia de la argumentación jurídica como momento intermedio y autónomo entre la creación y la aplicación de las normas⁶.

En el caso que nos ocupa se plantea un claro problema interpretativo: la solución del caso aparece como dependiente de la elección que se haga entre las alternativas de significado de los enunciados jurídicos normativos prescriptos en los arts. 23 inc. 5to y 336/7 CPPBA.

Una vez identificado el problema, los jueces se separan al momento de escoger las vías de interpretación que estiman adecuadas.

1. Por un lado, se alude a la voluntad del legislador como pauta válida de interpretación. En realidad, el argumento se desdobra en dos: el semántico-subjetivo (qué quiso decir el legislador, cómo entendía él las palabras y expresiones que usó en la norma) y el teleológico-subjetivo (qué quiso conseguir el legislador, qué fin se proponía alcanzar con la norma que dispuso). En cualquiera de esas dos variantes, el valor que subyace es el de autoridad legítima⁷.

⁵ Nino, Carlos S. “Algunos modelos metodológicos de Ciencia Jurídica”, Fontamara, México, 1993, págs.. 21 y ss.

⁶ Ruiz Sanz, Mario “Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial”, Revista Jueces para la Democracia, nro. 25-1996, España.

⁷ García Amado, Juan “Interpretar, argumentar, decidir” en Anuario de Derecho Penal 2005, Universidad de Friburgo.

Este esquema de razonamiento presupone que existe un 'sentido objetivo' depositado en la letra de la ley y su identificación con una instancia racional profunda que hace posible superar las dificultades o silencios del texto⁸.

Sin embargo, se ha apuntado que estos recursos de interpretación subjetiva ("exposición de motivos", "intenciones del legislador", "principios", etc), no deberían utilizarse aisladamente, sino en el marco de una estrategia general unificada, que tenga como objetivo la coherencia del sistema normativo⁹.

Ahora bien, la actividad hermenéutica que pretende averiguar y comprender el sentido racional de la ley, partiendo de la presunción de un legislador racional, no ofrece respuestas satisfactorias en el tópico que aquí nos ocupa.

En efecto, entre los fundamentos enunciados al elevarse el proyecto de reforma, luego cristalizado en la ley 13.183, se fijaron los siguientes objetivos: "1. Optimizar las intervenciones estatales del sistema procesal penal bonaerense, otorgándole mayor eficacia sin detrimento de las garantías individuales. 2. Simplificar el trámite y acelerar los procesos, mediante la mejor coordinación de la actividad de las partes, la concentración de peticiones y la simplificación de las formalidades."

Asimismo, se remarcaron como núcleos de la reforma "1. Propiciar la aplicación de criterios de oportunidad (archivo de las actuaciones, suspensión del juicio a prueba, composición, etc.) y procedimientos abreviados (juicio abreviado, procedimiento en caso de flagrancia), como forma de resolver los conflictos de poca relevancia o de prueba sencilla, y así aplicar los recursos institucionales a las investigaciones más trascendentes (delictuosidad grave o compleja, crimen organizado). 2. Desformalizar el proceso, afirmando el sistema acusatorio, mediante la ampliación del ámbito de discusión directa entre las partes, descongestionamiento de los tribunales de conflictos que fueran motivos de acuerdo, etc. 3. Coordinar la actividad de los sujetos procesales, evitando dispendios burocráticos, y concentrar los cuestionamientos de las partes en planteos únicos (evitar las instancias de nulidad que no impugnen un decisorio relevante, limitar la recurribilidad en la Investigación Penal Preparatoria, etc.) 4. La administración racional del proceso, evitando planteos dilatorios a fin de otorgar mayor acceso a la justicia en los casos complejos o de alta conflictividad. En resumen, surge claramente que por un lado se pretende dar mayor celeridad al proceso penal ordinario, sin merma de las garantías individuales, a la cual se suma un mejor delineamiento de las exigencias de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales definitivas, cuyo control corresponde al Tribunal de Casación; en tanto por otro lado se pone a disposición de los operadores una cantidad de dispositivos procesales que permiten la resolución rápida de conflictos, otorgando una mayor eficacia a las intervenciones estatales"¹⁰.

