

Acuerdo N ° 1/2009, en Plenario N ° 14.

En la ciudad de Buenos Aires, a los once (11) días del mes de junio de dos mil nueve, reunidos los señores Jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal, en virtud del recurso de inaplicabilidad de ley admitido en la causa N ° 7618 del registro de la Sala IV del Cuerpo, caratulada “BLANC, María Virginia s/recurso de inaplicabilidad de ley”, para resolver sobre el siguiente temario: “Si es necesario el auto de procesamiento en los supuestos previstos en el art. 215 del Código Procesal Penal”.

***El señor juez doctor Gustavo M. Hornos dijo:***

I.- Conforme ha quedado establecido por el pleno al resolver por mayoría la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley planteado por la defensa particular de María Virginia BLANC, doctor Ezequiel KLAINER, el temario ha quedado fijado en establecer si es necesario el auto de procesamiento en los supuestos previstos en el art. 215 del Código Procesal Penal.

II.- Se presenta incontrovertido que el Derecho Penal es una parte del Derecho Público y concurre a procurar sus fines.

El Estado es el único titular del poder punitivo y los medios que se utilizan en el Derecho Penal consisten en la aplicación del poder estatal.

La misión del Derecho Penal se dirige a la defensa, custodia y garantía de la vida humana digna en comunidad. La convivencia.

Se trata de un orden jurídico de paz y protección. Mantenimiento de la paz social y protección de valores básicos de la comunidad.

Es que el Estado debe a todos justicia, protección y leyes que aseguren su persona, sus bienes y su libertad. Él se obliga a ponerlos a cubierto de toda injusticia o violencia, a tener a raya sus pasiones, a proporcionarles medios que les permitan trabajar sin estorbo alguno para su propio bienestar, sin perjuicio de los otros; a poner a cada uno bajo la salvaguarda de todos para que pueda gozar pacíficamente de la que posee o ha adquirido con su trabajo, su industria o sus talentos (HORNOS, Gustavo M., “El nuevo nombre de la paz”, en *Violencia y Sociedad Política*, editado por el Programa para el Estudio y la Difusión de la Reforma Constitucional Argentina, 1998, pág. 33).

Pero el Derecho Penal para el cumplimiento de sus fines de contribuir al orden jurídico y a la preservación de la paz pública

debe actuar de una manera que resulte siempre compatible con el ordenamiento fundamental de la Nación, la Constitución Nacional, de la que es apéndice.

Además, dentro de ese límite, la resolución de conflictos de creciente complejidad, como las relaciones humanas –sociales, económicas y políticas- cada vez más entrelazadas y complicadas, requiere que el orden legal tome en cuenta los valores y las nuevas necesidades del individuo y de la sociedad integrándose a esta evolución de manera armónica y creativa.

Por ello, he sostenido reiteradamente la tesis de que en el procedimiento penal el concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (C.N.C.P. Sala IV, causa N ° 335 “SANTILLÁN, Francisco Agustín”, Reg. 585.4 del 15 de mayo de 1996 y Causa N ° 1619 “GALVAN, Sergio Daniel s/recusación”, Reg. 2031.4 del 31 de agosto de 1999).

Esa perspectiva constitucional es la que mejor se adecua a la defensa de los derechos individuales. Y, tal como enseña Germán Bidart Campos, “[e]s la mejor, porque remite el techo último y supremo del ordenamiento jurídico y, más allá de la conclusión que pudiera extraerse unilateralmente del texto de la ley 23.984 siempre habría que alzar la mirada para verificar si la solución legal concuerda o no con la Constitución. Es lo que la doctrina española llama interpretación “desde” la Constitución (hacia abajo, hacia el plano infraconstitucional)” (“La acusación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, E. D., T. 159, p. 86).

Aquella interpretación conforme a la Constitución es la que este caso merece.

III.- En nuestra Sala hemos resuelto, por mayoría, otorgar validez al requerimiento de elevación a juicio -sin que se haya dictado previamente un auto de procesamiento- cuando la instrucción fue delegada en el agente fiscal y, precisamente, esa es la doctrina impugnada por el recurrente en su escrito, por resultar contradictoria con aquella sentada en los precedentes “AIZENSTAT” y “GIMENEZ” de la Sala III citados oportunamente por la parte.

Entonces, es preciso determinar si el propio código procesal rechaza en forma terminante y categórica dicha interpretación por ser contraria al diseño procesal allí consagrado y, en caso de que

se supere esta objeción, corresponde constatar si la interpretación propuesta viola la garantía constitucional de la revisión.

IV.- La letra del art. 215 del C.P.P.N. regula la actuación del fiscal durante la instrucción (bajo la sección “Disposiciones generales para la instrucción”), y en ningún momento exige la existencia del auto de procesamiento como requisito previo al requerimiento de elevación a juicio en aquellos casos en los que no se dicta la prisión preventiva. Es más, en el segundo párrafo, dicho artículo sanciona con pena de nulidad solamente el supuesto en que se solicitó la remisión a juicio “sin que el imputado haya prestado declaración o que conste que se negó a prestarla” , empero no dice nada con referencia a la falta de procesamiento.

Y ello no implica desconocer la manda contenida en el art. 346 del ordenamiento adjetivo -norma en la cual se ha sustentado la principal objeción a esta exégesis-, puesto que se aplica a otro tipo de supuestos.

Este precepto reza: “Cuando el juez hubiere dispuesto el procesamiento del imputado y estimare completa la instrucción, correrá vista sucesiva a la parte querellante y al agente fiscal...” . De allí se desprende que se trata de una regulación aplicable sólo a los casos en los que la instrucción se encuentra en manos del juez. Si no fuere así, no se explica que el art. 215 hable de que el fiscal correrá vista “en su caso” -lo cual debe interpretarse cuando éste considere culminada la instrucción- a la querrela, luego formule dictamen en los términos del art. 347 inc. 2 ° del C.P.P.N., y recién ahí remita el sumario al juzgado (cfr. Amelotti, N., “¿Puede prescindirse del auto de procesamiento?”, LL 2001-B, p. 370). De lo expuesto surge que ambas disposiciones regulan, de manera diferente, un mismo momento del procedimiento. Así, el art. 346 se refiere a los supuestos en los que la instrucción está a cargo del juez, en tanto que el art. 215 es de aplicación a aquellos otros en los que la instrucción fue delegada en el agente fiscal. En este último supuesto, la ley autoriza al representante del Ministerio Público a solicitar la remisión a juicio siempre y cuando el imputado haya tenido la posibilidad de prestar declaración (cfr. Amelotti, Ob. Cit., en el mismo sentido, cfr. Parenti, P.F. - Pellegrini, L., “El procesamiento en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Garantías constitucionales en la investigación penal (Plazas -Hazan (comps.) , Ed. del Puerto, Bs. As., 2006, p. 415, 435).

La distinción aquí hecha se explica por las distintas fuentes de los artículos señalados. El otorgamiento de facultades al fiscal de

acuerdo al art. 215 tuvo como origen las normas de los códigos procesales de Córdoba y Tucumán (fundamentalmente los arts. 328, 329, 331 y 335). Por lo tanto, si el art. 215 permite la requisitoria sin auto de procesamiento, es consecuencia de que en esas provincias dicho acto fue eliminado (cfr. Darritchon, L., “¿Cómo es el nuevo proceso penal?”, t. I, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 119 y ss.).

V.- La interpretación del art. 215 aquí expuesta no sólo es la que surge de la letra clara de la ley y de la sistemática del código procesal, sino que también es la más adecuada a fin de asegurar la garantía de imparcialidad del juez y acelerar la etapa de la instrucción.

En efecto, la existencia de la investigación preparatoria del juicio a cargo de un juez, que luego tiene que evaluar el mérito de su propia actividad, si bien no resulta per se inconstitucional, constituye un procedimiento sumamente cuestionado desde el punto de vista de la imparcialidad del juez (cfr. por todos: Maier, J.B.J., “Derecho procesal penal”, t. I, Ed. del Puerto, Bs. As., 1999, p. 739 y ss.).

Tal es así que en los últimos años la Corte Suprema ha revisado diversas etapas del procedimiento de instrucción jurisdiccional que no superaban el tamiz de constitucionalidad. Así lo hizo en “Llerena”, en donde concluyó que el juez que había dictado el procesamiento no podía luego intervenir en el juicio (Fallos: 328:1491), y luego en “Alonso”, en donde señaló que los miembros del tribunal revisor no podían entender nuevamente en un caso en el que ya habían revocado una absolución, a resultas de la cual un tribunal de juicio dictó una condena que fue posteriormente recurrida por el imputado (Fallos: 330:1457).

Y lo mismo cabe decir respecto de otros ordenamientos procesales provinciales, en los cuales la Corte también apuntó diversas deficiencias desde el punto de vista de la garantía mencionada. Ello ocurrió en “Nicolini”, en donde señaló que los jueces que confirmaron el requerimiento fiscal de remisión a juicio no podían intervenir posteriormente en el juicio (Fallos: 329:909), y en “Dieser”, en donde concluyó que los jueces que revisaron en grado de apelación el auto de procesamiento, no podían luego revisar la sentencia condenatoria (Fallos: 329:3034).

Se advierte entonces que existe un claro interés por parte del Alto Tribunal de que los procedimientos locales se adecuen a la garantía de imparcialidad. Ello ha sido reconocido por la mayoría de las provincias, que en sus últimas reformas adoptaron un modelo de

investigación penal a cargo de los ministerios públicos como una forma de asegurar esta garantía (Córdoba, Tucumán, Buenos Aires, Mendoza, Chaco, Catamarca). Lo mismo puede decirse de las últimas modificaciones introducidas al código federal (arts. 196 bis , ter y quáter , y 353 bis ) y, sobre todo, los numerosos proyectos de reforma, entre los cuales sobresale el de la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal creada por decreto 115/2007 del P.E.N. (Informe Final presentado el 24 de septiembre de 2007).

La distinción aquí efectuada entre la investigación a cargo del juez y aquella a cargo del fiscal, está acorde con esta necesidad de interpretar el código de manera tal que se resguarde la garantía de imparcialidad del juzgador. Así, cuando la investigación es llevada a cabo por el juez, la existencia del auto de procesamiento y su eventual revisión por la cámara de apelaciones, es necesaria para asegurar el control por parte de un órgano ajeno a la instrucción, en este caso la cámara mencionada. En cambio, cuando la investigación es dirigida por el fiscal, el control jurisdiccional por parte de un órgano objetivo e imparcial está suficientemente asegurado con la intervención del juez al momento de evaluar la posible remisión de la causa a juicio (arts. 351 y 353 del C.P.P.N.).

En este orden de ideas, no se advierte cuál sería el verdadero sentido de que quien no lleva adelante la tarea investigativa (el magistrado instructor en los supuestos en los que la instrucción ha sido delegada) deba merituar la responsabilidad del imputado durante esta etapa procesal, sin perjuicio del control de legalidad y respeto del debido proceso que le incumbe como juez de la causa, funcionario al que, en aquellos ordenamientos provinciales en los que se ha implementado como regla la investigación a cargo del Ministerio Público Fiscal se lo ha denominado, precisamente, juez de garantías (vgr. C.P.P.B.A. art. 23) ya que su función se halla sustancialmente ligada al contralor de aquellas diligencias llevadas a cabo por el ministerio público.

VI.- Por otra parte, al evitar el dictado del auto de procesamiento se contribuye a acelerar el trámite de la instrucción que en nuestro medio ha alcanzado una duración excesiva, con lo cual se refuerza el objetivo constitucional de afianzar la justicia.

Si bien el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable rige como una salvaguarda a favor del imputado, no se puede soslayar que una duración prolongada del proceso penal también afecta el fin de aplicación de la pena cuando ella es reconocida por la ley

como socialmente necesaria. Cuando este problema adquiere un carácter masivo y endémico se afectan también las expectativas que tienen los demás interesados en el caso concreto, lesionando así al sentimiento de seguridad jurídica y la confianza que el sistema del derecho debe brindar a la población, de todo lo cual depende la legitimación de la autoridad en una sociedad democrática (cfr. Pastor, D. R., “El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho”, Ad-Hoc, Bs. As., 2002, p. 51/52).

En otras palabras, el deber del Estado en llevar adelante un proceso penal dentro de un plazo razonable no es solamente la contrapartida del derecho establecido a favor del imputado a que su proceso tenga una duración razonable, sino que se trata, también, de una obligación que surge como consecuencia del principio de seguridad jurídica, en virtud del cual se exige la actuación penal y sin dilaciones del Estado en todos aquellos casos en que la ley así lo establece.

De esta manera, al permitirse la remisión del caso a juicio sin auto de procesamiento en aquellos casos en los que la investigación preparatoria estuvo a cargo del fiscal, siempre que no corresponda el sobreseimiento, se contribuye, en alguna medida, a alcanzar el objetivo señalado.

