

“El fallo Machi y un nuevo paradigma en la etapa intermedia en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Por Facundo Salvatore¹

I. Introducción.-

El 27 de abril del año 2011, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió sobre un recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Félix Machi, en el marco de las actuaciones N° 26512-00-CC/2010². Dicho remedio procesal fue presentado ante el rechazo de un planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por la fiscalía interviniente.

De la lectura del fallo que motiva este trabajo se desprenden interesantes aspectos para comentar, algunos de ellos podrían traducirse en un futuro no muy lejano, en un cambio de la visión de la llamada "etapa intermedia" del procedimiento penal en el marco de las causas tramitadas ante la justicia de la Ciudad de Buenos Aires, etapa que se encuentra prevista en los artículos 209 al 212 de ese código procesal. Dicha etapa, fue entendida, durante mucho tiempo, por varios magistrados como un mero trámite en el que, -salvo los casos en que medie la interposición de alguna excepción de previo y especial pronunciamiento-, la audiencia sobre admisibilidad de la prueba a utilizarse en el juicio, prevista en el art. 210 del código ritual, constituía prácticamente su único componente.

Es sabido que el régimen acusatorio que opera en nuestra ciudad pone en manos de los fiscales el ejercicio de la acción penal, circunscribiendo el rol de los jueces a una función de controladores del correcto ejercicio de las garantías constitucionales, pero sin participación en lo relativo a llevar adelante la investigación, ni en lo que respecta a suplir deficiencias en las tareas de los representantes del Ministerio Público Fiscal.

La implementación de este sistema acusatorio, celebrada por todos aquellos a quienes nos parecía necesario que el juez no esté vinculado a la investigación, ni a la acusación

¹ Abogado egresado en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Prosecretario Administrativo de la Defensoría N° 4 en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. fsalvatore@jusbaire.gov.ar

² La resolución materia de análisis se encuentra disponible en la siguiente dirección: http://juristeca.jusbaire.gov.ar/ics-wpd/exec/icswppro.dll?QB0=AND&QF0=IDRegistro&QI0=14144&TN=Fallos&DF=VerFallo&RF=VerFallo&DL=0&RL=0&MR=0&NP=4&AC=OBE_QUERY&MF=Holdings.ini

para ser un verdadero tercero, imparcial e independiente, trajo, -sin embargo-, una consecuencia nociva derivada no de la esencia del principio acusatorio en sí mismo, sino de la errónea interpretación de sus alcances: Cuando los fiscales comenzaron a requerir la celebración de audiencias de juicios en un alto porcentaje de los casos que tramitaban, sin efectuar una verdadera valoración de los fundamentos probatorios con los que contaban para ello; y los defensores solicitaban que un juez controle la motivación de ese requerimiento de juicio, muchos magistrados convalidaban sin más lo actuado por las fiscalías, aduciendo que justamente el principio acusatorio les impedía entrometerse en la decisión de los fiscales de solicitar la realización de un debate oral y que, por otra parte, la entidad probatoria de la acusación debía ser evaluada recién en dicha audiencia de juicio³.

En el afán de no entrometerse en la tarea del Ministerio Público Fiscal e impedir así que se produzcan resabios del sistema inquisitivo, muchos de los magistrados del fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires han evitado hacer lo que el sistema acusatorio no sólo les permite sino que les obliga: **Controlar la racionalidad de la acusación**⁴. Recordemos que el principio de racionalidad se encuentra constitucionalmente consagrado en los arts. 1º y 28 de la Constitución Nacional y resulta dable sostener que se ve avasallado cuando se solicita la realización de un juicio contra una persona sin recabar elementos convictivos suficientes para justificar tal pedido. En palabras de Bidart Campos *"El principio de razonabilidad no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable. Es mucho más amplio. De modo general podemos decir que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. El Congreso cuando legisla, el Poder Ejecutivo cuando administra, los*

³ Por ejemplo, en la causa N° 51951/10, caratulada "RIAL, Oscar Luis s/ inf. art. 149 bis C.P.", la señora magistrada a cargo del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 20, en fecha 31 de marzo de 2011, ante un pedido de nulidad de la defensa por falta de fundamentación del requerimiento de juicio formulado por la fiscalía, resolvió lo siguiente: "Por otra parte respecto a la afirmación efectuada por el Sr. Defensor Oficial, en relación a que de los hechos de fecha 19; 29 de septiembre y 2 de diciembre, sólo se cuenta con los dichos de la denunciante; dicha circunstancia no permite por sí sola invalidar la pieza procesal cuestionada, ya que dicho testimonios constituyen una prueba en sí, cuya parcialidad por ser la denunciante y autonomía en cuanto a su valor probatorio deberá ser merituada por el juez de juicio, no obstante lo cual en esta etapa del proceso, no permite afirmar que el requerimiento fiscal no tenga fundamento en razón de la carencia de pruebas."

⁴ También es dable hacer mención a casos en los cuales no se debatía la nulidad de un requerimiento de elevación a juicio pero imperaba, de todas formas, el criterio por el cual el juez entendía que no podía meterse en las decisiones fiscales, pese a no considerarlas adecuadas. En tal sentido, se destaca la causa N° 45216/08, caratulada "BATISTA, Ramón Andrés s/ inf. art. 149 bis C.P.", tramitada ante el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad N° 17, en cuya resolución del 27 de marzo de 2009, el magistrado interviniente manifiesta con toda claridad no estar de acuerdo con los fundamentos por los cuales el fiscal decidió la no celebración de una audiencia de mediación, pero se consideró imposibilitado para declarar su nulidad en virtud de ser el órgano acusador el titular de la acción.

jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable. El acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional. La razonabilidad es, entonces, una regla sustancial, a la que también se ha denominado 'principio o la garantía del debido proceso sustantivo' ...”⁵.