De lo expuesto no es factible inferir cuál ha sido la voluntad del legislador en torno a la cuestión debatida en el plenario analizado. La discusión parlamentaria no aporta ninguna referencia

⁸ Calvo García, Manuel: *"La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica"*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 3, 1993, pp. 113/127.

⁹ Alonso, Juan Pablo *"Interpretación de las normas y derecho penal"*, p 71/2, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

¹⁰ Diario de Sesiones, Senado de Buenos Aires, 5ta sesión ordinaria, 6 de abril de 2004, pp. 352 ss.

concreta a la actividad del Juez de Garantías ni a las funciones de la etapa intermedia.

Por el contrario, en los fundamentos de la reforma se ha remarcado la voluntad de reafirmar el sistema acusatorio mediante la *ampliación del ámbito de discusión directa entre las partes*. Asimismo, se recordó en diversos pasajes del texto que la pretensión de dotar de mayor celeridad al proceso penal ordinario, *no debe mermar las garantías individuales* de los sujetos procesales.

En consecuencia, estimamos que recurrir a la voluntad del legislador como pauta interpretativa, más allá de los defectos que conlleva la ficción de acudir a un legislador racional que no es una persona real sino una corporación, en el caso concreto contradice la solución a la que ha arribado el plenario. En efecto, un ámbito de discusión directa entre las partes no debería excluir la posibilidad de plantear un cambio de calificación del hecho en la etapa intermedio del proceso, ampliando el control jurisdiccional a la subsunción jurídica de los hechos.

2. La segunda perspectiva que se perfila en el fallo anotado, propone una interpretación teleológica y sistemática, que prescinda de la literalidad de las normas, en miras de su finalidad y coherencia en el contexto de aplicación.

Las tres técnicas *interpretativas sistemáticas*¹¹ de mayor importancia son:

- a. el *argumento de coherencia* del sistema jurídico, que pretende evitar las *antinomias y las contradicciones* normativas en general ¹².
- b. la *interpretación adaptativa*, que implica *adecuar el significado* de una disposición al significado de otras *disposiciones de rango superior* o a un *principio general de derecho*.
- c. el *uso de construcciones dogmáticas*, útiles para armonizar las disposiciones objeto de interpretación en base a conceptos generales previamente elaborados.

Más allá de la decisión de fondo, propongo reflexionar sobre el modo en que Medina utiliza las *técnicas interpretativas sistemáticas al caso concreto*.

Ya hemos anticipado en el apartado II que la premisa de la que parte el juez es que el inciso 5to del art. 23 contempla dos supuestos distintos o para diferentes momentos procesales: por un lado, la decisión del juez de garantías en la oposición de la elevación a juicio; por otra parte, su intervención ante los pedidos de cambio de calificación legal, siempre que estuviere en juego la libertad del imputado.

En la construcción de su decisión, Medina destaca que la interpretación escogida permite la *coherencia interna del sistema procesal* al compatibilizar con lo normado en los arts. 336/7CPPBA.

De igual modo, recurre a la *interpretación adaptativa* al vincular la solución que propone con normas constitucionales y principios generales: afirma que ante dos interpretaciones posibles, se

¹¹ Sobre el concepto de interpretación sistemática, ver Velluzzi, Vito *“Interpretación sistemática. ¿un concepto realmente útil?”. Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”,* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21-I (1998), pp 65/82.

¹² A pesar de ello, coincidimos con Raz en que el paradigma extremo de la coherencia es mas bien limitado respecto de los sistemas jurídicos, debido a que la base de tales sistemas está conformada por las normas, principios y decisiones de una autoridad, que suelen ser el resultado del devenir desordenado de la política (Raz, Joseph “La ética en el ámbito público”, pp. 323/325 Gedisa, Barcelona, 2001 citado por Alonso, Juan Pablo, Interpretación, cit. pp161/2).

debe optar por aquella que le de sustantividad a la norma en juego, que en este caso pretende asegurar el derecho de defensa, al permitirle al imputado solicitar el cambio de calificación al hecho intimado. Además, reafirma la vigencia del *principio de concentración* en materia procesal, al permitir unificar los planteos de las partes para resolverlos en aquellas oportunidades en que deba dictarse una decisión de mérito.