En consecuencia, la distinta regulación de un mismo momento procesal no sólo surge de la letra de la ley y de la sistemática del código procesal, sino que también se explica desde la perspectiva de la imparcialidad del juez y desde la necesidad constitucional de evitar que el proceso se extienda más de lo debido, de modo que resulta una distinción razonable.

VII.- Amén de lo expuesto, resta ahora analizar la interpretación propuesta a la luz de la garantía constitucional de revisión o doble instancia. Para ello debe precisarse el alcance de esta garantía; es decir, respecto de qué actos tiene aplicación.

Actualmente el derecho a obtener un recurso en materia penal está expresamente contemplado en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Así, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley” . Por su parte, el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos dice: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca

legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” .

La primera de las normas descartaría la existencia del derecho al recurso respecto del auto de procesamiento, puesto que claramente se refiere a supuestos en los que hubo un juicio penal que culminó con una declaración de culpabilidad y la imposición de una pena. Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estas cuestiones serían las únicas que se ven amparadas por la garantía examinada.

Sin embargo, la segunda de las normas tiene una redacción más amplia, ya que se refiere al “derecho de recurrir del fallo”, sin dar mayores precisiones.

Al momento de interpretar esta garantía de revisión, y en base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Herrera Ulloa v. Costa Rica”, Serie C N ° 107, del 2 de julio de 2004) así como a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, nuestra Corte Suprema no hizo ninguna distinción entre las normas señaladas, sino que entendió que ambas eran concordantes y regulaban el mismo supuesto (cfr. “Casal”, Fallos: 328:3399, consid. 19 ° y 33 ° , y “Martínez Areco”, Fallos: 328:3741, consid. 20 ° y 34 ° ).

De esta manera, al precisar el alcance que tiene la garantía dijo que “en el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, el recurso de casación [es] la vía adecuada para asegurar este derecho, puesto que constituye la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8, inc. 2 ° , ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5 ° , del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (“Casal”, consid. 20 ° y “Martínez Areco”, consid. 21 ° ; el resaltado me pertenece).

Posteriormente, agregó que los artículos señalados “exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral ” (“Casal”, consid. 24 ° y “Martínez Areco”, consid. 25 ° ; el resaltado me pertenece). De lo expuesto se colige que nuestro más Alto Tribunal entendió que el derecho a la revisión consagrado en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional abarca, en principio, al fallo condenatorio.

En igual sentido ya se había pronunciado un sector importante de la doctrina, que entendía que el recurso es aplicable a favor del condenado penalmente o del que fue absuelto pero sufrirá, a raíz de dicha decisión, una medida de seguridad y corrección (cfr. Maier, ob. cit., p. 712; Palacio, L.E., “Los recursos en el proceso penal”, 2a ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 79).

Justamente, esta interpretación es la que realizó la Corte Suprema hace muy poco tiempo en el precedente “Cabezas” (Fallos:330:4454). Allí una cámara de apelaciones había dictado el procesamiento y prisión preventiva de un imputado conforme al antiguo C.P.M.P.. La defensa se agraviaba porque entendía que dicho proceder, mediante el cual la cámara no reenvió las actuaciones a la instancia de grado inferior, le restringía su revisión por un tribunal superior, afectando así la defensa en juicio y el debido proceso. Sin embargo, la Corte entendió que ello no era irrazonable o arbitrario, puesto que en los casos de los interlocutorios, a diferencia de las sentencias, la cámara tiene la aptitud para disponer su anulación y reemplazarlos por la solución correcta, sin que sea necesario el reenvío de las actuaciones (consid. 5 ° ) (esta misma postura ya había sido adoptada en algunos precedentes de esta cámara, por ejemplo Sala IV, causa Nro. 4172, “Farache, Fernando Gabriel s/recurso de queja”, Reg. Nro. 5731, 31/5/04 y Sala I, causa Nro. 5740, “Roncati, Carlos Alberto s/recurso de queja”, Reg. Nro. 7125, 26/10/04).

En consecuencia, al entender que el accionar de la cámara de apelaciones -que mediante el dictado de un auto de procesamiento con prisión preventiva le impidió al imputado apelar esa decisión-, no constituye ninguna violación al derecho al recurso, nuestra Corte está señalando claramente que la garantía de revisión no abarca a este tipo de supuestos (autos interlocutorios). Por el contrario, la garantía rige contra la sentencia condenatoria según lo dicho en “Casal” (y reiterado en “Martínez Areco”), así como contra aquellas decisiones que ocasionan un perjuicio de imposible, insuficiente o tardía reparación ulterior (Fallos: 308:1107; 312:2480; 320:2451; 324:1152), no constituyendo tal circunstancia las restricciones normales que derivan del sometimiento a juicio (Fallos: 310:1486; 311:1781).

VIII.- Queda por definir si las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos extienden el alcance de la garantía de revisión a otros supuestos. Especialmente a partir de los informes “Maqueda” (N ° 17/94, caso 11.086) y “Abella” (N °

55/97, caso 11.137) en donde dicho órgano analizó la situación de nuestro país.

Allí la Comisión sostuvo que el derecho previsto en el art. 8.2.h de la C.A.D.H., requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes (“Abella”, párr. 262).

Si bien es dudoso el valor que pueden tener estos informes luego de que se expidiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa”, en donde trató el derecho al recurso pero sin utilizar estas expresiones, lo cierto es que del contexto de los informes se desprende la conclusión contraria: que se trata de un derecho que no rige respecto del auto de procesamiento del código procesal nacional.

Ello es así por cuanto los casos sometidos a estudio de la Comisión eran supuestos en los cuales los peticionarios Abella y Maqueda habían sido juzgados y condenados, y se agraviaban por no poder recurrir esas condenas. Además, a lo largo de su explicación, la Comisión hace referencia a que el derecho rige contra “toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal” (“Abella”, párr. 252, con cita de diversos casos de Costa Rica, referidos a la imposibilidad de recurrir condenas penales menores a ciertos montos de prisión, inhabilitación, internación de seguridad o multa).

El fundamento de dicha afirmación reside en que este recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo (párr. 259), a fin de reforzar la protección contra el error judicial (párr. 260). Por estos motivos, concluyó que al ser el recurso extraordinario contemplado en la ley 48, el único previsto contra las sentencias dictadas de acuerdo al procedimiento de la ley 23.077, no satisfacía el derecho consagrado en el art. 8.2.h C.A.D.H. (párr. 273).

Queda claro, entonces, que los casos analizados por la Comisión, y los principios allí establecidos, no se refieren a los autos interlocutorios como el procesamiento del Código Procesal Penal de la Nación, que en principio no causa un gravamen irreparable a una persona -es revocable en cualquier oportunidad de oficio (art. 311)-, ni es el resultado de un juicio que impone una pena -es la mera sospecha de culpabilidad que amerita la realización de un juicio-.

Por lo demás, decir que algo es importante significa proponer una relación comparativa, hay que precisar con respecto a qué se es importante. En otras palabras, se debe establecer un punto de referencia para saber si un determinado acto reúne o no ese carácter, puesto que de lo contrario se cae en una mera petición de principios.

A mi entender el punto de referencia debe ser la Constitución Nacional, de manera tal que un acto procesal recibirá tal calificativo, y por ende será abarcado por la garantía de revisión, cuando su existencia sea necesaria a fin de hacer efectiva alguna garantía constitucional. Teniendo en cuenta que el derecho procesal no es más que derecho constitucional reglamentado, y considerando que bajo el mismo territorio argentino coexisten diversos sistemas procesales, este punto de referencia se presenta como el más adecuado.

Según la doctrina procesalista clásica, el auto de procesamiento es una declaración de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito verificado concretamente (cfr. Velez Mariconde, A., Derecho Procesal Penal, t. II, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p. 438 y ss.). Es decir, se trata de un juicio provisional acerca de la posible culpabilidad sosteniendo que hay elementos suficientes como para dar lugar a una acusación (cfr. Clariá Olmedo, J.A., "Tratado de derecho procesal penal", t. IV, Ediar, Bs. As., 1960, p. 351 y 353).

Se ha afirmado que el auto de procesamiento es necesario para fijar la situación del imputado o estabilizar su situación procesal, para controlar la actividad persecutoria, y para dictar las medidas precautorias como el embargo, la inhabilitación, la expulsión preventiva del hogar, etc.

Sin embargo, considero que estas funciones se ven igualmente alcanzadas mediante otros institutos previstos en el mismo código procesal, lo cual me lleva a descartar que se trate de un auto procesal importante desde el punto de vista constitucional y a estos efectos.

Es indudable que fijar la situación del imputado, o estabilizar su situación procesal, es fundamental en un proceso penal para que éste pueda ejercer sus derechos. Precisamente, al delimitarse el hecho que se le atribuye, así como las pruebas de cargo y la calificación legal provisoria, se le está dando la posibilidad de defenderse, de rebatir esa hipótesis y hasta de ofrecer prueba. Sin embargo, este objetivo ya se ve alcanzado con la descripción que

se le hace al imputado previo a recibirle declaración (arts. 294 y 298), así como con el requerimiento de elevación a juicio (art. 347), que será la pieza que delimitará la hipótesis imputativa y dará inicio al debate oral (art. 374). Justamente, será en el juicio en donde se desplegará el principio de contradicción en toda su magnitud, puesto que con la lectura del requerimiento fiscal y los alegatos finales (art. 393), se le aseguran al imputado todas las posibilidades de resistir la acusación.

No debe perderse de vista que, según el diseño constitucional de procedimiento penal, es el juicio oral y público la etapa plena y principal del proceso en la que el imputado y su defensor tienen la oportunidad de influir en todos los aspectos que abarcará el fallo que decidirá, de modo definitivo, su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

Mientras que la etapa preliminar, tiene como objeto el de reunir, seleccionar y conservar los elementos de prueba que permitirán construir una acusación que de base al juicio, o que por el contrario, conduzcan a evitarlo a través del dictado de un auto de sobreseimiento, sin que el auto de procesamiento, habida cuenta su provisoriedad, tenga influencia alguna sobre el resultado final del proceso.

En este contexto no puede alegarse seriamente que al imputado le falten posibilidades de defensa. La delimitación del objeto procesal, entendida como garantía que permite al imputado defenderse de la acusación, se realiza a lo largo de todo el procedimiento penal pero, especialmente, en la etapa del juicio, que es el ámbito constitucionalmente establecido como requisito previo al dictado de una sentencia condenatoria.

Lo mismo puede decirse del control jurisdiccional de la actividad persecutoria antes del ingreso del imputado al debate. Dicho control, emanado del art. 116 de la C.N., también está presente a lo largo de todo el procedimiento. Así, cuando la instrucción ha sido delegada al Ministerio Público (art. 196, C.P.P.N.), el control sobre la pretensión punitiva ya lo realiza el juez al momento de aceptar o no recibirle la declaración al imputado, y no necesariamente al dictar el auto de procesamiento (cfr. Di Corleto, J. - Soberano, M., "La denominada 'instrucción sumaria': un paso frustrado hacia el modelo acusatorio", CDJP, Año VI, N ° 10-A, Ad-Hoc, Bs. As., p. 412). Luego lo vuelve a realizar en la etapa en que el fiscal requiere la elevación a juicio (art. 347 y eventualmente 351), en donde también se analizan las excepciones que interpusiere la defensa

(art. 349, inciso 1 ° , y 350). Pues si ésta insta el sobreseimiento del imputado, el juez deberá expedirse haciendo un control de mérito y resolviendo, en consecuencia, si corresponde desvincularlo definitivamente del proceso o elevar la causa a juicio.

A ello hay que agregar que según el art. 213 es el juez el encargado de realizar los actos trascendentales de la investigación, con lo cual no cabe sino concluir que el control jurisdiccional sobre la actividad persecutoria está suficientemente asegurado.

De no ser así, numerosos sistemas procesales provinciales estarían operando al margen de la Constitución, e inclusive el procedimiento de instrucción sumaria del art. 353 bis del C.P.P.N., puesto que en ninguno de ellos existe auto de procesamiento. Sin embargo, en principio, todos ellos se presentan respetuosos de las garantías constitucionales que supuestamente el auto de procesamiento viene a proteger.

En síntesis, el procedimiento ofrece suficientes garantías en este aspecto. Exigir que el control jurisdiccional sobre la imputación se ejercite en una instancia anterior -a través del dictado de auto de procesamiento- es, además de sobreabundante, contrario a los principios de celeridad y economía procesal. La necesidad de su dictado conduce, como ya dije, a prolongar los tiempos procesales tendientes a lograr la finalización del proceso penal y de igual modo se extiende el estado de incertidumbre que pesa sobre el imputado en cuanto a la definición de su situación procesal (cfr. Lanzón, R. y Drueta V. “Prescendencia del auto de procesamiento en la instrucción a cargo del Ministerio Público Fiscal”, L.L., 2008-B, p. 144 y 145).