A mi entender, el fallo "**Machi**" puede llegar a significar el inicio de una nueva perspectiva en estos dos sentidos. Por un lado, de la lectura de la resolución se desprende que la etapa intermedia del procedimiento penal en la Ciudad de Buenos Aires es algo más que una mera audiencia de admisibilidad de pruebas. Por otra parte, los integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones del mencionado fuero han decidido involucrarse con la afectación de los principios constitucionales en esta etapa, y han entendido que hacerlo no implica violar el principio acusatorio que rige en el ordenamiento procesal sino, por el contrario, respetar las funciones que cada órgano debe cumplir en esa clase de ordenamientos⁶. Para la mejor comprensión de la resolución judicial que nos ocupa, es necesario poner de resalto que, a diferencia de lo que ocurre en el régimen procesal penal vigente en nación, no está expresamente previsto en el procedimiento local la posibilidad de que la defensa se oponga al requerimiento de juicio formulado por las fiscalías e inste el sobreseimiento de su pupilo procesal. Por el motivo, la única herramienta con la que cuenta la defensa para intentar poner un alto a dicho requerimiento es plantear la existencia de algún vicio alojado en dicha pieza procesal que dé lugar a la declaración de su nulidad. Por otra parte, el procedimiento vigente en la Ciudad de Buenos Aires tampoco prevé el auto de procesamiento, por lo que no media paso procesal obligatorio alguno desde el momento de la declaración del imputado hasta el requerimiento de elevación a juicio.

Conforme el criterio acusatorio con el que pretende manejarse la normativa procesal consagrada en la ley 2.303, es el juez, en su carácter de órgano imparcial, quien debe

⁵ BIDART CAMPOS, Germán, "*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*", Ediar, Tomo I-A, 2000, Buenos Aires, pág. 805.

⁶ En una resolución donde se trataban cuestiones diferentes a las del fallo que nos ocupa, la Sala III de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad ha receptado la idea por el cual el principio acusatorio no impide que los jueces controlen la racionalidad de la pretensión fiscal al sostener que "(...) la intervención del Juez de Garantías, consiste precisamente en controlar la razonabilidad y mesura de los fundamentos brindados por la fiscalía, como titular de la acción penal en un sistema acusatorio, sin que resulte condición "sine qua non" su reproducción exacta y completa, sino que alcanza con verificar que los argumentos que le dan sustento se adecúan de las circunstancias y de la etapa procesal en que se encuentran." (Causa N° 24852-00-00/09, "AMBASCH IGLESIAS, Alexis Hernán y otros s/ inf. art. 3 de la ley 23592", Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, resolución de fecha 26/04/2011)

velar por la legalidad del procedimiento en cualquier etapa en la que éste se encuentre, y debe también controlar el mérito de la acusación, para evitarle así al imputado tener que someterse a una audiencia de juicio en casos en los que no exista suficiente evidencia colectada contra él, toda vez que dicho requerimiento de celebración de un juicio resultaría irrazonable. Por tal motivo, a los fines de lograr ese control jurisdiccional, los defensores suelen plantear la nulidad de la requisitoria fiscal de celebración de una audiencia de debate en base a la falta de motivación de esa pieza procesal⁷. El fallo "**Machi**" ha sido uno de esos tantos casos. Afortunadamente, los señores magistrados que componen la Sala II han dictado la resolución materia de análisis con ideas concordantes a las expresadas por el Dr. Alberto Binder, quien ya había dicho que *“Esta fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable.”*⁸.

Que los magistrados asuman una posición pasiva y se conviertan en meros convalidadores de lo actuado por la fiscalía hasta que se celebre una audiencia de debate no es la función que la ley 2.303 les ha asignado y el precedente que motiva estas líneas parece dejarlo bien en claro.

Asimismo, la resolución materia de análisis también se expide sobre el alcance que tiene la posibilidad de la defensa de solicitar la producción de medidas de prueba en la etapa de investigación al órgano encargado de llevar adelante la acción penal.

Sobre este último punto, resultan particularmente interesantes las condiciones que debe cumplir el pedido efectuado a la fiscalía, la necesidad de un agravio concreto para la defensa ante su rechazo a la hora de solicitar la nulidad del requerimiento de juicio y el alcance que puede tener la facultad de auxilio de la defensa por parte del órgano jurisdiccional, previsto en el artículo 211 Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, -en adelante C.P.P.C.A.B.A.-

⁷ Obviamente, la declaración de nulidad del requerimiento de juicio puede ser efectuada de oficio, sin necesidad de pedido de parte. Entre muchos otros ejemplos, puede citarse el legajo N° 39.284/09, caratulado “CARDENAS, Gino César s/ inf. ley 13.944”, del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires N° 21, resolución de fecha 21/03/2011, donde la magistrada interviniente resolvió de oficio sobre la nulidad de una requisitoria de juicio por no estar debidamente determinado el tiempo y lugar en que habría ocurrido el delito.

⁸ Binder, Alberto, “Introducción al derecho procesal penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires. 1999. pág. 245.

II. Del agravio de ser sometido a juicio.-

A la hora de examinar el cumplimiento de los requisitos de forma para admitir la procedencia del recurso de apelación presentado por la defensa de Machi, los magistrados no se adentraron demasiado en el detalle de los mismos, manifestando que la resolución atacada acarrea un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, pese a no haber sido expresamente declarada apelable por el C.P.P.C.A.B.A.

Tal vez, los señores jueces consideraron que ya se habían expedido al respecto en suficientes antecedentes y que, por ello, no era necesario hacer hincapié en la existencia de un gravamen irreparable. Cabe recordar que esta misma Sala ya había expresado que: *"la resolución que deniega una nulidad es susceptible de producir, en abstracto, un perjuicio de imposible reparación ulterior, y por ende deviene apelable."*⁹.