Finalmente, recurre a la *construcción dogmática*¹³, analizando las funciones de la etapa intermedia, concluyendo que el control jurisdiccional del requerimiento de citación a juicio del fiscal es una garantía para el imputado.

De este modo, el método empleado en el voto de Madina permite advertir la utilización de las tres técnicas *interpretativas sistemáticas* de mayor importancia, traduciéndose el discurso emergente en una propuesta consistente y adecuadamente justificada.

IV. CONTROL DE LA ACUSACION.

1. La segunda cuestión que reviste especial interés al leer el plenario “Ordoñez” es el análisis que efectúan los jueces en torno a las funciones de la denominada etapa intermedia del proceso penal.

Es por todos conocido que los procesos acusatorios contemplan clásicamente cuatro etapas sucesivas, sin perjuicio de las diversas alternativas que puedan implicar una clausura anticipada del proceso.

El primer período es destinado a la recolección de información tendiente a acreditar si existe un hecho punible y eventualmente formular un provisorio reproche individual a la persona sospechada de intervenir en el injusto. La *dirección de esta etapa* queda a cargo del Agente Fiscal, con un *doble control jurisdiccional* por el Juez de Garantías: por un lado, el promotor de la acción requiere su intervención cuando la búsqueda de datos vinculados al hecho implique avanzar sobre áreas tuteladas por la Constitución Nacional; por otra parte, el órgano judicial debe concentrar sus esfuerzos en asegurar que tanto acusación como defensa equiparen sus posibilidades de ingresar información al proceso, lo que se conoce como el derecho a la igualdad de armas, derivación implícita del Derecho de Defensa. Los datos que se recolecten en ésta etapa del proceso no tienen valor probatorio para fundar una sentencia, siendo su único objeto la apertura del debate oral.

La tercera etapa es la del juicio oral, ámbito público de discusión amplia sobre las hipótesis fácticas presentadas por los sujetos procesales, que permite formar convicción a los integrantes del tribunal, quiénes deben conservar una actitud pasiva al momento de desarrollarse la prueba ante su presencia, delegando la conducción de los interrogatorios en la acusación y defensa.

El control sobre la ejecución de la pena o sobre el cumplimiento de las obligaciones impuestas

¹³ Por dogmática, se entiende el adoptar como punto de partida ciertas autoridades de tipo permanente: ya sean textos o la respectiva manera de entenderlos o sentencias fundamentales a las que se le reconoce autoridad propia. Se ha dicho al respecto que “la posibilidad de adoptar una decisión de acuerdo con puntos de vista dogmatizados y no según puntos de vista de política jurídica a replantear ante cada caso, constituye en gran medida la base del sistema jurídico todo” (Enrique P. Haba, “*Precomprensiones, racionalidad y métodos en las resoluciones judiciales*”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 22, 1999, pp 48/78)

ante una salida alternativa a la sanción estatal queda a cargo del Juez de Ejecución, siendo ésta una cuarta etapa del proceso penal que recién en la última década ha recibido un reconocimiento uniforme en la dogmática procesal, restringiendo el libre arbitrio de la administración penitenciaria al reconocer al penado como sujeto de derechos.

Finalmente, la gráficamente denominada “*etapa intermedia*” es en realidad el período que transcurre desde la culminación de la investigación preparatoria hasta la eventual apertura del debate oral.

Falcone recuerda que los sistemas procesales contemplan diferentes mecanismos para garantizar la imparcialidad del órgano judicial durante la etapa intermedia, citando el régimen procesal italiano vigente desde 1988, que dispone la realización de una audiencia preliminar a cargo de un magistrado diferente del que ha intervenido en la investigación preparatoria, que es quién en definitiva decide la apertura del juicio¹⁴.

El Anteproyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación regula un procedimiento de control de la acusación en el que interviene un juez distinto del que ha intervenido en la Investigación Preparatoria, cuya decisión resulta irrecurrible¹⁵.

¹⁴ Falcone, Roberto “*Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*”, p. 58, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

¹⁵ Texto del Proyecto: “Libro I. Procedimiento Común. Título II Juicio. Capítulo II Control de la acusación.