Queda claro, entonces, que lo importante es la garantía constitucional, que es el fin último de protección del código procesal y no la forma en que ello se efectiviza.

Por lo tanto, al haberse logrado la protección exigida por la Constitución, no se puede afirmar que la omisión del auto de procesamiento sea contraria a nuestra Carta Magna.

IX.- Finalmente, queda por examinar la cuestión a la luz del dictado de las diversas medidas cautelares.

En primer lugar, debe señalarse que la medida cautelar de mayor importancia en el proceso penal, esto es el encarcelamiento preventivo, sí requiere del dictado del auto de procesamiento, tal como surge con claridad de los arts. 213 inc. b) y 312, primera parte, del C.P.P.N.. Otra solución no sería posible atento a que aquí

sí nos encontramos frente a una sentencia que causa un gravamen de insuficiente o tardía reparación ulterior, y que además se encuentra expresamente tutelada por diversas disposiciones constitucionales (estado de inocencia, derecho a la libertad y derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad), de modo que no es posible afirmar que no rige a su respecto la garantía de revisión.

En cuanto al resto de las medidas cautelares, por ser su objetivo el de permitir que se realice el juicio y que la sentencia que finalmente recaiga sea eficaz, nada obsta a que sean dictadas conforme al régimen general de medidas cautelares, que requiere la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y, en algunos casos, la contracautela (arts. 195 y cc. C.P.C.C.N.). Dado que por su valor e importancia el requerimiento de elevación a juicio puede ser equiparado al auto de procesamiento, no existe obstáculo alguno para aplicar las medidas cautelares una vez recibido un dictamen acusatorio (Di Corleto - Soberano, ob. cit., p. 421). De hecho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad ha venido admitiendo el dictado de medidas cautelares en aquellas causas en las que no hay auto de procesamiento por tramitar de acuerdo a la instrucción sumaria (cfr. Sala I, "Navas, D.", c. 7949, rta. 17/11/97; Sala IV, "Mattiaccio, M.", c. 11.652, rta. 23/8/99), y el art. 518 del C.P.P.N. in fine prevé su dictado sin la existencia de dicho interlocutorio.

X.- Como corolario de todo lo expuesto y desde la perspectiva constitucional que guió mi exposición, concluyo en que no es necesario que exista auto de procesamiento a los fines del requerimiento de elevación de una causa a juicio cuando la instrucción fue delegada en el agente fiscal.

Ello está expresamente previsto en el art. 215 del C.P.P.N. y resulta acorde con el resto de la normativa del código. Esta situación no genera ningún conflicto constitucional puesto que la garantía de revisión no abarca al auto de procesamiento sin prisión preventiva y además, de este modo, se contribuye a reducir la excesiva duración de la etapa preliminar en consonancia con el derecho que toda persona tiene a ser juzgada dentro de un plazo razonable.

Voto en sentido negativo.

***El señor juez doctor Mariano González Palazzo dijo:***

Que en aras de abordar el tema que ha sido el motivo de esta convocatoria plenaria, he de manifestar, que en la presente

exposición mantendré el criterio sustentado a la hora de emitir mi voto en los autos principales y que diera origen al presente recurso de inaplicabilidad de ley.-

La delegación al agente fiscal (art. 196 del C.P.P.N.), implica que éste llevará adelante toda la investigación, al término de la cual podrá efectuar el requerimiento fiscal de elevación a juicio, del cual correrá traslado a la defensa (arts. 247 y 349 del C.P.P.N.), la que tendrá la posibilidad de oponerse e instar el sobreseimiento de su asistido.-

Esta facultad se daría lógicamente de bruce con lo establecido por el art. 352 del código de forma si no fuera que el art. 346 del ordenamiento procesal indica que “cuando el juez hubiere dispuesto el procesamiento del imputado y estimare completa la instrucción, correrá vista sucesiva a la parte querellante y al agente fiscal”, puesto que, da por implícito que la asistencia letrada ha tenido la oportunidad de oponer excepciones y defensas que pudo estimar procedentes, entre las cuales no puede descartarse el acceso a una segunda instancia revisora.-

Por ello, entiendo, resulta necesario, independiente-mente de que la investigación se encuentre delegada, la emisión del respectivo auto de procesamiento, requisito esencial para acceder a la ulterior etapa de juicio.-

El único sistema por el cual el legislador no ha previsto el auto de procesamiento como requisito para requerir la elevación a juicio, es el de la instrucción sumaria (arts. 353 bis y ter). Siquiera en el marco de la ley 25.760, que incluyó el art. 212 bis del C.P.P.N. (secuestros extorsivos), se prescinde de resolver la situación procesal del imputado luego de la indagatoria, en los términos del art. 306 y siguientes del código ceremonial, como en aquella norma se alude expresamente (conf. C.C.C., Sala VII, c/n ° 28.553 “Alvarez, Emilio”, rta. 14/03/06).-

Es que, una interpretación aislada de la norma del art. 215 puede resultar confrontada con otros mecanismos e institutos previstos que emergen de la economía del procedimiento aplicable.-

De un lado, la declaración indagatoria sugiere siempre la necesidad de resolver la situación procesal del imputado (arts. 294, 306 y 307 del C.P.P.N.). A su vez, a excepción del régimen de instrucción sumaria, el requerimiento de elevación a juicio, aún en causas delegadas, supone el dictado del auto de procesamiento, como claramente se desprende de las disposiciones del art. 346 del

código ritual (conf. Francisco D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado , comentado y concordado, 6ta. Ed., Lexis Nexis, Abeledo -Perrot, Bs.As., 2003, t. I, p.452).-

De lo contrario se llegaría a no resolver la situación procesal de un indagado que se encuentra detenido, en tanto la prisión preventiva es aneja al auto de procesamiento (art. 312). También resultan accesorios al procesamiento el embargo (art. 518), las restricciones, abstenciones, obligaciones de concurrencia, inhabilitación especial y exclusión del hogar del art. 310, así como la medida provisoria vinculada a la conducción de automotores del art. 311 bis.-

So pretexto de criterios de celeridad procesal, no puede justificarse el apartamiento de preceptos que regulan el proceso penal, entre los cuales se encuentra el auto de procesamiento, en el que debe subsumirse el hecho al tipo delictivo correspondiente (conf. Miguel A. Almeyra, "¿Elevación de la causa a juicio sin procesamiento?" , L.L. 2005, A, 539, comentario al pronunciamiento de la C.N.C.C., Sala I "Aizenstat, Luciano y otros", rta. 08/08/2004).-

El auto de procesamiento y la calificación legal que le es inherente, tienen incidencia en institutos de trascendencia, tales como la excarcelación, pues el dictado de aquél oficia de parámetro en orden a lo que el juez habrá de tener en cuenta (art. 318), con mayor razón en aquellas situaciones que, justamente, posibiliten la apelación de la calificación legal -siempre auto de procesamiento mediante- y que pueden vincularse con otros institutos que permiten discutirla al imputado o su defensa.-

También se pasa por alto la norma del art. 311 del código adjetivo, puesto que tal precepto implica la posibilidad de confrontarla ante la alzada, pues éste resulta ser un pronunciamiento de indudable signo incriminador.-

Se ha sostenido que: "La garantía de la defensa en juicio no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa sino que se extiende, según los casos, a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa" (conf. C.S.J.N. Fallos: 319:617).-

Por ello, si se está al temperamento que adopta el "a quo", no se ve que intervención efectiva pueda ofrecerse a la defensa -no es este el caso de flagrancia, que diera lugar al régimen de la información

sumaria o citación directa de los regímenes provinciales de los que se extrapoló el contenido del art. 215 en cuestión-, puesto que con sólo abrigar una postura diferente a la del imputado conforme su versión en indagatoria, habrá de requerirse la elevación de la causa a juicio, luego de llevar a cabo una instrucción donde la defensa bien puede contar con rechazos en torno a la producción de medidas probatorias (art. 212 “in fine”).-

Así, sin que la notificación a que alude el art. 349 del ritual conduzca a neutralizar el aserto, toda vez que, el auto de elevación a debate no resulta apelable (art. 352), a diferencia, por caso, del código bonaerense, que trae un sistema en el que no existe auto de procesamiento, pero al menos se cuenta con la posibilidad por la defensa de discutir ante un tribunal revisor.-

En esa inteligencia, el auto de procesamiento oficia como forma eficaz de producir un control de la actividad persecutoria, antes del ingreso del imputado a debate, o mejor aún, en la inteligencia natural de evitarlo, extremo que no puede resultar azaroso desde la posición de quien es sometido a proceso, por la mera circunstancia de que el juez instructor, conforme a la opción que el digesto adjetivo autoriza, sólo elija conferir la dirección de la pesquisa al agente fiscal. Esta alternativa que la ley otorga al juzgador (art. 196) discrecional, en modo alguno permite eludir la definición jurisdiccional del caso por el propio juez, quien en todo momento, además, puede reasumir la tramitación del sumario (art. 214), pero no precisamente a solicitud del imputado (conf. C.C.C. Sala VI, c/n ° 29.224 “Tatsch, Gustavo F.” rta. 20/04/06).-

No parece entonces que, aun en la etapa preparatoria, aquella paridad de condiciones a la que alude la Corte Federal luzca satisfecha, con mayor razón cuando el enfoque del juez de grado se asienta unilateralmente en el expediente de la celeridad procesal, sin advertir que, en verdad, en cualquier proceso que no reúna las condiciones de simplicidad y de ausencia de prisión preventiva (arts. 353 bis y ter), sea que la dirección de la investigación quede en cabeza del juzgador o que éste la confíe al respectivo fiscal, lleva inexorablemente a concluir en que el imputado cuenta con la expectativa de no superar la etapa preparatoria, a todo evento, mediante la apelación del auto de procesamiento y su revisión por la alzada.-

Como bien se ha sostenido en doctrina, aun cuando pueda concederse que la instrucción deba ser reputada de larga y morosa, no es del todo cierto que ella sólo lleve su razón de ser para

preparar el debate, “pues en rigor sirve tanto para ello, como también para evitarlo” y que según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe 17/94, caso “Maqueda”), el derecho a la doble instancia no sólo ampara a la sentencia penal condenatoria, sino a todo “auto importante” que agravie al imputado. Ello máxime cuando ese “auto importante” lleve consigo una calificación legal con incidencia directa en el régimen de coerción personal (conf. C.C.C., sala IV c/n ° 32.598 “Gauto, Fabio y otro”, rta. 4/12/07).-

Muestra clara de ello resulta, -y así lo sostuvo la sala VII de la C.C.C. en la causa supra citada- que en el propio instituto de la instrucción sumaria, por el que se supone el imputado fue sorprendido en flagrante delito, puede éste hacer uso de la opción que prevé (art. 353 bis “in fine”) mediante la solicitud de declarar en indagatoria, caso en el cual “la instrucción se regirá por las normas comunes”.-

Estas “normas comunes” no aluden sino a que después de tal indagatoria, deba resolverse la situación procesal del indagado -entre otras alternativas-, mediante el auto de procesamiento, con lo cual aquél imputado sorprendido en flagrancia se encontraría en mejores condiciones de discutir su posición procesal que cualquier otro que, en suerte -o mejor dicho, por infortunio, bajo la perspectiva que aquí se analiza- ha tenido que ser centro de una investigación unilateral practicada por la fiscalía y luego de cuya indagatoria pueda ser objeto de una requisitoria de elevación a juicio; requerimiento que, evidentemente, querrá evitar y que, digno es de recordar, marca además un hito desde la perspectiva de la secuela de juicio en los términos del régimen actual de prescripción de la acción penal (ley 25.990).-

En definitiva, en el sistema de la instrucción sumaria es el propio imputado quien consiente ese régimen especial, en el que se prescinde del auto de procesamiento, pues la misma normativa prevé la posibilidad de encontrar una respuesta jurisdiccional, en primera y segunda instancia.-

De ello surge, como paradoja, que el sometido a un sistema de tales características se encontraría en mejores condiciones que aquél que, como el imputado, ninguna opción puede ejercitar en tal sentido, extremo que, compromete el principio de igualdad a que alude el art. 16 de la Constitución Nacional (Guillermo Navarro-Roberto Daray, “Código Procesal Penal de la Nación”, Hammurabi, Bs. As., 2004, T. I, p. 533).-

En consecuencia, concreto mi voto respondiendo afirmativamente al interrogante planteado respecto si es necesario el auto de procesamiento en los supuestos previstos en el art. 215 del Código Procesal Penal.-

***El señor juez doctor Augusto M. Diez Ojeda , dijo:***

Coincido sustancialmente con el voto del distinguido colega Gustavo M. Hornos y adhiero a él, en la convicción de que la solución propuesta es la que mejor responde al interrogante planteado en el presente recurso de inaplicabilidad de ley.