Sin embargo, entiendo que hubiera resultado interesante que los magistrados aclaren si los agravios aducidos por la defensa de Machi a la hora de recurrir la resolución del juez *a quo* les parecieron de tardía o insuficiente reparación posterior por la genérica fórmula de que las denegatorias de nulidades son, en principio, susceptibles de ser apeladas, o si –más concretamente- ese gravamen se debe a que en este caso se estaba solicitando la nulidad de un requerimiento de juicio, y existiría un agravio para Machi por el hecho de que la fiscalía estaba requiriendo que se celebre una audiencia de debate en su contra, con todas las consecuencias que ello trae aparejado.

En mi consideración, y más allá de compartir el criterio por el cual los rechazos de nulidades generan un gravamen en principio de insuficiente reparación ulterior, considero que cuando el vicio procesal se encuentra en el requerimiento de juicio formulado por la fiscalía interviniente, existe un agravio específico consistente en el hecho de que no es indistinto para un imputado saber que tramite una investigación en su contra que anoticiarse de que el órgano acusador pretende dirimir esas actuaciones a través de una audiencia de debate oral y público en la que un juez determinará sobre su culpabilidad o inocencia, con la consecuente posibilidad de que se le imponga una pena

⁹ Causa N° 33.464-01/CC/2009, "DUARTE SILVA, Cristian s/ inf. art. 149 bis C.P.", Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, resolución de fecha 16/12/2009, con cita al precedente "MIELE, Gastón Mariano s/ inf. art. 189 bis C.P.", resuelta en fecha 08/10/2008, entre muchas otras.

de privación de libertad¹⁰. Es decir, existe para el imputado una clara diferencia entre una investigación (proceso) y un juicio en su contra, y es precisamente el requerimiento de elevación a juicio el acto procesal a través del cual esa diferencia se materializa. Es por ello que -a mi entender- sus falencias procesales son susceptibles de generar un agravio irreparable. Bertelotti también se ha expresado en este sentido, al argumentar que: *“Si el caso tiene posibilidades de ser cerrado durante la etapa investigativa, con un temperamento desincriminatorio por falta de pruebas, ¿por qué esperar hasta el juicio si ya mucho antes se está en condiciones de poner ‘término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta un enjuiciamiento penal?’”*¹¹. Resulta importante subrayar que el agravio derivado de que un fiscal pida la realización de un juicio contra una persona no se encuentra conformado por un perjuicio eventual y futuro, sino que el mismo resulta actual, toda vez que es en ese mismo momento cuando el imputado padece del temor de que un magistrado le imponga una pena que restrinja su libertad. Es decir, existe para el imputado un agravio actual derivado de una posible consecuencia futura, pero ello no significa que el perjuicio no se produzca en ese mismo instante.

Cabe insistir en que otro aspecto del agravio irreparable que le genera a un imputado el hecho de que el requerimiento de juicio padezca de algún defecto formal radica en el stress o nerviosismo que le genera a toda persona el estado de incertidumbre que el fiscal ha solicitado la realización de una audiencia en la cual se determinará sobre la aplicación o no de una pena que restrinja su libertad¹².

Por otra parte, durante la etapa de investigación, un imputado cuenta con numerosas opciones procesales por las que las actuaciones seguidas en su contra pueden

¹⁰ La recepción del agravio materializado por la llamada “pena de banquillo” puede advertirse también en el voto del Dr. Bacigalupo en el fallo materia de análisis, en cuanto sostiene que “El carácter negativo de la valoración estriba en depurar la *notitia criminis* y en el evitar que determinadas personas, cuya inocencia esté evidenciada en esta fase, puedan ‘sentarse en el banquillo’ cuando el Tribunal ineludiblemente habrá de pronunciar una sentencia absolutoria (...)”

¹¹ BERTELOTTI, Mariano “El control jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación”, en: “La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo. S. Hendler”, Del Puerto, pág. 111, con cita al fallo “Mattei”, C.S.J.N., Fallos 272:188

¹² La misma visión ha sido adoptada por la magistrada del fuero Natalia Molina, quien reconoció el agravio que puede generar para el imputado un requerimiento de juicio aduciendo que “En cuanto al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta que la sanción procesal pretendida no se trata de una nulidad por la nulidad misma, claramente importa el requerimiento de elevación a juicio un estado de sujeción por parte del imputado al sistema penal con todas las implicancias que ello conlleva, por lo que lo centro en el estado de incertidumbre procesal que dura o se mantiene hasta tanto exista una decisión de fondo. En mi modo de apreciar esta situación, existe un perjuicio desde esa óptica.” (Causa N° 45.638/10, “GEREZ, Gabriel Fausto s/ inf. art. 149 bis C.P.”, Juzgado N° 8 en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, fecha de resolución 03/12/2010).

finiquitarse: El archivo, la mediación, el cumplimiento de una suspensión del juicio a prueba y, excepcionalmente, el sobreseimiento¹³, son posibilidades a través de las cuales puede ponerse fin a la pesquisa seguida en su contra. Sin embargo, el requerimiento de elevación a juicio implica que el fiscal no tiene la intención de optar por métodos alternativos de resolución de las actuaciones y es en una audiencia de juicio donde pretende que se dirima la investigación que ha venido llevando adelante. Por tal motivo, entiendo que resulta claro que cuando un requerimiento de juicio aloja un vicio formal, el agravio de imposible reparación ulterior se materializa de manera clara. A partir de ese requerimiento, las posibilidades con las que el imputado contaba para dar fin a las actuaciones seguidas en su contra se reducen de manera considerable y, existe un agravio en lo que a eso respecta. Máxime cuando el único camino que queda para culminar las actuaciones es mucho más traumático que aquellos que el fiscal ha decidido no utilizar.