ARTÍCULO 272.- Citación de la defensa. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida la acusación y sus antecedentes, la Oficina Judicial de la Cámara procederá a designar el o los jueces que intervendrán en el caso, conforme con el procedimiento que establece la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Nacional y emplazará al acusado y su defensor por el plazo de DIEZ (10) días quienes podrán examinar los elementos aportados a los fines de: 1) objetar la acusación o la demanda civil, señalando defectos formales; 2) oponer excepciones; 3) instar el sobreseimiento; 4) proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación del procedimiento de juicio abreviado; 5) solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa; 6) plantear la unión o separación de juicios; 7) contestar la demanda civil; y 8) ofrecer la prueba para el juicio.

Cuando la defensa justificase la necesidad de una prórroga del plazo establecido, la Cámara podrá otorgarla hasta por otros DIEZ (10) días.

Respecto del civilmente demandado, rige lo dispuesto en el art. 116.

Si el imputado o el demandado civil adujeran hechos extintivos de su obligación de reparar, el querellante o el actor civil podrán responder los argumentos y ofrecer nueva prueba dentro del plazo de TRES (3) días.

ARTÍCULO 273.- Ofrecimiento de prueba para el juicio. Al ofrecerse la prueba para el juicio, las partes presentarán la lista de testigos, peritos e intérpretes que deben ser convocados al debate, con indicación del nombre, profesión, domicilio, y acompañarán también la prueba documental o indicarán dónde se encuentra para que el tribunal, en tal caso, la requiera o autorice a la parte para su obtención.

Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad.

ARTÍCULO 274.- Audiencia de control de la acusación. Desarrollo. Vencido el plazo del artículo 272, la Cámara, a través de la Oficina Judicial, convocará a las partes y a la víctima, cuando correspondiere su intervención, a una audiencia oral y pública, dentro de los CINCO (5) días siguientes, en cuyo ámbito se tratarán las cuestiones planteadas. La audiencia se llevará a cabo según las normas generales del debate.

Si el acusado no hubiere ejercido por escrito las facultades previstas en el artículo 272, la Cámara le otorgará la oportunidad de efectuarlo verbalmente.

Cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones e instancias que estimare relevantes con relación a las peticiones realizadas y las pruebas ofrecidas por los demás intervinientes.

La Cámara evitará que en la audiencia se discutan cuestiones que son propias del juicio oral y resolverá exclusivamente con la prueba que presentaren las partes.

ARTÍCULO 275.- Decisión. La Cámara resolverá de manera fundada, en la misma audiencia, todas las cuestiones articuladas, a saber: 1) Si se admitiere el planteo sobre defectos formales en la acusación del fiscal, del querellante o en la demanda civil, se autorizará a que ellos sean subsanados sin suspender la audiencia, si ello fuere posible. En caso contrario, ordenará su suspensión por un plazo que nunca podrá exceder de CINCO (5) días. Transcurrido éste, si los defectos de la acusación o la demanda no fueren subsanados se las tendrá por no presentadas y se dispondrá el sobreseimiento de acuerdo a lo que se establece en el artículo 264, inciso 6, salvo que subsistiere una acusación válida, o en su caso se tendrá por desistido al actor civil según lo previsto por el artículo 112. 2) Si se hubieren planteado excepciones de previo pronunciamiento, ellas serán resueltas en primer lugar. La decisión que se adopte sólo será recurrible en los casos en que este código lo autoriza y el trámite del recurso no suspenderá el procedimiento ni impedirá el pronunciamiento sobre las demás cuestiones articuladas, salvo que se tratase de

En el proceso penal de la Provincia de Buenos Aires, el período analizado se inicia con la requisitoria de citación a juicio formulada por el Fiscal, se integra con la potestad de la Defensa de plantear excepciones o solicitar el sobreseimiento del imputado, se complementa con la decisión del Juez de Garantías, la que es susceptible de recurso de apelación y eventualmente se puede extender a los actos preparatorios del juicio, en caso de activarse su apertura.