Así voto.

***La señora juez doctora Liliana E. Catucci dijo:***

La respuesta al interrogante de esta convocatoria impone examinar la naturaleza del auto de procesamiento, a los efectos de determinar la posibilidad de su omisión.

1.) Esta posibilidad está planteada en los supuestos previstos en el artículo 215 del Código Procesal Penal que prevén la delegación al fiscal de la pesquisa.

La remisión de esta norma a los artículos 196, párrafo primero para el caso de que delegue en el fiscal la dirección de la investigación, y la del 196, párrafo segundo para el supuesto de que se lo autorice a continuar con esa investigación, nos da la pauta de que se está en un proceso de acción pública de competencia criminal y que puede haber sido iniciado por denuncia ante la prevención o información judicial o por requerimiento fiscal según lo tiene dicho esta Cámara reiteradamente (conf. Sala I, “Frutos , Norberto y Blanco, Luis s/rec. de casación”, Reg. n° 4883 , causa n° 4022, rta. el 7 de marzo de 2002 y sus citas).

Aún en esta segunda posibilidad, después de tomadas las medidas de investigación ineludibles y de solicitado al juez que tome la declaración indagatoria si corresponde, es al juez a quien le cabe decidir si la continúa el Fiscal o se hace cargo directamente él, alternativa que sin duda impone el dictado del auto de procesamiento y que autoriza a entender que ello debe suceder aún en caso de que el juez no la retome hasta el final.

Es decir que la encuesta se refiere al proceso común y no a los contemplados en los artículos 196 bis, que prevén los sumarios que carezcan de individualización del autor, de competencia criminal o correccional o en las causas en que se investiguen los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal.

Además y anticipando la respuesta final cabe reparar en que el mentado artículo 196 del Código Procesal Penal, hace expresa mención de que si al Fiscal se lo autoriza a proseguir la investigación debe ajustar su proceder a “las reglas establecidas en la Sección segunda de este Título”. Sección en la que precisamente se encuentra el cuestionado artículo 215 del Código Procesal Penal.

He de anticipar que he de remitirme a lo sostenido por la Sala I in re “Crisapulli, L. A. y otra s/recurso de casación”, causa n ° 8151, Reg. N ° 10.311 del 13 de abril de 2007, antecedente en el que adherí al voto del Dr. Rodríguez Basavilbaso, y al que siguieron otros tantos en el mismo sentido que paso a reproducir.

Mi distinguido colega comenzó por recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interpretación según la cual “las leyes deben interpretarse dando pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional”; y que “las leyes deben interpretarse y aplicarse buscando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y a los fines que se informan de modo que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo cual debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos” (Fallos 309:1149;307:518 y 314:418).

Sigue diciendo el voto de cita que “el análisis contextual de la normativa involucrada demuestra claramente que la prestación de declaración indagatoria requiere la resolución de la situación procesal del imputado -arts. 294, 306 y 307 del C.P.P.N.- y, a su vez, el artículo 346 del código citado dispone categóricamente que el requerimiento de elevación a juicio sólo podrá concretarse cuando el juez hubiera dispuesto previamente el procesamiento del encartado.

Tan es así, que aún en el caso del procedimiento especial de instrucción sumaria a cargo del fiscal -previsto para los delitos en que el autor es sorprendido en flagrancia-, el imputado puede hacer uso de la opción que el mismo sistema prevé -artículo 353 bis in fine- y solicitar declarar en indagatoria, caso en el cual “la instrucción se registrá por las normas comunes”.

La interpretación asumida por el a quo importa no resolver la situación procesal de un indagado que se encuentra detenido -art. 312 C.P.P.N.-, además de otras medidas que deben integrar el auto de procesamiento, tales como el embargo, la inhabilitación, la

expulsión del hogar, etc. -arts. 518, 310 y 311 bis-. Ello, sin contar que esa es la oportunidad en que se subsume el hecho investigado al tipo delictivo correspondiente -cfr. Navarro, Guillermo y Daray, Roberto “Código Procesal Penal de la Nación”, Tomo I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 533-.

Tampoco puede dejarse de lado que el derecho a la doble instancia no sólo ampara a la sentencia penal condenatoria sino a todo auto importante que agravie al imputado -cfr. CIDI, Informe 17/94, caso “Maqueda” del 9/2/94, de adecuada cita en “¿Elevación de la causa a juicio sin procesamiento?”, de Miguel Ángel Almeyra, publicado en La Ley 2005-A, 539- . En estas condiciones, resulta claro que la omisión del dictado del auto de procesamiento conlleva un cercenamiento al derecho de defensa en juicio, pues impide la revisión de la situación procesal del encartado.

En el párrafo siguiente se hizo remisión a la opinión de la mayoría en el fallo de la Sala III “Aizenstat, Luciano s/rec. de casación, rta. el 30/3/06, reg. n ° 258, a la que también adhiero.

Me pronuncio pues en el sentido de que es imprescindible dictar el auto de procesamiento.

Este criterio ha recibido aval en la doctrina, tal como se pasa a reseñar.

2.a Importante es releer lo expuesto por Clariá Olmedo en “Tratado de Derecho Procesal Penal”, (Bs. As., 1960, Ediar, T. IV, pag.351 y ss.) al decir que “el procesamiento consiste en la declaración jurisdiccional que, haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de la investigación sumaria, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquél contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga...”.

Entre los caracteres señala que “ Se trata de una resolución jurisdiccional dictada en forma de auto, y por tanto motivada. No puede emanar del agente fiscal cuando practica la instrucción o información sumaria. Esto se debe a la necesidad de la garantía jurisdiccional ante un pronunciamiento de esta naturaleza, que exige una imputación previamente formulada”.

Dice también que es provisional, por cuanto el cambio de las circunstancias puede permitir su revocación o modificación, sea en cuanto al hecho en sí, en cuanto a su calificación legal o en cuanto al grado de participación atribuida.

La posibilidad de revocación da cuenta de que ese auto es susceptible de recurso, impugnación que va protegiendo la garantía de la defensa en juicio y la doble instancia requerida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art 8. 2.h).

Van esbozándose de esta manera la entidad del auto de procesamiento que se pretende eliminar.

b. Similares palabras se extraen del “Código Procesal Penal de la Nación” de Guillermo Navarro y Roberto Raúl Daray (Bs. As., Hammurabi, 2004, 2, pág. 839 y ss.) quien más expresamente sostiene que: “Es ineludible, aún en el caso de que la instrucción hubiere sido delegada en el fiscal (art.196...) pero no de tratarse de instrucción sumarial (...arts. 335 bis y ter). Como no se trata de un sistema acusatorio puro, la circunstancia de haber concluido la instrucción delegada con una solicitud de sobreseimiento por parte del fiscal, no impide su dictado...”.

Dice asimismo que “La omisión de su dictado importa la invalidez absoluta del requerimiento de elevación a juicio y de los procedimientos consecuentes. Se trata de una nulidad virtual... La delegación de la instrucción en el fiscal no es óbice para justificar su exclusión , como erróneamente se lo ha interpretado (...)”.

C. Se manifiesta en el mismo sentido Julio C. Báez en su comentario al fallo “Molino, Roxana A.” de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Capital titulado “No se olviden ...del auto de procesamiento”, (L.L. 2005, V.2005-E) en el que se lee que: “...al entrar en vigencia la ley 23.984 ...ha amalgamado en sus entrañas el dictado del auto de procesamiento...: ”La naturaleza de la medida, por su carácter provisorio, es un juicio de probabilidad, estabiliza la imputación respecto de determinada persona, atiende a fijar el suceso sobre el que posiblemente versará la etapa contradictoria, a la vez que al dictarse durante la instrucción sumarial no requiere la certidumbre apodíctica exigible para la sentencia definitiva”.

Acotó que la ponencia de quienes propician “la elevación a juicio sin el dictado del pertinente auto de mérito se afilia en una corriente jurisprudencial minoritaria, que acudiendo a una interpretación literal del art. 215, prescinde en el proceso del auto cautelar reseñado, ello en franca violación al art. 346 del mismo que regula, como presupuesto indispensable para acceder a las instancias del contradictorio, la existencia de un auto de procesamiento firme ”.

Consideró entonces que “la omisión del dictado del auto de procesamiento, como presupuesto ineludible para inaugurar la posible discusión oral, germina como un cercenamiento al derecho de defensa en juicio pues, al obviárselo, se está impidiendo la revisión -por parte de la colegiatura ad quem “de la situación procesal del encartado, ello en franca violación al principio de doble instancia previsto en el art. 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...que en la hora actual es parte integrante de la Constitución Nacional acorde con lo preceptuado en el art. 75, inc. 22 de la misma”.

En su fascículo “Omisión del auto de procesamiento” (suplemento de La Ley, Bs. As. 2006, V2006-F, págs. 229/32) amplió el anterior agregando que: “Es cierto que al sancionarse la ley 24.826 ...(régimen de instrucción directa a cargo del Fiscal en los delitos en que el autor es sorprendido en flagrancia) se ha cincelado un procedimiento peculiar por el cual se omite el dictado del auto de procesamiento pero, la introducción de este régimen de excepción no deroga ni implícita ni explícitamente artículo alguno del cuerpo ritual por lo que se colige que incorpora las reglas en tratamiento y que ellas deben conjugarse con las restantes en vigor. En armonía con ellas, con las previsiones del art. 215 de la ley de rito, se encuentran los arts. 306 y 346 ibídem las cuales,-a fuer de aburrir- y dejando de lado los procesos de flagrancia imponen indefectiblemente el dictado del auto de procesamiento ...como paso previo a la inauguración del período de crítica instructoria”.

D. Por su parte Miguel A. Almeyra en su artículo ¿“Elevación de la causa a juicio sin procesamiento?” (Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, 2004/12/30, pág. 24) expresa que “la posibilidad de acudir a un órgano de contralor resistiendo la persecución penal durante el curso de la instrucción mediante el arbitrio que otorga el art. 311 ibídem discutiendo en segunda instancia el mérito del cargo no parece ser un argumento menor, a la vez que la lesión al derecho de defensa no puede pasar desapercibida si no se olvida que el derecho a la doble instancia no sólo ampara la sentencia penal condenatoria sino a todo auto importante que agravie al imputado”.

En el “Código Procesal Penal de la Nación” del que el autor citado es Director y Julio César Báez, Coordinador (T.III) en el capítulo escrito por Claudio J. Caffarello (pág. 33) “con lo cual para materializar esta etapa crítica de la instrucción es condición imprescindible que el juez haya dictado el auto de procesamiento del imputado”.

“Por otra parte, dicho auto de cautela personal hace posible la apertura de la contradicción. La obligatoria intervención del querellante radica en su legitimidad activa dentro del proceso y su falta de opinión sobre el mérito de la instrucción, provoca a su respecto la nulidad absoluta de lo que en consecuencia se actúe en los términos previstos por el art. 167, inc. 2 ° en razón de que dicha omisión confronta severamente con el precepto constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN). Dicha garantía también le asiste al querellante, con lo cual lo contrario se trata de un desconocimiento de la operatividad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que las garantías emanadas de dicho tratado alcanzan a la protección de los derechos esenciales de las víctimas de delitos”.

Es entonces que he de concluir sosteniendo que según una ajustada intelección de la ley procesal, en resguardo a la garantía de la defensa en juicio, para permitir la única instancia de apelación con que goza el justiciable, la defensa y aún el fiscal en su favor, en la primera etapa del juicio, porque es necesario para decidir medidas cautelares personales y reales tales como la exclusión del hogar, excarcelación, inhibiciones, embargo etc.... (arts. 310, 311, 312, 518) y para brindar un sendero seguro a la entrada del contradictorio, entiendo que en los juicios comunes es de rigor la observancia de lo dispuesto en el artículo 215 del Código Procesal Penal que impone el dictado del auto de procesamiento.

Me pronuncio pues en sentido afirmativo acerca de la necesaria observancia de la norma citada.

***El señor juez doctor Eduardo R. Riggi dijo:***

A fin de dar respuesta al tema que motivara la convocatoria a plenario, hemos de adelantar que mantendremos el criterio que sostuviéramos en precedentes de la Sala III de esta Cámara Nacional de Casación Penal, en los que se planteara una cuestión análoga.

En ese orden de ideas, debemos recordar cuanto sostuviéramos en la causa n ° 6105 “Aizenstat, Luciano s/rec. de casación”, reg. n ° 258/06 del 30/3/2006.