Es claro que la fiscalía ya no procederá al archivo de las actuaciones después de impulsar una audiencia de debate ni realizará medidas tendientes resolver el conflicto por métodos alternativos¹⁴, por lo que el agravio de ser sometido a un juicio resulta evidente también en lo que respecta al recorte de “herramientas” o “salidas” jurídicas que una requisitoria de debate oral le acarrea a todo imputado.

Por último, cabe recordar las palabras del procesalista Lino Palacio, quien sostiene que para verificar si una resolución interlocutoria causa gravamen irreparable, debe tenerse en cuenta que este concepto *“no se presta a una definición genérica y debe por lo tanto verificarse su concurrencia en cada caso concreto (y que) puede decirse que... se presenta fundamentalmente cuando no existe otra oportunidad procesalmente útil para reparar el perjuicio que arroja la resolución”*¹⁵. Siguiendo con dicha línea doctrinaria, entiendo que cuando un Fiscal solicita la celebración de un juicio contra una persona, cualquier violación a las garantías constitucionales debe ser considerado un agravio irreparable, ello así por cuanto de celebrarse un juicio que se basa en una requisitoria fiscal que ha incumplido la normativa vigente, la misma audiencia de juicio se

¹³ La excepcionalidad del dictado de un sobreseimiento se debe a que el C.P.P.C.A.B.A. no prevé esa medida más que para los casos en los que se hace lugar a una excepción o se dan por cumplidas las pautas de una suspensión del juicio a prueba. No está expresamente establecido un sobreseimiento ante la carencia de elementos probatorios.

¹⁴ Ello así por lo previsto en el art. 206 del Código de Procedimiento Penal de la Ciudad, que establece que el requerimiento de juicio procederá "Cuando el/la Fiscal considere que se encuentra agotada la investigación preparatoria y que no va a proponer otra forma de resolución del conflicto o ésta hubiera fracasado"

¹⁵ PALACIO, Lino. “Los Recursos en el Proceso Penal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 58.

encontraría viciada de nulidad¹⁶. Por tal motivo, el agravio irreparable se torna evidente cuando es el propio fundamento por el cual se desarrolla un juicio (el requerimiento de la celebración del mismo) lo que se encuentra viciado de nulidad.

Así las cosas, como primera conclusión, entiendo que hubiera sido deseable que los integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires profundicen su análisis de por qué existiría un agravio irreparable para Machi en lo que respecta a la validación del requerimiento de juicio por parte del juez *a quo*. Sin embargo, los magistrados sí fueron muy específicos en las cuestiones de fondo que el caso planteaba, las cuales se examinarán a continuación.

III. Las cuestiones de fondo.-

Ante el rechazo por parte del juez *a quo* del pedido de declaración de nulidad del requerimiento de juicio elaborado por la fiscalía, la defensa recurrió dicha resolución amparándose, a grandes rasgos, en dos agravios: 1) La falta de fundamentos probatorios por parte del representante del Ministerio Público Fiscal para requerir la realización de una audiencia de debate en lo que respecta a uno de los hechos; y 2) La no evacuación de citas por parte de la fiscalía interviniente, toda vez que el imputado había solicitado se cite a prestar declaración testimonial a una persona para que manifieste su versión sobre el hecho restante, procediendo el órgano acusador a requerir una audiencia de juicio sin haber cumplido con dicha medida probatoria.

A) Sobre la falta de fundamentación del requerimiento de juicio.-

La Fiscalía interviniente le imputaba al señor Félix Machi la comisión de dos hechos de amenazas en calidad de autor.

En el primero de ellos, supuestamente ocurrido el día 17 de mayo de 2010, le habría proferido al señor Alfredo Carreño la frase "*Cagador hijo de puta, te voy a matar*". Respecto de este hecho, a la hora de requerir a juicio las actuaciones, la Fiscalía ofreció como elemento convictivo solamente a la declaración testimonial del denunciante. Ante

¹⁶ Conforme lo previsto en el art. 75 del Código de Procedimientos de la Ciudad de Buenos Aires, el que establece que: "La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, tornará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan."

esa circunstancia, la defensa atacó dicho requerimiento aduciendo la falta de fundamentación del mismo.

El tribunal receptó favorablemente el planteo de la defensa. Desde el primero de los votos, suscripto por la Dra. Marcela De Langhe, se avizora que la Sala no comparte el criterio que ha intentado imponer el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad en cuanto considera que las cuestiones de hecho y prueba deben ser ventiladas en la audiencia de debate y no antes¹⁷.

La magistrada mencionada es contundente al afirmar que “(...) *con precedencia a la celebración de un juicio oral y público, resulta necesario que el órgano jurisdiccional controle el mérito de la imputación de la acusación -pública o privada-, en beneficio del derecho de defensa en juicio y de los principios de celeridad y economía procesal.*” Esa afirmación da por tierra con numerosos precedentes que se enrolaban en las filas de los que consideraban que los fiscales son amos y señores de la acción pública, siendo ellos quienes decidían cuáles actuaciones requerir a juicio y cuáles no, sin considerar la entidad de la prueba recabada y sin que ningún otro órgano pudiera entrometerse en esa decisión. Tal y como anticipé en la introducción, la resolución que motiva el presente trabajo viene a cambiar esa idea cuya instalación se venía intentando por parte del Ministerio Público Fiscal, haciendo especial hincapié en que los requisitos de la motivación de las decisiones y de razonabilidad de los actos públicos se aplican también a los actos procesales llevados adelante por los fiscales, pese a ser éstos los titulares de la acción. Ello así por el simple hecho de ser funcionarios públicos, encontrándose, por esa condición, obligados a que sus actos sean razonables y se encuentren debidamente fundamentados.