Riquert concibe esta fase como la *llave de paso* que regula el flujo de casos que habrán de recibir juzgamiento oral, debiendo operar como un filtro o tamiz que impida el pasaje a juicio de aquellas investigaciones que por su endeblez no constituyan una verdadera promesa de juicio¹⁶.

Madina se diferencia de aquellas voces que pretenden eliminar la etapa intermedia, considerando que debe *fortalecerse*, ya que ello favorecería la desformalización de la investigación, puesto que si se la regula como una etapa independiente de carácter eminentemente oral, las partes discutirían sobre el requerimiento o acusación y no sobre el expediente¹⁷.

Por nuestra parte, estimamos que esta etapa importa una *revisión crítica* de los elementos reunidos por el fiscal para fundar su hipótesis, con el objeto de analizar la *razonabilidad de su pretensión* de llevar adelante un debate oral.

En ese contexto, corresponde asignar a la etapa intermedia del proceso tres funciones esenciales: Función de Información, Función de Saneamiento y Función de Proyección.

Cada una de estas funciones tiene por objeto el resguardo de garantías fundamentales.

a. La *función de información* tiene por objeto asegurar el ejercicio pleno del *Derecho de Defensa*, posibilitando el conocimiento preciso de las conductas atribuidas y la indicación concreta de los actos de investigación que sustentan la provisoria asignación de responsabilidad.

Ello implica que la Fiscalía debe detallar los *elementos fácticos* que sustentan la pretensión estatal de someter a juicio a una persona, efectuando una valoración individual que implique vincularlos

excepción de incompetencia por razón del territorio o de la materia federal. 3) Si durante la audiencia se constatare alguno de los supuestos enunciados en el artículo 264, se dictará el sobreseimiento del imputado. 4) Si se admitiere la petición de proceder conforme con las reglas de juicio abreviado, o la suspensión del juicio a prueba, o la solicitud de reparación o la conciliación, se procederá en cada caso conforme lo dispone este código. Cuando no procedieren los planteos anteriores y el fiscal o el querellante justificaren la probabilidad acerca de que el acusado es autor o partícipe del hecho atribuido, se dictará auto de apertura del juicio oral según se establece en el artículo siguiente.

En este caso, la Cámara deberá decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, o resolver sobre la continuación o sustitución de las ya impuestas.

ARTÍCULO 276.- Auto de apertura del juicio oral. El auto de apertura del juicio oral, contendrá: 1) la descripción de los hechos de la acusación por los cuales se autorizó la apertura del juicio y su calificación jurídica; 2) la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ofrecida para el debate, con expresión del fundamento; 3) los fundamentos por los cuales se rechazó, total o parcialmente, la oposición a la apertura del juicio; 4) la decisión acerca de la legitimación del querellante para habilitar la apertura del juicio o para intervenir en él y, en caso de pluralidad de querellantes, la orden de unificar personería, cuando fuere procedente; y 5) en su caso, la indicación de cómo ha quedado trabada la litis en la demanda civil y su contestación.

El auto de apertura del juicio oral es irrecurrible.

En la misma resolución se indicará el tribunal de juicio que resulte competente, a cuya disposición se colocarán las personas sometidas a las medidas de coerción dictadas.

ARTÍCULO 277.- Resolución sin audiencia. Cuando las partes expresamente lo soliciten y la Cámara considere que por las características de los planteos realizados no resulta necesario llevar a cabo la audiencia de control de la acusación regulada en el artículo 274, procederá a dictar resolución dentro del plazo de DIEZ (10) días de cumplido el trámite previsto en el artículo 272. La decisión será comunicada inmediatamente a las partes, y se procederá conforme se establece en el siguiente capítulo."

¹⁶ Riquert, Marcelo, Cistoldi, Pablo y Celsi, Leonardo "Justicia de Garantías, de Ejecución y Ministerio Público. Nuevos roles y claves en el sistema procesal penal bonaerense", Ediar, Bs.As., 2001, pág. 95.

¹⁷ El análisis que efectúa Madina de los diversos controles jurisdiccionales que deberían operar en la etapa intermedia del sistema procesal bonaerense es, probablemente, el más completo estudio doctrinario existente sobre dicha fase del proceso (*El proceso penal*, cit.)

con el suceso histórico investigado.