En aquella oportunidad expresamos que “... el actual régimen procedimental posee esencialmente cuatro actos sustanciales que importan presupuestos condicionantes para la validez de todo lo actuado en consecuencia: el requerimiento de instrucción ..-artículo 188-,. la declaración ..indagatoria -artículo 294-, el auto de

procesamiento -artículo 306- y el requerimiento de elevación a juicio -artículo 347, parte final- (conf. Sala III, causa N ° 854 'Cassino, Silvana Inés s/rec. de casación', rta. el 30/12/96, Reg. N ° 481/96)..."; y que "... en ese esquema, el auto de procesamiento aparece como una decisión jurisdiccional intermedia, que circunscribe -luego de haberse escuchado al imputado- el objeto procesal de la causa. El temperamento que al respecto pudiera adoptar el juez de instrucción, se encuentra sometido al contralor de la respectiva cámara de apelaciones, lo que resguarda el derecho de las partes a obtener la revisión por parte de un tribunal superior de un acto que ha de sentar las bases para el futuro debate. De esta forma, se asegura que la materia que posteriormente pueda ser -o no- objeto de acusación, haya sido suficientemente tamizada, de manera tal que sea el órgano jurisdiccional (y no la acusación) quien determine -insistimos, luego de escuchar al imputado, y con resguardo de la garantía de la doble instancia- si todos, alguno o ninguno de los hechos imputados se evidencian como contrarios a derecho, y aparecen prima facie como producto del accionar responsable del acusado..."; "...en ese marco, el dictado del auto de procesamiento le permite a la defensa delinear los aspectos de su estrategia, pues al encontrarse consolidada la imputación puede centrar sus esfuerzos en aquellos hechos y circunstancias que efectivamente constituyan el objeto del proceso...".

Sostuvimos en dicha sentencia que "...no podemos dejar de considerar el evidente interés que pueden tener los imputados de hacer valer ciertas defensas durante la instrucción, de manera tal que -fracasadas éstas- pudieran legítimamente optar por modos alternativos de finalización del proceso (suspensión del proceso a prueba, cancelación de la deuda tributaria, en los casos del artículo 16 de la ley 24.769, juicio abreviado, etc.)..."; y que "...tampoco perdemos de vista, que el auto que dispone la elevación de la causa a juicio no resulta susceptible de ser controvertido mediante el recurso de apelación, de manera tal que en la coyuntura planteada, el sometimiento de una persona a juicio oral y público -con el evidente perjuicio en orden a la afectación a su honor, por publicidad de la imputación- quedará a criterio de dos únicos funcionarios estatales, uno de ellos, a cargo de la acusación...".

Asimismo consideramos oportuno reproducir algunos de los fundamentos desarrollados por el doctor Tragant al pronunciar su voto -al que adherimos-, en la mentada causa: "... la instrucción no sirve sólo a efectos de preparar el debate sino también para evitarlo, acudir a una interpretación literal del art. 215 implica una

franca violación al 346 que regula como presupuesto indispensable para acceder a la instancia del contradictorio la existencia de un auto de procesamiento firme (cfr. Báez, ob. cit.). Sin procesamiento con respecto a cada uno de los hechos investigados, si el objeto procesal es múltiple, el acto previsto en el art. 346 se resiste en su validez y deviene nulo en cuanto al imputado por aplicación de lo prescripto por el art. 167, inc. 3 °, del C.P.P.N. (cfr. D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación", 5ta. ed., corregida, ampliada y actualizada, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs.As., 2002, p. 734/735)...".

Añadió que "... el hecho de que 'la sanción del art. 353 bis... permite prescindir de la indagatoria y del ulterior y potencial auto de procesamiento en los casos que recoge, viene por el contrario a respaldar nuestra postura, pues esa prescindencia no sólo ha tenido que ser motivo de una novedosa previsión expresa, sino que se la ha permitido tan sólo en aquellos casos de simpleza pesquisitiva y en tanto y en cuanto se cuente con la conformidad del imputado, manifestada a través de su deseo de no ser indagado'. 'La norma - art. 215-, derivada de códigos provinciales reguladores de la 'citación directa' (así llamada porque el propio fiscal instruye y cita directamente a juicio al imputado; véase el art. 418 y ss. del C.P.P. de Córdoba, según ley 5606 y modificatorias, hoy art. 354, según leyes 8123 y 8658), no constituye excepción a la regla genérica del art. 346 en cuanto establece que el requerimiento de elevación a juicio del fiscal y el del eventual querellante sólo procederán cuando el juez hubiere dispuesto el procesamiento del imputado... porque so pretexto de criterios de celeridad procesal no puede justificarse el apartamiento de preceptos que regulan el proceso penal, modificando su estructura. Es que en el sistema del Código, a diferencia de cuanto sucede en aquellas legislaciones de las que fue extraído, el dispositivo no es integrante de un 'procedimiento especial' o instrucción especial, independiente del procedimiento general. Por otra parte, extender el precepto a hipótesis delictivas para las que ni siquiera opera en los códigos provinciales, que ciñen la 'citación directa' a los delitos de trámite correccional, implicaría prescindir del auto de procesamiento en delitos de extrema gravedad, para los cuales sería necesario adicionarle la prisión preventiva del imputado, pronunciamiento que quedaría así neutralizado u omitido en los casos en que fuera delegada su instrucción, importando un absurdo sostenimiento de procedimientos dispares según el ocasional instructor -conforme surge de la excepción planteada por el propio a quo a su excepcional interpretación del art. 215 del C.P.P.N.-. Marginar el

auto de procesamiento equivaldría, además, a hacerlo respecto de otras medidas que deben integrarlo, tales como el embargo (art. 518), la inhabilitación (arts. 310 y 311 bis), la expulsión del hogar (art. 310), etc. O marginar del proceso la adecuada calificación jurídica que debe asignarse al hecho imputado (arts. 308 y 318, párr. 2 ° )... De allí que los códigos procesales que autorizan a prescindir del auto de procesamiento (así lo hagan absoluta o relativamente) contengan siempre alternativas compensadoras para el derecho de defensa del imputado y al debido proceso, traducidas en la facultad que le asignan de recurrir en apelación el auto de elevación a juicio que eventualmente dicte el juez (véase en tal sentido, art. 322 del C.P.P. de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur -según ley 351-; también, el art. 337, último párrafo, del C.P.P. de Bs.As.), facultad, reiteramos, inexistente en este Código' (cfr. Navarro y Daray, ob. cit.)..."; y que "... en similar sentido, lleva dicho esta Sala que, en los casos previstos por el art. 353 bis y ter del C.P.P.N., cuando el imputado ejerza su derecho de solicitar ser oído en indagatoria, 'se impone que la instrucción continúe tramitando bajo las prescripciones de las normas comunes, y en consecuencia se resuelva la situación del encartado mediante el auto de procesamiento, la falta de mérito o el sobreseimiento (arts. 306, 309 y 334 de la ley formal)' (cfr. causa n ° 4962, 'Impagliazzo, Aniello Alberto s/conflicto', Reg. n ° 779/03, rta. el 23/12/03)..."

Si bien la necesidad de una mayor celeridad importa a todas las partes intervinientes en el proceso y a la sociedad misma, tal interés no puede ir en desmedro de los derechos del justiciable.

Sobre el particular, consideramos que la omisión de un auto de procesamiento en las causas delegadas afecta los principios de igualdad ante la ley y de igualdad de trato entre las partes del proceso .

Es que las posibilidades de defensa del imputado son menores en el régimen del procedimiento delegado. Repárese que "...no serían iguales las chances que tendría el imputado de evitar el debate en la instrucción a cargo del juez que en aquélla que se delega en el Ministerio Fiscal."; ello así pues "...en la primera, para que la causa supere la etapa instructoria, sería necesario que el magistrado disponga un pronunciamiento jurisdiccional que declare con probabilidad positiva la existencia del hecho y la participación del acusado...y además, que esta resolución en caso de ser recurrida, sea revisada y convalidada por la Cámara de Apelaciones." , en cambio "...en las causas delegadas, bastaría con que se escuche al imputado en indagatoria y sólo con ello podría arribarse a la etapa

intermedia, donde...el imputado, de no tener acogida favorable en su pedido de sobreseimiento, no puede atacar de modo alguno la resolución que ordena el cierre de la instrucción.” -art. 352 del C.P.P.N.-, (Revista de Derecho Procesal Penal- 2008-2- Rubinzal-Culzoni- “Acerca de las facultades instructorias del Ministerio Público Fiscal. Acerca de la necesidad de auto de procesamiento en casusas delegadas en el Código Procesal Penal de la Nación” por Fabiana Palmaghini y Juan Carlos Palacios (n)- pág. 531).

Pero además, un procedimiento en el que se prescinda del auto de procesamiento conlleva a la desigualdad de posiciones entre las partes durante la instrucción. Ello por cuanto “ ... los acusadores ...tienen la posibilidad de impugnar en todo momento el sobreseimiento del acusado y, por el contrario, éste no puede cuestionar de modo alguno el auto de elevación a juicio.”. “Y si bien es cierto que el derecho a la igualdad de posiciones juega con plenitud en la etapa de juicio, ya que durante la instrucción los órganos encargados de la persecución penal prevalecen sobre el imputado por la propia naturaleza pesquisitiva de este procedimiento, no lo es menos que ese desequilibrio debe ser razonable y derivado exclusivamente de la necesidad de cumplir con los fines del proceso.” (Ob. citada pág. 532).

En definitiva nos pronunciamos por la necesidad del auto de procesamiento en los supuestos previstos en el artículo 215 del Código Procesal Penal de la Nación.

***El señor juez doctor Guillermo J. Tragant dijo:***

Motiva la convocatoria a plenario determinar si, en el supuesto previsto por el artículo 215 del Código Procesal Penal de la Nación, es necesario el dictado de auto de procesamiento, como presupuesto indispensable para la elevación de la causa a juicio.-

Que tuve oportunidad de expedirme sobre el particular, al emitir opinión en la causa n ° 6105 “Aizenstat, Luciano s/rec. de casación” (reg. 258/06 del 30/3/2006), expresando que “...el auto de procesamiento es una decisión jurisdiccional de mérito intermedio y signo incriminatorio, en la que se analiza la prueba que aún no ha sido confrontada. Es un juicio de probabilidad que estabiliza la imputación, atiende a fijar el suceso sobre el que versará la etapa contradictoria y a la individualización de su presunto autor, lo que permite determinar la pertinencia y utilidad de la prueba por un lado y la fijación de la situación del imputado respecto de su libertad (provisoria) pendiente el proceso, por otro. Es un paso previo a la inauguración del período de “crítica instructoria” (cfr., en similar

sentido, Almeyra, Miguel Ángel, “¿Elevación de la causa sin procesamiento?”, La Ley 2005-A, 539; y Báez, Julio C., “No se olviden... del auto de procesamiento”, Suplemento Penal de La Ley, 2005 (septiembre), 28).”.-

Al respecto, se ha sostenido que “el objeto (o materia) del acto promotor de la acción penal (requerimiento fiscal de instrucción, sumario de prevención o simple comunicación policial) resulta reconocido por una expresa decisión jurisdiccional... el requerimiento fiscal de elevación a juicio debe circunscribirse al hecho delictuoso que determinó la decisión jurisdiccional... Antes del auto de procesamiento no hay más que una imputación que bien puede ser falsa o carecer de fundamento’ (cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ‘Derecho Procesal Penal’, T. II, págs. 439/440, Bs.As., Lerner, 1986).”.-

“El auto de procesamiento no aparecía en el derogado Código de Procedimiento en Materia Penal, lo que era objeto de unánime crítica, ya que es una verdadera sentencia instructoria y de hecho constituye un momento fundamental en el curso procesal, con incidencia directa sobre el posterior desarrollo (cfr. Vázquez Rossi, ‘Derecho Procesal Penal’; T. II, 375/377, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997).”.-

“Cabe reconocer, sin embargo, que en el marco del anterior código de forma cordobés, antecedente inmediato de nuestro Código Procesal Penal de la Nación, se había comenzado a advertir que ‘el sentido y valor que el legislador de 1940 asignó al auto de procesamiento como mérito instructorio inicial fueron desvirtuados por el paso de medio siglo de práctica que lo convirtieron en mérito instructorio final, superponiéndose con el momento crítico de la instrucción (que fue desplazado por la crítica al auto de procesamiento, a través de su apelación)’ (cfr. Almeyra ob. cit.).”.-

“Sin embargo, ‘la posible prolongación en el tiempo y la morosidad de la instrucción no deben ir en desmedro de los derechos fundamentales del encartado, a la vez que resulta inconveniente alentar la concentración excesiva de poder en un sólo órgano que debe actuar imparcialmente y es bueno, en cambio, por el resguardo de los derechos del individuo puesto en causa penal, un riguroso control sobre la actuación de su futuro acusador’ (cfr. Almeyra, ob. cit.).”.-