En resumen, en el sistema acusatorio, si bien se deposita en los agentes fiscales la titularidad de la acción penal, ello no implica que la manera en que sea llevada esa tarea no esté sometida a un estricto control jurisdiccional, siendo las garantías y principios constitucionales el marco regulatorio del que los fiscales no pueden alejarse. Por ello, el control judicial de la entidad probatoria en la que se basa un requerimiento de juicio es absolutamente acorde con el régimen acusatorio y también con el rol garantizador que deben cumplir los magistrados en ese contexto. A ello, a su vez, se suma el principio de

¹⁷ En tal sentido, las Fiscalías ante la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires suelen expresar esa idea en una importante cantidad de sus dictámenes a la hora de fundar su oposición a los recursos de apelación planteados por las defensas. vgr. Causa N° 51951/10, “RIAL, Oscar s/ inf. art. 149 bis C.P.”, de los registros de la Sala II, en el dictamen fiscal de fecha 17/05/2011.

objetividad que debe regir la investigación desplegada por la fiscalía, consagrado en el art. 5 C.P.P.C.A.B.A., el cual le impide al órgano acusador tener como único objetivo la remisión a juicio de las actuaciones, debiendo atender todas las cuestiones que incidan a favor del imputado y no avanzar en la celebración de un juicio para el que no cuenta con fundamentos probatorios.

La cita efectuada por el Doctor Bacigalupo en su voto no hace más dar mayor peso a este argumento. Resulta clarificador hacer mención a ella: *“Tal como lo entenderíamos in re: ‘Frías, Roberto Omar s/ inf. art. 189 bis del C.P.’, con cita en la obra ‘El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires’, ‘... (el) Juez de garantías... no es un mero convalidador de la actividad fiscal, sino que mantiene su poder jurisdiccional inalterado, sobre todo en las decisiones de mérito... la etapa intermedia se presente como el filtro necesario y oportuno para evitar el avance a estadios superiores de aquellos casos que el recto entendimiento humano aconseja descartar. Por lo tanto, como bien señala Maier, la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones con defectos formales (control formal) o insuficientemente fundadas (control material)’.”.*

En mi opinión, resulta muy sano que los magistrados asuman el hecho de que, el no ser titulares de la acción, no los priva de su función de garantes de la correcta aplicación de los principios constitucionales y, en el mismo sentido, que no deben permitir que el órgano encargado de llevar adelante la acusación solicite que una persona padezca una audiencia de juicio en su contra sin fundamentos que así lo ameriten. Tal parece ser el mensaje que el tribunal le está haciendo llegar mediante esta resolución a los jueces de primera instancia.

Como expresé más arriba, las posibilidades con las que cuenta la defensa de un imputado para poner freno el impulso de una acción que no se encuentra debidamente motivada son por demás limitadas, toda vez que no está prevista en el ordenamiento procesal de la Ciudad la posibilidad de la defensa de oponerse al requerimiento de juicio formulado por el fiscal, siendo la solicitud de declaración de nulidad del requerimiento de juicio la única vía prevista para lograrlo. Claro está que no resulta imprescindible que la defensa interponga la solicitud de invalidez para que ésta sea declarada, toda vez que el art. 73 del código ritual de la Ciudad de Buenos Aires establece que las nulidades pueden declararse no sólo a pedido de parte sino también de oficio cuando se afecta algún principio constitucional. En tal sentido, tiene dicho Bertelotti que *“Va de suyo*

*que, aun sin planteo defensista alguno, la jurisdicción deberá impedir la elevación del caso a juicio si existen de por medio cuestiones de orden público.”*¹⁸.

El pedido de declaración de nulidad de la requisitoria de juicio resulta la vía procesal más adecuada para hacer valer las garantías constitucionales del imputado para casos como el que motiva estas líneas, donde lo que se está discutiendo no es la tipicidad de la conducta investigada sino la entidad probatoria de la hipótesis fiscal; quedando así la excepción por manifiesta atipicidad de la conducta, prevista en el art. 195 C.P.C.A.B.A., para debatir la entidad típica del investigado.

Ahora bien, el fallo materia de análisis no es el primero en declarar la nulidad de un requerimiento de juicio por falta de fundamentación. Previo a su dictado, ya existían algunos precedentes en los que la Cámara de Apelaciones expresaba que una requisitoria de juicio no podía estar sustentada únicamente en una denuncia¹⁹. Sin embargo, el fallo “*Machi*” suma un elemento verdaderamente innovador en estos casos, el cual podría significar el primer paso hacia un cambio de paradigma de la función que cumple la etapa intermedia en el procedimiento penal de la Ciudad de Buenos Aires. La Sala II de la Cámara de Apelaciones no sólo anuló el requerimiento de juicio en lo que respecta al hecho cuya hipótesis fiscal sólo se basaba en una denuncia sino que, además, procedió dictar un sobreseimiento respecto de esa imputación.

La decisión de sobreseer a Machi resulta un temperamento llamativo por parte de los magistrados, toda vez que, tal como expresé más arriba, dicho modo de dar por terminada la investigación respecto de un hecho se encuentra expresamente previsto en el C.P.P.C.A.B.A. solamente para los casos en que se hace lugar a una excepción (art. 197) o para el cumplimiento de las pautas de una suspensión del juicio a prueba (art. 205). Sin embargo, pese a que el sobreseimiento no se encuentra regulado para las ocasiones en que se hace lugar a una nulidad, los magistrados la encontraron como la decisión más razonable cuando la declaración de invalidez del requerimiento de juicio

¹⁸ BERTELOTTI, *op. cit.* pág. 106.