Esa valoración individual dista por completo de ser un resumen acrítico de los actos desarrollados, por lo que deben reputarse arbitrarias por ausencia de fundamentación aquéllas pretensiones que sólo contengan un índice de la carpeta fiscal.

b. La *función de saneamiento* implica monitorear la *regularidad del acceso de la información* al proceso penal, desechando los datos que hubieran ingresado en forma indebida a la investigación.

Desde esta óptica, la etapa intermedia es la oportunidad adecuada para concentrar los planteos de nulidad y, si correspondiere, expulsar los datos adquiridos a partir de vicios formales que impliquen violación de las formas esenciales.

c. La *función de proyección* tiende a evitar la construcción del proceso como pena. Exige *preguntarse* si la información recolectada *resulta suficiente para arribar a un pronunciamiento condenatorio* en la etapa de juicio, ya que la respuesta negativa *debe impedir* que se profundice la institucionalización del imputado¹⁸ y que se lo someta a la estigmatización que implica la denominada pena del banquillo.

Bajo ésta concepción, deben *rechazarse las fórmulas abstractas* que contemplan al juicio oral como un suerte de espacio mágico, en el cual emergerán indicios desconocidos u ocultos hasta ese momento. La experiencia de la realidad indica que *difícilmente en un juicio puedan surgir nuevos datos* sobre los extremos fácticos sometidos a discusión. Por el contrario, el avance del tiempo desde la fecha del hecho hasta su juzgamiento conspira contra la reconstrucción histórica de lo acontecido.

De éste modo, la duda del juez respecto de los extremos de la imputación debería operar a favor del imputado *también ésta etapa procesal*, exceptuándose sólo aquéllas situaciones de procesos con pluralidad de testigos, que en el marco de interrogatorios cruzados puedan esclarecer aspectos aún no definidos o esclarecidos en la fase de investigación.

En realidad, *lo que varía* de la etapa preparatoria al juicio oral *no es el grado de convicción subjetiva* de un elemento probatorio determinado sino *las condiciones de legitimidad* en que ingresa la información al proceso penal¹⁹.

2. Resta preguntarse si en caso que el órgano jurisdiccional ordene la apertura de un debate oral, *debe también definir la subsunción jurídica del hecho*, obviamente en los casos en que no exista acuerdo sobre dicho tópico por los sujetos procesales.

Aquí llegamos a la pregunta central que plantea el plenario anotado.

Hemos anticipado que una de las funciones esenciales de la etapa intermedia es su función de

¹⁸ María Josefina Martínez es particularmente gráfica en torno a los padecimientos de la persona sometida a juicio: “las relaciones que se dan al interior de las burocracias judiciales entre funcionarios y administrados se plantean en términos de jerarquía y subordinación, lo que supone la presencia de una visión igualmente basada en la jerarquía con respecto a las relaciones que estructuran la sociedad en general”. Agrega la autora citada: “todo ello deviene en la cristalización de una marcada distancia entre funcionarios y administrados que atraviesa las interacciones entre ambos en el contexto de gestión de los conflictos penales. De resultas de todo ello, los encuentros entre ambos grupos se producen en contextos marcados por la desigualdad y, en consecuencia, por el reforzamiento de las jerarquías existentes” (Martínez, María Josefina, “Viaje a los territorios de las burocracias judiciales. Cosmovisiones jerárquicas y apropiación de los espacios tribunalicios”, en “Derechos Humanos, tribunales y policías en Argentina”, AAVV, pp. 167 ss, Publicación de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.

¹⁹ Sancinetti, Marcelo “Análisis crítico del Caso Cabezas: La Instrucción”, pp.35/6 TI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

información, en miras de garantizar el derecho de defensa en juicio del imputado.

Participamos de la idea que la función de información *no se agota* con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo del hecho intimado, sino que incluye la ineludible exigencia de que *la acusación pueda*, de forma amplia, *ser eficazmente contestada*.

Esta exigencia impone tanto que el imputado sea exhaustivamente ilustrado del acontecimiento histórico en que se fundamenta la inculpación y de los indicios que sustentan la provisoria atribución de responsabilidad, como también la *designación de la figura jurídica* asignada al hecho.