“La garantía de la doble instancia (arts. 8, apartado h, de la C.A.DD.HH., y 75, inc. 22, C.N.) no sólo ampara a la sentencia penal condenatoria sino a todo auto importante que agravie al

imputado (CIDI, Informe 17/94, Caso "Maqueda" del 9/2/94). No se debe descuidar "la posibilidad de acudir a un órgano de contralor resistiendo la persecución penal durante el curso de la instrucción mediante el arbitrio que otorga el art. 311 del C.P.P.N., discutiendo en segunda instancia el mérito del cargo", lo contrario implicaría, también, una violación a la garantía de defensa en juicio. "Y no se diga que esto puede encontrar remedio en el curso del procesamiento intermedio, pues la oposición de la defensa al reclamo de la fiscalía respecto de que la causa sea elevada a juicio, que autoriza el art. 349, 2 °, se decide, como es sabido, sin recurso alguno" (cfr. Almeyra, ob. cit.). "Es que es imposible que el derecho constitucional a ser oído... que encuentra correlato en la facultad ulterior de apelar su eventual procesamiento, difiera según quien resulte director de la instrucción, incurriéndose en una desigualdad que atenta contra el principio recogido en el art. 16 de la C.N." (cfr. Navarro y Daray, "Código Procesal Penal de la Nación, análisis doctrinal y jurisprudencial", 2da. ed., T. I., p. 532 y ss., Bs.As., 2004)."-

"La instrucción no sirve sólo a efectos de preparar el debate sino también para evitarlo, acudir a una interpretación literal del art. 215 implica una franca violación al 346 que regula como presupuesto indispensable para acceder a la instancia del contradictorio la existencia de un auto de procesamiento firme (cfr. Báez, ob. cit.). Sin procesamiento con respecto a cada uno de los hechos investigados, si el objeto procesal es múltiple, el acto previsto en el art. 346 se resiste en su validez y deviene nulo en cuanto al imputado por aplicación de lo prescripto por el art. 167, inc. 3 °, del C.P.P.N. (cfr. D'Albora, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación", 5ta. ed., corregida, ampliada y actualizada, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs.As., 2002, p. 734/735)."-

"Tiene dicho nuestra Corte Suprema que las leyes deben interpretarse y aplicarse buscando la armonización entre éstas y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que se informan de modo que no entren en pugna unas con otras y no se destruyan entre sí, por lo cual debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (CSJN Fallos 309:1149, 307:518, 314:418). Del juego armónico de los arts. 196, 215, 306, 309, 346, 347 y cctes. de la ley ritual con las garantías de la Carta Magna, se desprende que, aún en la instrucción delegada, para que el fiscal pueda expedirse en los términos del art. 347 es condición imprescindible que el juez haya dictado el procesamiento del

imputado (cfr. Cámara Federal de San Martín, prov. de Bs.As., Sala I, 'Inc. de nulidad promovido por el Sr. Fiscal', rta. el 8/7/03)."-

“Por último, el hecho de que ‘la sanción del art. 353 bis... permite prescindir de la indagatoria y del ulterior y potencial auto de procesamiento en los casos que recoge, viene por el contrario a respaldar nuestra postura, pues esa prescindencia no sólo ha tenido que ser motivo de una novedosa previsión expresa, sino que se la ha permitido tan sólo en aquellos casos de simpleza pesquisitiva y en tanto y en cuanto se cuente con la conformidad del imputado, manifestada a través de su deseo de no ser indagado’. ‘La norma - art. 215-, derivada de códigos provinciales reguladores de la ‘citación directa’ (así llamada porque el propio fiscal instruye y cita directamente a juicio al imputado; véase el art. 418 y ss. del C.P.P. de Córdoba, según ley 5606 y modificatorias, hoy art. 354, según leyes 8123 y 8658), no constituye excepción a la regla genérica del art. 346 en cuanto establece que el requerimiento de elevación a juicio del fiscal y el del eventual querellante sólo procederán cuando el juez hubiere dispuesto el procesamiento del imputado... porque so pretexto de criterios de celeridad procesal no puede justificarse el apartamiento de preceptos que regulan el proceso penal, modificando su estructura. Es que en el sistema del Código, a diferencia de cuanto sucede en aquellas legislaciones de las que fue extraído, el dispositivo no es integrante de un ‘procedimiento especial’ o instrucción especial, independiente del procedimiento general. Por otra parte, extender el precepto a hipótesis delictivas para las que ni siquiera opera en los códigos provinciales, que ciñen la ‘citación directa’ a los delitos de trámite correccional, implicaría prescindir del auto de procesamiento en delitos de extrema gravedad, para los cuales sería necesario adicionarle la prisión preventiva del imputado, pronunciamiento que quedaría así neutralizado u omitido en los casos en que fuera delegada su instrucción, importando un absurdo sostenimiento de procedimientos dispares según el ocasional instructor -conforme surge de la excepción planteada por el propio a quo a su excepcional interpretación del art. 215 del C.P.P.N.-. Marginal el auto de procesamiento equivaldría, además, a hacerlo respecto de otras medidas que deben integrarlo, tales como el embargo (art. 518), la inhabilitación (arts. 310 y 311 bis), la expulsión del hogar (art. 310), etc. o marginal del proceso la adecuada calificación jurídica que debe asignarse al hecho imputado (arts. 308 y 318, párr. 2 ° )... De allí que los códigos procesales que autorizan a prescindir del auto de procesamiento (así lo hagan absoluta o relativamente) contengan siempre alternativas compensadoras para

el derecho de defensa del imputado y al debido proceso, traducidas en la facultad que le asignan de recurrir en apelación el auto de elevación a juicio que eventualmente dicte el juez (véase en tal sentido, art. 322 del C.P.P. de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur -según ley 351-; también, el art. 337, último párrafo, del C.P.P. de Bs. As.), facultad, reiteramos, inexistente en este Código” (cfr. Navarro y Daray, ob. cit.).2.-

“En similar sentido, lleva dicho esta Sala que, en los casos previstos por el art. 353 bis y ter del C.P.P.N., cuando el imputado ejerza su derecho de solicitar ser oído en indagatoria, ‘se impone que la instrucción continúe tramitando bajo las prescripciones de las normas comunes, y en consecuencia se resuelva la situación del encartado mediante el auto de procesamiento, la falta de mérito o el sobreseimiento (arts. 306, 309 y 334 de la ley formal)’ (cfr. causa n ° 4962, ‘Impagliazzo, Aniello Alberto s/conflicto’, Reg. n ° 779/03, rta. el 23/12/03).”.-

En consecuencia, respecto del interrogante planteado me expido afirmativamente, por estimar que resulta imprescindible el dictado del auto de procesamiento en los casos previstos por el artículo 215 del Código Procesal Penal de la Nación.-

***El señor juez doctor Guillermo J. Yacobucci dijo:***

Con el fin de no dilatar el trámite del presente plenario, al coincidir en lo sustancial con los argumentos expuestos por el Dr Gustavo Hornos, adhiero a la respuesta brindada por éste al interrogante traído al acuerdo.

***La señora juez doctora Ángela E. Ledesma dijo:***

Al tratar la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley sostuve que la entidad de la cuestión traída a estudio, la inexistencia de derechos fundamentales en juego y el alcance que la norma le otorga a las sentencias plenarias de este órgano (artículo 10 de la ley 24.050) -que sí pone en jaque los derechos de las personas que son traídas al proceso (cfr. mi voto en la causa“5455 “Layun, Martín Alejandro s/ recurso de casación”, resuelta el 20 de mayo de 2005, registro 414/2005 )- me llevaban a concluir en su rechazo. Ahora bien, como la vía intentada fue declarada admisible por el voto mayoritario de mis colegas entiendo que, como punto de partida para dar respuesta al interrogante planteado hay que recordar que el artículo 215 del CPPN prevé que en los casos en los que el juez conceda o autorice continuar al representante del Ministerio Público Fiscal la dirección de la

investigación, éste reunirá los elementos probatorios respecto de los extremos de la imputación, en su caso, correrá vista al querellante (artículo 347), luego de lo cual se expedirá en los términos del inciso 2 ° ) del artículo 347 . Además la norma agrega que en ningún caso podrá requerirse la elevación a juicio, bajo pena de nulidad, sin que el imputado haya prestado declaración o que conste que se negó a prestarla . Finalmente, dicho precepto establece que el fiscal comunicará inmediatamente su dictamen al juez quien sólo podrá -luego de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Quiroga” (Fallos 327:5863)- sobreseer al imputado o proceder conforme lo establece el artículo 349 del ordenamiento procesal.

Pues bien, el tema en discusión requiere que se aborden tres cuestiones que permitirán concluir que el auto de procesamiento no es un requisito indispensable para la prosecución de la causa.

I- La primera de ellas se refiere a cuál es la función que se asigna a la investigación penal preparatoria y qué valor tienen las probanzas recogidas en ella. Esta situación que a primera vista pareciera que excede el marco del interrogante que se debate, es el punto de partida de la posición que ya he sostenido en otras oportunidades (cfr. causas 6105 “Aizenstat, Luciano s/ recurso de casación”, resuelta el 30 de marzo de 2006, registro 258/06 y 6780 “Giménez, Paula Elena S/recurso de casación”, resuelta el 13 de diciembre de 2006, registro 1509/06, entre otras).

Como se sabe, la investigación penal preparatoria -o en los sistemas inquisitivos reformados, la instrucción- tiene como finalidad recopilar las pruebas necesarias para establecer si se requerirá el juicio contra el imputado . Sin embargo, ninguna de ellas es definitiva y para poder fundar la condena, deberán haberse producido en el debate oral y público ya que en el modelo de enjuiciamiento diagramado por nuestra Constitución Nacional, que se corresponde con el denominado sistema acusatorio (cfr. considerandos 7 ° segundo párrafo y 15 ° segundo y tercer párrafos del precedente “Casal” del Alto Tribunal), esa es la etapa principal . Este criterio ha sido delimitado por la Corte Suprema en los precedentes “Quiroga” (Fallos 327:5863), “Llerena” (Fallos 328:1491) y “Casal” (Fallos 328:3399). Allí se dijo que la Constitución previó como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público.

Es decir, no existe una presunción iure et de iure, ni siquiera iuris tantum , con relación a probanzas recolectadas durante la investigación.

De esta manera, se garantiza la tutela constitucional del juicio público y se asegura el contradictorio. Este último no atiende a un aspecto concreto del proceso, sino que es un presupuesto de la existencia del mismo. Por ello, se afirmó que "(...) sin contradicción no hay proceso, sino algo distinto y, por lo tanto, este principio es previo a cómo se conforme después el proceso" (cfr. Montero Aroca, Juan: Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio en AA. VV. "VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal", Córdoba, p. 188).

El auto de procesamiento se dicta sin que se haya llevado a cabo el contradictorio, con lo cual no sólo afecta el principio de imparcialidad del juzgador -pues como se verá más adelante será el mismo juez que intervenga en la etapa intermedia- sino que además se efectúa sin que exista pedido del fiscal, ni respuesta de la defensa. De esta forma, se convierte en un acto persecutorio que toma por ciertos determinados elementos probatorios sin que exista debate sobre su pertinencia. Ese acto, en definitiva, les otorga validez a pesar de la falta de control.

Esta situación se agravaría cuando la regulación procesal expresamente no establece su dictado. De la lectura de la norma transcripta al comenzar, surge claramente que lo único que genera la invalidez del procedimiento es falta de traslado de la imputación a fin de que el encausado pueda ejercer su defensa material. En ningún momento el precepto determina la necesidad de que se dicte el procesamiento del imputado.

En consecuencia, responder afirmativamente el interrogante planteado importa la aplicación analógica de leyes, situación expresamente prohibida por el artículo 2 del CPPN. En ese artículo, el legislador empleó intencionalmente la palabra "leyes penales" en contexto con la analogía procesal penal; circunstancia que conduce a la vigencia plena del principio nulla poena sine lege y a la exclusión de toda fundamentación punitiva análoga (cfr. Jäger, Christian: Fundamentos y límites del principio "nulla poena, nullum crimen sine lege" en el derecho procesal penal en AA. VV. "Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 346 y 350). Es decir, requerir el dictado de dicho acto procesal en los supuestos en los que el

Ministerio Público ha llevado a cabo la investigación importa contravenir el principio de legalidad.

En este punto no es posible sostener que con el procesamiento se favorece la defensa del encartado ya que podrá conocer y atacar las pruebas que analizó el juzgador. Este conocimiento lo tomará en el mismo momento en el que se le hace conocer la imputación; circunstancia que, como surge de la norma, es el requisito para la elevación de la causa a juicio. A partir de allí podrá ofrecer las probanzas que estime conducentes para su teoría del caso. Pero además no se debe perder de vista que el auto de procesamiento parece ser una repetición del acto que lo precede (la declaración indagatoria) (Di Corleto, Julieta B.; Soberano, Marina: La denominada 'instrucción sumaria': un paso frustrado hacia el modelo acusatorio en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n ° 10 "A", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 412), con lo cuál su dictado no aporta ningún dato nuevo.