¹⁹ Cabe destacar un fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires, donde se ha dicho que “De todo lo hasta aquí expresado surge que la requisitoria fiscal obrante a fs. 1/3 no se encuentra debidamente motivada atento que carece de fundamentación probatoria que justifique la remisión de las actuaciones a juicio conforme lo establecido en el art. 206 CPPCABA, lo que claramente torna dicho acto como arbitrario y no compatible con el principio de razonabilidad de los actos públicos. Ello en razón de que, por un lado, no sería lógico ni acorde a una buena administración de justicia que los encargados de ejercer la acción penal queden fuera del requisito constitucional de motivación o fundamentación y, por otro, pues se ha incumplido con una expresa disposición legal que así lo exige.” (Causa N° 40.045-00/2010, caratulada “LOZADA, René Ariel s/ inf. art. 149 bis C.P.”, Sala I, resolución de fecha 30/12/2010)

se produce en circunstancias en las cuales la fiscalía ya no cuenta con medidas de prueba pendientes de efectuar, toda vez que devolver la tramitación a la etapa de investigación sería un innecesario dispendio de tiempo y recursos. Es decir, en el fallo materia de análisis se distinguen dos situaciones frente a la sanción de nulidad de un requerimiento de juicio por falta de razonabilidad de dicho acto: Por un lado, la hipótesis en la que el fiscal ya no cuenta con posibilidades de producir nuevas pruebas para fundar debidamente la elevación a juicio de las actuaciones. Por el otro, la circunstancia de que el acusador cuente todavía con la eventual posibilidad generar nuevos elementos convictivos. En el primero de los casos, los magistrados opinan que se debe proceder al sobreseimiento. En el segundo escenario, consideran que deben reenviarse los actuados a la etapa de investigación para que el fiscal produzca la prueba pendiente. Del voto del Doctor Bacigalupo se desprende que la posición adoptada por los magistrados es que, frente a estas dos posibles situaciones, la solución debe ser diferente para cada una de ellas. En tal sentido, ese magistrado expresó que: *“(…) estimo también que en el universo de casos la declaración de nulidad de un requerimiento de elevación a juicio no necesariamente debe aparejar el sobreseimiento del imputado, toda vez que nada obsta a que el Fiscal pueda, a partir de la invalidación del acto, reencausar el trámite del legajo subsanando el vicio verificado (vgr. dotando de sustento material su nuevo dictamen)”*.

Cabe aquí realizar algunas consideraciones personales. Reconozco en la resolución judicial materia de análisis un avance en lo que respecta a la protección de un imputado en contra de todo un aparato estatal que lo investiga, toda vez que los magistrados han dictado un sobreseimiento, terminando con el estado de duda respecto del imputado, aún cuando la ley no prevé expresamente esa facultad. Sin perjuicio de esa valoración, entiendo que la posición adoptada por el Dr. Bacigalupo no resulta del todo acertada.

Si bien coincido con la decisión de sobreseer en el caso que nos ocupa, cabe preguntarse si realmente nada impediría -en otro caso- devolver las actuaciones a la etapa de investigación cuando se dicta la nulidad de la requisitoria de juicio por falta de fundamentación aún cuando el fiscal contara con la posibilidad material de generar nuevos elementos convictivos. ¿Debería el órgano acusador tener la facultad de subsanar los vicios que motivaron la declaración de nulidad de su requerimiento de

juicio? Considero que existen cuatro argumentos en virtud de los cuales inclinarme por la negativa ante esta cuestión:

- No debemos olvidar que, conforme lo normado en el art. 206 C.P.P., la fiscalía realiza dicho requerimiento "*Cuando el/la Fiscal considere que se encuentra agotada la investigación preparatoria...*", por lo que resulta dable afirmar que el propio titular de la acción ya ha considerado que no restaba ninguna diligencia alguna por cumplimentar. Es decir que otorgar al acusador una nueva oportunidad para enriquecer los elementos probatorios con los que fundó su requisitoria de juicio es, en realidad, obligarlo a hacer algo que ya ha considerado innecesario o sobreabundante. Por tal motivo, podríamos sostener que la declaración de nulidad por falta de fundamentación del requerimiento de juicio sí implica necesariamente la disposición de un sobreseimiento, toda vez que la fiscalía ya ha considerado que no resta ninguna medida de investigación. Así las cosas, si el fiscal -en su carácter de único titular de la acción- ha decidido dar por finalizada la etapa de recolección probatoria por considerarla suficiente y ha requerido la celebración de una audiencia de debate en esas circunstancias, resulta evidente que su decisión es la de no seguir investigando y que la única manera en la que se encuentra dispuesto a proseguir con la acción penal es mediante la celebración de una audiencia de juicio. Por tal motivo, la sanción de nulidad de dicha decisión no dejaría más camino que la culminación de la causa; ello así por cuanto nos encontraríamos ante un órgano de acusación que ya no está dispuesto a investigar frente a un órgano jurisdiccional que no le permite avanzar a la etapa siguiente por cuestiones constitucionales. La conclusión lógica frente a esta situación parece ser la culminación de las actuaciones.