La descripción efectuada en la acusación tiene que permitirle al imputado identificar *por qué razón*, en el acontecimiento histórico identificado por el acusador, se dan elementos fácticos como para considerar reunidos los conceptos jurídicos aplicables al caso. Sancinetti denomina esto como al derecho de la defensa a controlar el procedimiento de subsunción²⁰.

Por otra parte, la *íntima relación* entre hecho y derecho impone admitir que la preparación de la defensa siempre se apoya sobre el dato específico del *tipo penal atribuido*, de manera que parece lógico brindar una respuesta por parte de un tercero imparcial a quién se agravia respecto de la calificación legal impuesta por un fiscal, brindando amplias posibilidades de alegar y resistir frente a las consecuencias derivadas de una nueva norma jurídica²¹. Debe admitirse que, normalmente, toda variación en la calificación legal comporta siempre una alteración de los hechos, brindándose nuevas alternativas para la preparación del juicio oral.

En éste contexto, se advierte *la relevancia que cabe asignar a la intervención judicial* frente a discrepancias de los sujetos procesales en torno a la subsunción jurídica del evento asignado.

Compartimos las reflexiones de Ormazábal Sanchez al señalar que si bien es posible que las acusaciones no yerren a menudo en la calificación de los hechos cuyo enjuiciamiento piden, cuando al parecer del órgano judicial efectivamente lo hagan, parece altamente positivo *disponer de un mecanismo* enderezado a evitar que el debate se plantee, ya de entrada, *desde una perspectiva jurídica desacertada*²².

Por otra parte, la función de información que implica subsumir un hecho en un tipo penal posibilita un *efectivo control sobre las condiciones materiales para el progreso de la acción*²³.

Dicho en otros términos: la determinación de la calificación legal permite un adecuado examen sobre el límite temporal previsto para el ejercicio de la persecución penal, derivado de los *términos de prescripción* regulados por la ley sustantiva.

El riesgo latente de omitir ese control jurisdiccional le concede al Ministerio Público la posibilidad de utilizar encuadres típicos *más gravosos* para avanzar a etapas posteriores, logrando que su propia inactividad como director de la investigación sortee el instituto de la prescripción.

Otro argumento en favor del control jurisdiccional sobre la subsunción jurídica en caso de

²⁰ Sancinetti, Marcelo "La nulidad de la acusación por la indeterminación del hecho y el concepto de instigación. Diálogos de seminario, a propósito del caso 'Cabezas'", p. 102, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

²¹ Asencio Mellado, José María "*Principio acusatorio y Derecho de Defensa en el proceso penal*", p. 102, Editorial Trivium, Madrid, 1991.

²² Ormazábal Sanchez, Guillermo "El período intermedio del proceso penal", p. 63, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1998.

²³ Alvarez Alejandro, "*El control de la acusación*" en Pena y Estado, número 2, pág. 23, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

disconformidad de la Defensa respecto de la tipificación efectuada por el Agente Fiscal se vincula con que una correcta tipificación legal puede incidir sobre la posibilidad de acordar soluciones alternativas al juicio oral *durante la etapa intermedia*²⁴.

En efecto, supóngase el caso que el Agente Fiscal insista en una calificación legal que *agrave en forma indebida la situación del imputado*, y que dicha errónea subsunción sea la causa de su dictamen desfavorable en torno a la procedencia del instituto de la suspensión del proceso penal a prueba reclamado por la Defensa, en relación al grupo de casos previsto en el cuarto párrafo del art. 76 bis²⁵.

Es evidente que rechazar la intervención jurisdiccional impide un *eficaz control sobre el principio de sujeción a la ley* que rige toda la función judicial y también debe ser rigurosamente observado por el órgano de la acusación.