II- En segundo lugar hay que analizar si el procesamiento es un presupuesto procesal cuya ausencia genera la nulidad del procedimiento. La teoría de los presupuestos procesales fue elaborada por Oskar v. Bülow para fundar la autonomía del derecho procesal frente al material y trasladada posteriormente por August Kries al proceso penal. La importancia de su enunciación radica en que ellos son las condiciones de admisibilidad para el enjuiciamiento legítimo de un hecho punible y su ausencia implicará que el proceso no podrá ser realizado (cfr., Pastor, Daniel R.: Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales en AA. VV. "Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin", Marcos Lerner Editora Córdoba/ La Lectura Libros Jurídicos, Córdoba, 2001, p. 794 y 808). Se trata, entonces, de un límite a la actuación procesal del Estado (Roxin, Claus: Derecho Procesal Penal , traducción de G. Córdoba y D. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 165).

En definitiva, los presupuestos procesales permitirán determinar que todo el proceso, o una parte de él, sea admisible, justificado y legítimo de forma tal que se convierten en elementos constitutivos de aquél (cfr., al respecto Henkel, Heinrich: Strafverfahrensrech , segunda edición, Editorial W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlín-Köln-Maiz, 1968 y Roxin, Claus: Op. cit., p. 172).

Como ya se ha dicho, la norma en estudio no señala la necesidad de su dictado. Se puede afirmar, entonces, que aquél no se

convierte en una condición de validez del procedimiento en los supuestos en los que la investigación se encuentra en manos del Ministerio Público. A la misma conclusión se puede arribar si realizamos una interpretación sistemática de la Sección II del Título II del CPPN donde se encuentra inserta aquella norma. Es así que, la actividad del juez se limita, en estos casos, a la eventual realización de los actos enumerados en el artículo 213 del ordenamiento adjetivo, dentro de los cuales no figura el procesamiento (en este sentido, Parenti, Pablo F.; Pellegrini, Lisandro: El procesamiento en el Código Procesal Penal de la Nación en AA. VV. "Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 435). La única mención a dicho acto procesal se circunscribe exclusivamente a los supuestos de delitos tipificados en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal (cfr., artículo 212 bis conforme ley 25.760).

A su vez, hay otro argumento que permite descartar el carácter de presupuesto procesal que se pretende y es la existencia, en el mismo cuerpo normativo, de la instrucción sumaria establecida en los artículos 353 bis y ter (cuya redacción es similar a la del art. 215) del CPPN. En este supuesto, el código no considera que el auto de mérito sea esencial para habilitar las etapas posteriores. En consecuencia, si bien el procesamiento se encuentra regulado para la instrucción jurisdiccional y su ausencia en esos casos puede traer aparejada alguna consecuencia, esto no implica que se le haya otorgado aquél carácter.

De este modo, se puede sostener que la actividad procesal cumplida en estas condiciones no perjudica la función de tutela de los intereses comprometidos en el proceso y, por lo tanto, no debe ser invalidada. Ello es así debido a que el instituto de las nulidades procesales tiene en mira resguardar el debido proceso y la defensa en juicio; derechos que no se encuentran comprometidos -como se verá- en los casos como los aquí tratados. Entonces, se estaría declarando la nulidad por la nulidad misma ante la ausencia de un perjuicio concreto ( pas de nullité sans grief ).

III- La última de las cuestiones a debatir se refiere a los derechos fundamentales que se pondrían en juego en el supuesto en que no se dicte el procesamiento en estos casos.

La respuesta, tal como lo sostuviera al tratar la admisibilidad de la vía, es negativa ya que no encuentro que se vulnere ninguno de aquéllos. De hecho, es la existencia de este acto la que los pone en

jaque. A la violación de la debida defensa en juicio por no respetarse el contradictorio (que fue tratada con anterioridad) hay que sumar la afectación a las garantías de independencia e imparcialidad del juzgador pues será el mismo juez el que después llevará adelante la fase crítica del proceso y “(...)la decisión sobre la instancia del imputado de resistencia a la elevación a juicio” (Pastor, Daniel R.: El derecho procesal penal nacional de los 90: Balance y memoria de un fracaso rotundo en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n ° 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 35).

A su vez, el citado autor señala que se trata de una decisión intermedia sobre el mérito que anticipa jurisdiccionalmente los elementos de la acusación fiscal. “Para llegar correctamente a un juicio oral no se requiere que un juez ‘tamice’ la imputación a los efectos de establecer qué hechos son delictivos y puedan prima facie reprochársele al acusado, ni tampoco es necesario que sea el órgano jurisdiccional quien mediante la emisión de una decisión inculpativa establezca las bases para un futuro debate oral” (Neumann, Juan Manuel: Algunos puntos de partida para lograr una investigación penal garantista y eficaz en AA.VV. “El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial” tomo I, INECIP/Rubinza-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 190/191). Esto da cuenta, en definitiva, de la confusión de funciones existentes en los procesos mixtos.

Su ausencia no implica dejar sin control a la actividad del Ministerio Público Fiscal pues esa tarea podrá ser cumplida en el marco de la etapa intermedia. En ese momento se dará enfrentamiento dialéctico de partes. El fiscal acusará (artículo 347 inciso 2 ° CPPN), la defensa se podrá oponer a la elevación a juicio de la causa (art. 349 inciso 2 ° CPPN) y el juez, en su rol de tercero imparcial, definirá la cuestión (art. 350 CPPN). De este modo, el contradictorio -derecho fundamental de las partes- se ve resguardado, lo mismo que la revisión de la actividad del acusador.

Por otro lado, lo que genera el dictado del auto de procesamiento es que la investigación, que debe ser breve para dar lugar al juicio, se alargue. Así, la etapa preparatoria va ganando importancia y desplaza a la principal. Pero fundamentalmente la existencia de este acto ocasiona que se ponga en jaque el derecho a que el caso sea resuelto en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas (artículo 18, 75 inciso 22 CN, 8 CADH y 14 PIDCyP) ya que dará lugar a un retraso en la instrucción.

También encontramos que la situación patrimonial de la persona sometida a proceso se agrava en razón de que junto con auto de procesamiento resulta imperativo, conforme lo establece el artículo 518 del CPPN, el embargo de sus bienes para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas. Por ese carácter, generalmente no existe debate acerca de su imposición y los jueces lo aplican de oficio sin darle posibilidades a la defensa de contradecir la medida.

Por último, hay que señalar que no se puede considerar que existe un “derecho a ser procesado” para habilitar una posible vía recursiva posterior. Esto es así en razón de que, con el supuesto objeto de garantizar esa revisión en realidad se agrava la situación de la persona sometida a proceso. Esto significa, en definitiva, invertir las garantías pensadas en su favor.

Pero además, se ha dicho con acierto que esta argumentación es incorrecta desde el punto de vista metodológico ya que se pretende afirmar su necesidad con el fundamento de que si no existe no se puede apelar. Este razonamiento no aporta ningún dato que demuestre la importancia de su dictado (Parenti, Pablo F.; Pellegrini, Lisandro: Op. cit., p. 429).

IV- La provisoriedad de los elementos de prueba recolectados, la plena vigencia de los principios de legalidad y publicidad, y la necesidad de resguardar la independencia e imparcialidad del juzgador, garantizar el contradictorio y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable deben primar en este tipo de casos y, consecuentemente, permitir que la causa pueda ser elevada a juicio sin necesidad del dictado del auto de procesamiento.

Estas son razones que se tuvieron en cuenta en todos los ordenamientos más modernos tanto provinciales (Córdoba, Tucumán, Buenos Aires, Catamarca, Mendoza, Chaco, Chubut entre otros) como internacionalmente (Costa Rica, Chile, El Salvador, Perú, Paraguay, Bolivia, República Dominicana, entre otros) para eliminar dicho acto procesal. Sin embargo, y este sería el único supuesto viable en nuestro modelo, reservaron la posibilidad de que el juzgador dicte durante la investigación, a pedido del Ministerio Público Fiscal, una medida cautelar. En el caso que convocó esta reunión plenaria, sobre esta cuestión la defensa no se ha quejado - y tampoco ha tenido motivo para hacerlo- por la vía intentada.

En definitiva, entiendo que en aquellas causas en las que la investigación ha quedado en manos del Ministerio Público Fiscal en

virtud de lo establecido por el artículo 196 del CPPN no resulta necesario que el juez de instrucción dicte el auto de procesamiento del imputado como requisito ineludible para que la causa se eleve a juicio.

Así es mi voto.

***El señor juez doctor W. Gustavo Mitchell dijo:***

Que en honor a la brevedad, me remito a cuanto sostuve en la causa “Barrientos, Jacinta y Brizuela Roa, Antonio s/recurso de casación”, Registro N ° 11.635 de la Sala II de esta Cámara, resuelta el 8/4/05.

Por ello, voto respondiendo afirmativamente al interrogante planteado en el temario de esta convocatoria.

***El señor juez doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso dijo:***

Que adhiere al voto de la Dra. Catucci.

***El señor juez doctor Luis M. García dijo:***

I.- El art. 215 C.P.P.N. establece: “En el supuesto que el juez de instrucción conceda (art. 196, párr 1º) o autorice continuar (art. 196, párr. 2º) al representante del ministerio fiscal la dirección de la investigación, éste reunirá los elementos probatorios respecto de los extremos de la imputación penal , en su caso, correrá vista al querellante (art. 347), luego de lo cual se expedirá en los términos del inc. 2º del art. 347. En ningún caso podrá requerirse la elevación a juicio, bajo pena de nulidad, sin que el imputado haya prestado declaración o que conste que se negó a prestarla. Inmediatamente después comunicará su dictamen al juez de instrucción. Si éste no está de acuerdo con el mismo, se procederá según lo establecido por el párrafo segundo del art. 348. En caso contrario, dictará el sobreseimiento o se procederá conforme a los art. 349 y siguientes de éste Código”.

A su vez el art. 346 del mismo código establece: “Vista al querellante y al Fiscal. Cuando el juez hubiere dispuesto el procesamiento del imputado y estimare completa la instrucción, correrá vista sucesiva a la parte querellante y al agente fiscal por el término de seis (6) días, prorrogable por otro período igual en casos graves o complejos” .

Si se confronta aquella disposición con el art. 346 C.P.P.N. se observa una diferencia entre sus supuestos. En la última disposición a) que el juez haya llevado adelante la instrucción; b) que el juez

haya dispuesto el procesamiento del imputado y c) que haya estimado completa la instrucción.

En la primera disposición es presupuesto; a) que el fiscal haya tenido a su cargo la instrucción por delegación del juez; b) que haya considerado reunidos elementos probatorios respecto de los extremos de la imputación y c) que el imputado hubiese prestado declaración o se hubiese negado a prestarla.

Esta diferente regulación puede conducir a interpretaciones diversas acerca de la cuestión que constituye el objeto de la pregunta de este plenario.

En efecto mientras que el art. 346 establece entre otras condiciones que se hubiese dictado auto de procesamiento, el art. 215 no lo hace y tan sólo exige, bajo pena de nulidad, que se hubiese recibido declaración al imputado o hubiese éste declinado a hacerlo. La ley no dice expresamente cuál es la forma de la declaración del imputado, ni si basta con la que puede prestar a tenor de los arts. 73 y 279 C.P.P.N. Por cierto, si se entendiese que esta declaración debe respetar las normas de la indagatoria, podría entonces argumentarse que después de prestada, o de la negativa a prestarla, el fiscal debería someter el caso al juez para que dicte auto de procesamiento, de falta de mérito, o de sobreseimiento (arts. 306 y 309 C.P.P.N.), como lo entiende parte de la doctrina (confr. D'Albora, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, 5ª. Edic., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 459; Navarro, Guillermo Rafael / Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 1a. Edic., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 532/533).

Sin embargo, esta interpretación impone necesariamente prescindir de parte del texto legal sin declaración de inconstitucionalidad. En efecto, el segundo párrafo establece como condición que debe haberse dado oportunidad al imputado de ser oído en declaración, y el tercero que “ inmediatamente después [el fiscal] comunicará su dictamen al juez de instrucción ” quien procederá, según el caso, conforme a los arts. 348 y 349 C.P.P.N.

La forma adverbial inmediatamente después indica claramente que el fiscal puede presentar su requerimiento de sobreseimiento o de remisión a juicio sin necesidad de requerir un auto de mérito en los términos del art. 306, porque si esto fuera necesario, entonces sus requerimientos no serán inmediatos sino mediatos. Más aún es claro que puede requerir inmediatamente la remisión a juicio o el

sobreseimiento, porque en éste último caso, carece de sentido la referencia al art. 348, porque esta disposición es innecesaria si el juez tuviese a su mano la posibilidad de decidir el auto de procesamiento o la falta de mérito según los arts. 306 y 309 C.P.P.N.

Desde un punto de vista literal el art. 215 no admite a mi juicio una interpretación en cualquiera de los dos sentidos antagónicos que se vienen exponiendo en los votos que anteceden a este.