Entiendo que, si bien se trata de etapas procesales diferentes, debería aplicarse la misma lógica por la cual se absuelve a un imputado cuando, en el momento de los alegatos, el fiscal solicita una condena y el juez de la causa considera que no hay pruebas suficientes para ello. Tanto en ese caso, como a la hora de evaluar la racionalidad de un requerimiento de elevación a juicio, los jueces efectúan un análisis de la entidad probatoria de la hipótesis acusatoria²⁰. Sin embargo, al momento de dictar una sentencia absolutoria, nadie pensaría en repetir la audiencia de juicio para que el órgano acusador tenga una nueva chance de convencer al decisor de la culpabilidad del imputado. Entonces: ¿Por qué aplicar un criterio diferente cuando lo que se solicita es la elevación

²⁰ Si bien el grado de certeza necesario para validar un requerimiento de juicio es inferior al requerido para dictar una sentencia condenatoria, no puede negarse que ambas situaciones requieren por parte del magistrado interviniente un análisis de la entidad de la hipótesis desplegada por la fiscalía.

a juicio? Si el fiscal no está satisfecho con la decisión del juez, podrá recurrir dicha resolución, pero nunca volver a una etapa de investigación que él mismo resolvió concluir.

- Resulta dable recordar que durante los tres meses con los que cuenta la fiscalía para realizar la investigación desde la audiencia de intimación del hecho²¹, ha sido este órgano quien dispuso casi a su libre arbitrio las medidas de investigación, citación de testigos, formulación de pericias, comparendos por medio de la fuerza pública y demás medidas que haya considerado necesarias. Esto brinda un claro panorama de que el fiscal ha contado con suficiente lapso temporal y herramientas necesarias como para conseguir elementos probatorios que alcancen para fundar válidamente el pedido de realización de una audiencia de debate contra una persona. Será recién a partir de su requerimiento de juicio que un órgano jurisdiccional controlará su accionar en lo que a medidas investigativas respecta. Por tal motivo, el fiscal no tiene excusa alguna para requerir una audiencia de debate de manera infundada. Ha contado con recursos, nadie le ha puesto "palos en la rueda" para que investigue libremente y tuvo el tiempo necesario para hacerlo. Si pese a todas esas circunstancias, el órgano acusador no ha efectuado una requisitoria de juicio de manera fundada, es evidente que no es el imputado quien debe pagar el precio teniendo que sufrir la extensión de una investigación penal en su contra sino que es la propia fiscalía quien deberá responder por sus falencias. En palabras de Mariano Bertelotti *"El fiscal cuenta con tiempo y con todos los recursos estatales a su disposición para recoger toda la prueba que estime sustenta su acusación. Una vez que el fiscal presentó su caso con la pretensión de llevarlo a juicio, si lo hizo mal, debe cargar con el costo de perderlo. Darle una segunda oportunidad no se condeciría con el papel de filtro a jugar por la etapa intermedia, que debe comenzar a equilibrar, de alguna manera, el importante poder que el fiscal tuvo en la investigación"*²². Por tal motivo, tampoco desde esta perspectiva entiendo que haya sido acertada la afirmación de que no todas las declaraciones de nulidades de un requerimiento de juicio por falta de motivación signifiquen necesariamente el consecuente dictado de un sobreseimiento.

²¹ El artículo 104 C.P.P.C.A.B.A. establece ese plazo para que el fiscal efectúe el requerimiento de elevación a juicio a contarse desde el momento en que se le ha tomado la audiencia de intimación del hecho al imputado. El mismo artículo faculta al fiscal para solicitar una prórroga a la Fiscalía de Cámara extender la investigación por otros dos meses. Incluso, en situaciones excepcionales por su gravedad y complejidad, el juzgado interviniente puede otorgarle al órgano acusador hasta un año de plazo. Por su parte, el art. 105 C.P.P.C.A.B.A. otorga otros cinco días para presentar el requerimiento de juicio desde el vencimiento del plazo.

²² BERTELOTTI, *op cit*, pág. 117.

- Otro de los fundamentos por los cuales considero que toda declaración de nulidad de un requerimiento de juicio por falta de razonabilidad debería implicar necesariamente el dictado de una medida desinriminatoria es que dicha sanción de invalidez se efectúa con el único propósito de no convalidar un acto que contraría principios y garantías constitucionales del imputado. Por ende, esa resolución no podría causar un perjuicio contra la persona sino solamente al órgano que ocasionó esa violación a la Constitución, es decir, a la fiscalía. En este contexto, resulta evidente que de reanudarse con una investigación en la cual al fiscal ya se le han hecho notar las carencias probatorias de las que padece, se estaría perjudicando ostensiblemente al imputado. Ello así por cuanto el órgano acusador habría sido avisado por el magistrado acerca de las falencias probatorias que existen en la acusación; lo que se traduciría necesariamente en un perjuicio para el imputado al verse afectado por la posibilidad de recolección de un material convictivo en su contra mucho más sólido que el que originalmente formulara el órgano encargado de impulsar la acción penal. En síntesis, de circunscribirse el efecto de la declaración de nulidad a la mera circunstancia de retrotraer la situación procesal al estado previo al acto anulado, no se estaría viendo afectado quien causó el vicio sino quien lo padeció. Tal situación generaría un efecto contrario al que el instituto de la nulidad pretende lograr, es decir, sancionar procesalmente al responsable de incurrir en una violación normativa que generó un agravio a otra de las partes.

- Por último -aunque no menos importante- entiendo que si después de nulificar un requerimiento de juicio, se le otorgara al fiscal la posibilidad de subsanar los errores en los que incurrió durante su pesquisa, se estaría produciendo un retroceso al régimen inquisitivo que el legislador ha pretendido dejar de lado a través de la sanción de la ley 2.303²³. Es evidente que dictaminar la falta de consistencia probatoria de una petición de juicio por parte de la fiscalía para luego darle la chance de motivar de otra manera un nuevo requerimiento, le significaría a la acusación el adoctrinamiento por parte de los magistrados acerca de qué aspectos de la investigación debe profundizar. Es decir que el verdadero encargado de dirigir la investigación no sería el fiscal sino el juez, quien mediante el señalamiento de las falencias de la pesquisa original le brinda al titular de la acción una suerte de indicación de los aspectos que debería mejorar de su requerimiento de juicio para que éste sea considerado válido. En el mismo orden de ideas, la doctrina