El modo en que debe ser ejercicio el control que proponemos ha sido claramente expuesto por Leonardo Pitlevnik en un fallo del Juzgado Correccional nro. 1 de San Isidro: *“Tratándose en este caso de una oposición que solamente se funda en una –a mi criterio- errónea interpretación de la ley sustantiva, resulta adecuado el control jurisdiccional. No se trata de un control de las potestades de quien tiene a su cargo la persecución penal (quien a su vez por imperativo legal tiene entre sus funciones la de propiciar la suspensión del juicio a prueba, conforme surge del art. 67 de la Ley de Ministerio Público), sino en el control de legalidad en función de los presupuestos jurídicos sobre los cuáles ésta se lleva a cabo. Es por ello, que en este caso, considero que la oposición fiscal queda huérfana de sustento, y resulta, por ende, procedente la suspensión del juicio a prueba”*²⁶.

Finalmente, la confrontación en torno a la calificación legal de los hechos amplía las posibilidades de una etapa intermedia *con mayor contradicción*.

Las tendencias modernas del derecho procesal penal han dejado de concebir a la instrucción como una etapa meramente preparatoria para pensarla como un *“pre-juicio”*, es decir, un período en el cuál se deben tomar decisiones en un *proceso contradictorio*²⁷.

En este punto, comparto la visión crítica sobre los mecanismos que restringen los ámbitos de discusión y debate en las etapas previas al juicio: “se percibe y se lamenta la carencia del

²⁴ Hay una referencia en éste sentido en la disidencia efectuada por el juez Dominella: “Estimo que si bien es cierto que la significación jurídica acordada a un suceso de apariencia criminosa puede modificarse en la instancia del juicio oral, lo cierto es que una correcta tipificación legal que se ajuste a las piezas de convicción colectadas en la investigación preliminar, puede incidir sobre la posibilidad de arribar a soluciones alternativas al juicio, las condiciones que puedan imponerse en la suspensión del proceso a prueba, y aún cuando no implique la libertad inmediata del acusado, de manera innegable una variación en el encuadramiento típico puede influir en un posterior examen que se realice, una vez iniciada la etapa preliminar y antes del debate, vinculado a la proporcionalidad de la medida cautelar adoptada”.

²⁵ Si bien compartimos la posición de quienes consideran que la exigencia legal del “consentimiento fiscal” constituye una invasión por parte del órgano persecutor, del poder jurisdiccional de los jueces, en contra de los derechos del imputado (Aued, Norberto y Juliano M. *“La probation y otros institutos análogos”*, p. 47, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2001; Bovino, Alberto *“La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, p. 159, Del Puerto, Buenos Aires, 2001; Vitale, Gustavo *“Suspensión del proceso penal a prueba”*, p. 32, 2da edición actualizada, Del Puerto, Buenos Aires, 2004), lo cierto es que existe coincidencia entre las diversas Salas del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires en que la conformidad del promotor de la acción resulta un requisito de admisibilidad del instituto previsto en el art. 76 bis CP (Sala I, sent. del 12/12/00, c. 2811, “Gray”; misma Sala, sent. del 16.3. 04, c. 5227 “D.A.V.”; Sala II, sent. del 30/9/03 “Micozzi”; misma Sala, sent. del 11/10/03 c. 10185, “Komenovich”; Sala III, sent. del 31/10/02 “Leguizamón, Carlos Leonardo”, c N°1954 ; misma Sala, sent. del 31/8/04, c. 2734 “M., J. L.”).

²⁶ Causa 0377/98 “Scifo” del 26/4/99, considerando III, citado por Bovino, Alberto, *La suspensión*, cit. p. 161.

²⁷ Abregú, Martín “La instrucción como pre-juicio” en “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier”, pp. 160 ss

contradictorio, *pero se rechaza intervenir* sobre las disposiciones que lo sacrifican”²⁸

El plenario Ordoñez resulta un fallo de singular interés doctrinario, ya que los ilustrados votos particulares que lo integran permiten el análisis de interesantes cuestiones vinculadas a la interpretación de los enunciados normativos y a las funciones de la etapa intermedia en el proceso penal.

La diversidad de opiniones e incluso los fundamentos asimétricos dentro de los propios votos que integran la mayoría y la minoría del Tribunal, evidencian que la polémica en torno a la pregunta sometida a debate es una discusión abierta.

²⁸ Lopez Puleio, María Fernanda “*Justicia Penal y Defensa Pública. La deuda pendiente*”, p. 24, en Pena y Estado, número 5, Ediciones del Instituto (INECIP), 2002.