Entiendo sin embargo que, aunque el punto de partida de la interpretación de la ley son sus propias palabras, la interpretación literal no es suficiente para dar respuesta a la cuestión planteada, y es necesario buscar una interpretación que atienda a principios de superior jerarquía, o que atienda a los que pudiesen inferirse del sistema legal del código en del cual el art. 215 forma parte. Abordaré pues un examen desde los principios constitucionales invocados en el caso, y uno sistemático legal.

II.- Se pretende que el imputado tendría un derecho a recurrir contra decisiones anteriores a la sentencia de condena, derecho cuya raigambre no sería meramente legal, sino que tendría fundamento en el art. 8.2, letra h, CADH.

Se argumenta al respecto que, puesto que después de la presentación del requerimiento de elevación a juicio sólo cabe la oposición del art. 349 C.P.P.N., y la instancia de sobreseimiento, que es decidida por el juez a cargo de la instrucción por auto, contra el que no cabe recurso de la defensa en caso de remisión a juicio, si no se exigiese como presupuesto del requerimiento conclusivo de la fiscalía el dictado de una decisión judicial de procesamiento se estaría privando a la defensa de la posibilidad de apelación que concede el art. 311 C.P.P.N.

Entiendo incorrectos los puntos de sustento de la argumentación.

a) El art. 8.2, letra h, CADH sólo concede un recurso al condenado contra la sentencia de condena, y no contra decisiones anteriores a ésta.

Del art. 8.2, letra h, CADH, no se infiere que la garantía mínima de obtener la revisión del fallo por un tribunal superior comprenda decisiones anteriores a la sentencia final de la causa (causa n \_ 9230, "Antico, Daniel y otros s/recurso de queja", rta. 9 de mayo de 2008, Reg. n \_ 11.841, de la Sala II).

Si bien la parca redacción del art. 8.2.h CADH -que reconoce el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”- ha dado lugar a variadas mociones interpretativas en cuanto al alcance de la garantía, debe interpretarse que ha establecido un derecho a recurrir del “fallo”, entendido fallo como “sentencia” final. El recurso a los travaux préparatoires muestra que este texto no fue objeto de discusiones exhaustivas sino meramente incidental en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (confr. “Actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos”, San José de Costa Rica, 7 al 22/11/99, doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, publ. por Secretaría General de la OEA, Washington DC., 1973), y que su antecedente es el art. 7.2.i del anteproyecto preparado por la Comisión Interamericana, que, en cuanto aquí interesa, preveía entre las garantías judiciales: “ Artículo 7 [...] 2. El proceso debido, en materia penal, abarcará las siguientes garantías mínimas: [...] i) derecho de recurso ante un tribunal superior, del fallo de primera instancia [...]” (confr. loc cit., doc. 5, p. 17). Esta interpretación sigue la regla de la primacía del texto (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31.1), y se encuentra confirmada por el recurso a los trabajos preparatorios (art. 32 de la misma Convención).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dado a entender que el art. 8.2.h CADH concedería derecho a un recurso contra otra clase de decisiones. En efecto, en su informe 24/92 sostuvo que “ el recurso de casación es una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la Convención ” (confr. Comisión IDH, informe 24/92 del 2/10/1992, en el Informe Anual 1992-1993, parág. 30). Asimismo, en su informe 55/97, dijo más genéricamente que “(u) n aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal ” (confr. Comisión IDH, informe 55/97, caso 11137, “Abella, Juan C. v. República Argentina”, 18/11/1997, en Informe Anual 1997, parág. 252).

Hasta el primer informe podría haberse interpretado que la Comisión no estaba exigiendo que los Estados estructuraran sus procedimientos internos de modo de asegurar un segundo grado de jurisdicción inmediato para toda decisión “importante” en materia penal, sino que, en el contexto en que se había pronunciado, respecto de la configuración del recurso de casación en Costa Rica, podría entenderse que bastaría con que estos autos intermedios “importantes” pudiesen ser revisados al momento de examinar la sentencia. Sin embargo, en el informe 55/97 la Comisión dejó en claro que a su juicio no bastaba con la posibilidad de la revisión de esas cuestiones en oportunidad de recurrir contra la sentencia final y que el recurso debería proceder contra toda sentencia jurisdiccional de la que resulte un agravio irreparable a un derecho fundamental. Así, declaró que “ el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba”.

Sin embargo, en este aspecto la Comisión IDH ha llevado la interpretación más allá de lo que la regla de la primacía del texto permitía (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), pues “fallo” no es lo mismo que “auto procesal importante”. A primera vista, el texto del art. 8.2.h CADH no permite sostener que de él se deriva para los Estados un deber general de proveer de un recurso inmediato ante un tribunal superior contra cualquier auto importante, como se desprende del informe 55/95. En cambio, sí puede deducirse que con ocasión de la sentencia de condena debe proveerse al condenado de una oportunidad de revisar la legalidad de los actos antecedentes de la sentencia.

Así, la referencia que hacen esos informes a los autos procesales importantes no constituye un estándar de derechos humanos que pueda considerarse establecido por variadas razones.

En primer lugar, porque se trata de una expresión que sólo podría merecer la calificación de obiter dictum puesto que los informes mencionados tenían por objeto denuncias de privación del derecho a recurrir contra sentencias de condena. Puesto que la Comisión emitió esos informes en el marco de una vía contenciosa que decidió discrecionalmente no llevar como demanda ante la Corte IDH (arts. 44 y 51, CADH), el objeto de ese contencioso fijaba el límite de la interpretación posible, porque no había habido

contradictorio sobre la interpretación extensiva que realizó la Comisión.

Por lo demás, no ha habido hasta ahora ningún pronunciamiento de la Corte IDH, sea por vía de ejercicio de su jurisdicciones consultiva o contenciosa, que haya establecido una interpretación del art. 8.2.h CADH en los términos y con el alcance de aquél obiter . En efecto, la Corte IDH ha sentado el alcance de esa disposición en el caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica” (sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, n \_ 107). En ella se trataba de una infracción a ese artículo por indisponibilidad de un recurso contra la sentencia de condena del peticionario, que permitiese una revisión integral del fallo. La Corte IDH no ha pronunciado allí ningún obiter del estilo del pronunciado por la Comisión.

En cualquier caso, si el derecho doméstico provee de un recurso que la Convención no provee -por ejemplo, para impugnar la prisión preventiva-, rige a favor del imputado el principio pro homine , que le asegura el derecho a un recurso de mera raigambre legal.

b) Que el Código Procesal Penal conceda un recurso contra los autos de procesamiento no conduce a sostener que el imputado tendría un “derecho” a que se le imponga el procesamiento al sólo efecto de que pueda apelar de él y obtener su revocación. En todo caso, si el auto de procesamiento fuese una condición o presupuesto necesario para la remisión a juicio nada indica que alguna razón de principio superior a la ley imponga que debe además concederse una vía recursiva contra tal clase de autos. La eventual existencia de tal vía, es sólo concesión legal.

c) La Constitución Nacional no ha delineado un modelo completo de enjuiciamiento criminal. Cualesquiera que fuesen las inferencias que pudiesen extraerse de los arts. 116, 117, 18, 75, inc. 12, 24 y 118 CN, no se infiere directamente de la Constitución que deba darse al imputado una oportunidad de discutir la suficiencia de los argumentos que justificarían la apertura de un juicio. En todo caso compete al Congreso de la Nación en el orden nacional, o a los poderes legislativos provinciales en el ámbito de sus competencias no delegadas, el ejercicio de su poder de apreciación acerca de la necesidad de configurar una etapa previa al juicio en la que se conceda al imputado una oportunidad de discutir si se justifica la apertura de un juicio en su contra.

Lo mismo cabe decir desde la óptica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 8.1 se asienta el derecho de toda persona de ser oída con las debidas garantías y

dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. De esta disposición no puede inferirse una línea directriz que determine o condicione un modelo de procedimiento único para decidir si, presentada una acusación penal, debe abrirse el juicio. A este respecto cada Estado parte tiene una cierta discreción para configurar este procedimiento, y en su caso si concede una forma de apelación o impugnación.

A este respecto cualquier interpretación que se pretenda extraer del art. 8 CADH debe partir del reconocimiento de que la Convención sólo establece garantías mínimas del enjuiciamiento criminal, que deben ser comunes a todos los modelos del respectivo derecho doméstico de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que se han hecho parte de la Convención, a los que, por su carácter de Estados soberanos, ésta no podría imponerles la adopción de un único modelo de enjuiciamiento.

III.- Sentado ello, no puedo sino concordar con los votos de los jueces Hornos y Ledesma en cuanto proponen que la cuestión debe examinarse dentro del sistema del Código Procesal Penal de la Nación y orientada a la finalidad que satisface el auto de procesamiento, esto es, la legitimación de la imposición de la prisión preventiva o de otra medida cautelar.

Si en el marco de la instrucción delegada en el marco del art. 196 C.P.P.N. no se reclama la imposición de tal medida, la intervención del juez de instrucción a tenor del art. 350 C.P.P.N. constituye una salvaguarda suficiente contra requerimientos promotores de una acusación penal amañados, injustificados, o guiados por una finalidad persecutoria o de puro hostigamiento. Fuera de esos casos, si se trata de un caso de instrucción delegada el auto de procesamiento no cumpliría ninguna finalidad útil. No encuentro pues razón sistemática para extender el presupuesto del art. 346 - que se refiere a la instrucción del proceso bajo la dirección del juez- al caso instrucción delegada del art. 215 C.P.P.N.

IV.- Por ello, entiendo que en los casos en los que el fiscal toma a su cargo la investigación de delitos de acción pública por delegación del juez de instrucción (arts. 196 y 215 C.P.P.N.) sólo es requerida una decisión del juez a tenor del art. 306 cuando se pretende la imposición de una medida cautelar que requiere de tal auto; sin embargo ese auto no es presupuesto indispensable para que el

fiscal pueda expedirse, por propia iniciativa, en los términos del art. 347, inc. 2, C.P.P.N..

Tal es mi voto.

***El señor juez doctor Raúl R. Madueño dijo:***

Que adhiere al voto de la Dra. Catucci en función de lo que sostuviera in re “Crisapulli, L. A. s/recurso de casación”, c. 8151, del registro de la Sala I del 13 de abril de 2007.

***El señor juez doctor Juan E. Fégoli dijo:***

Que respecto del temario que convoca este Acuerdo Plenario he emitido opinión al emitir mi voto in re “Martínez Bergara, Matías L. s/ recurso de casación”, causa n ° 7167, registro n ° 10.367, rta. el 13/8/07, y no habiendo variado mi opinión desde aquel entonces habré de remitirme, en consideración a la brevedad, a los argumentos allí vertidos.

En dicho precedente se receptó la doctrina del fallo “Aizenstat” de la Sala III de esta Cámara, al entender que el dictado del auto de procesamiento permite a la defensa delinear los aspectos de su estrategia pues al encontrarse consolidada la imputación puede centrar sus esfuerzos en aquellos hechos y circunstancias que efectivamente constituyan el objeto del proceso.

También se puso de relieve que el dictado del auto previsto en el artículo 306 del ordenamiento adjetivo se encuentra sometido a contralor de la respectiva Alzada, resguardando así la garantía de la doble instancia mientras que, de adverso, el auto que dispone la elevación de la causa a juicio no resulta susceptible de ser controvertido mediante recurso de apelación, vulnerándose así el derecho de las partes a obtener la revisión por parte de un tribunal superior del acto que ha de sentar las bases para el futuro debate.

Con estas breves consideraciones, concreto mi ponencia respondiendo afirmativamente al interrogante planteado en el temario de esta convocatoria, en el sentido que es necesario el auto de procesamiento en los supuestos previstos en el artículo 215 del Código Procesal Penal de la Nación.

Atento al reclamo de celeridad efectuado por la recurrente, emito mi voto anticipadamente a fin de agilizar la tramitación del plenario .

Por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, ***Resuelve:***

En los supuestos previstos por el art. 215 del Código Procesal Penal es necesario el auto de procesamiento.

Conforme la doctrina sentada precedentemente, ANULAR la resolución de la Sala IV de la Cámara dictada con fecha 11 de junio de 2008, Registro n ° 10.551 (art. 11 de la ley 24.050).

Regístrese, hágase saber y remítase a la Sala de origen a los efectos que correspondan.

Firmado: doctores Liliana E. Catucci, Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant, Angela E. Ledesma, W. Gustavo Mitchell, Gustavo M. Hornos, Raúl R. Madueño, Juan C. Rodríguez Basavilbaso, Augusto Diez Ojeda, Mariano González Palazzo, Guillermo Yacobucci, Luis M. García y Juan E. Fégoli, Jueces de Cámara. Ante mí: doctor Javier Carbajo, Secretario de Cámara