²³ Ello se desprende de la misma expresión de motivos del proyecto de ley del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, pieza en la que se afirma: “Que, así, se buscó receptar los aspectos propios del sistema acusatorio o adversarial (artículos 4 y 10) desde una perspectiva que permita compatibilizar el respeto por las garantías del imputado (artículos 28 y 96)” Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, sesión del 29 de marzo de 2007, vt7-pág. 34.

ha dicho que *“El principio acusatorio (...) es también un modo de ejercer el poder penal que intenta reflejar, en ámbito que le corresponde, el origen iluminista de la división de poderes, principio este último según el cual la actividad requirente y la que se caracteriza por su poder decisorio, no pueden quedar en manos no ya de la misma persona, sino, tampoco, de los mismos órganos o "poderes". (...) Es decir, se comparte que en ninguna etapa procesal un representante del poder judicial puede asumir funciones requirentes más allá de que se crea que, de todos modos, el derecho de defensa y la imparcialidad como máximas procesales pueden no resultar lesionadas”*²⁴.

Podría sostenerse, a mi entender, de manera errónea, que, a la hora de dictarse la nulidad de una requisitoria de juicio, el juez no necesariamente le estaría indicando al fiscal los retoques que debería efectuar en la investigación para que su petición de celebración de un debate oral sea considerada válida. Tal postura implicaría olvidar que el auto por el cual se resuelve una nulidad debe estar motivado²⁵; esto significa que a la hora de considerar insuficiente la entidad probatoria de la pesquisa desplegada por la fiscalía, el magistrado debe expresar las razones por las que la considera inconsistente y, por ende, estaría efectuando una indicación indirecta de los aspectos específicos que la acusación debería profundizar o reforzar para alcanzar la validez del requerimiento de juicio, entrometiéndose así en una función propia del titular de la acción al efectuarse una suerte de paralelismo con lo normado en el art. 196 C.P.P.N., donde el juez puede delegar en la fiscalía los actos de investigación.

Considero que esta última idea resulta de gran trascendencia, por cuanto señala la contradicción que existe entre el reenvío de las actuaciones a la etapa de investigación y el sistema acusatorio en el que pretende encuadrarse el ordenamiento procesal penal de la Ciudad de Buenos Aires.

Más allá de mi opinión sobre la necesidad de dictar un sobreseimiento en todos los casos en que se nulifique un requerimiento de juicio por falta de fundamentación, de la lectura de los votos de los magistrados intervinientes, se desprende con toda claridad que los fiscales no pueden requerir a juicio una investigación si no cuentan para ello con ciertos elementos convictivos que den entidad probatoria a su solicitud. Ahora bien, ¿Cuál es el piso mínimo de pruebas con el que necesitan contar los acusadores para

²⁴ GORANSKY, Mirna y RUSCONI, Maximiliano, "Nuevamente sobre el art. 348 del CPPN", en revista "Nueva Doctrina Penal", 1999-A, Editores del Puerto, pág. 246.

²⁵ Así lo exige el art. 42 C.P.P.C.A.B.A., derivación del principio de publicidad de los actos de gobierno.

realizar un requerimiento de juicio acorde al principio de razonabilidad de los actos públicos? Obviamente, no hay una respuesta genérica para esta pregunta. Ello es así por dos motivos: 1) Es dable recordar que rige en la Ciudad de Buenos Aires el sistema de libres convicciones y no de prueba tasada. Por tal razón, cada juez deberá analizar en el caso concreto si considera que la petición de celebrar un juicio formulada por el fiscal se encuentra fundada o no. Según se desprende de la resolución estudiada, es claro que ello no se produce con la mera versión del denunciante, y ya habían sostenido en otros antecedentes que tampoco alcanzaba con los informes telefónicos elaborados por personal de las fiscalías a los supuestos testigos del hecho²⁶, por lo que los fiscales deberán coleccionar -cuanto menos- más que esos indicios a la hora de efectuar un requerimiento de debate y será finalmente el juez quien determine si eso resulta suficiente o no. 2) El sistema de amplitud probatoria consagrado en el art. 106 C.P.P.C.A.B.A., por el cual se permite el uso de cualquier medio de prueba que no contraría los principios constitucionales, impide elaborar una regla general acerca de qué prueba alcanza para estar en condiciones de requerir la elevación a juicio de las actuaciones. Tal vez no se cuente en las actuaciones con ningún testigo pero sí con otros medios de convicción. Nada parece impedir que en esas situaciones la requisitoria de un juicio sea válida. Pero resulta fundamental entender que la amplitud probatoria hace solamente a la multiplicidad de formas con que un hecho puede ser probado y no a la laxitud de la entidad convictiva necesaria para esa etapa de las actuaciones. Por tal motivo, una cosa es la variedad de maneras con que se puede dar por demostrado un hecho y otra muy diferente es la mayor o menor capacidad de convencimiento del órgano juzgador que esas formas detentan. Si -pese a la multiplicidad de formas probatorias- al juez no le alcanza para considerar que se han recabado elementos suficientes para validar un juicio, la celebración de esa audiencia no será posible. Por otra parte, la amplitud de elementos de prueba que pueden utilizarse para fundar una hipótesis acusatoria es una muestra más de las muchas posibilidades y recursos con los que ha contado la fiscalía durante la etapa de investigación, por lo que no se encuentra justificación para una reedición de la investigación una vez que el requerimiento de juicio ha sido declarado nulo.

²⁶ Tiene dicho la misma Sala de la Cámara de Apelaciones que *“Por tal razón, los informes elaborados por la fiscalía son simples constancias de investigación, que atento a su naturaleza jurídica –ausencia de valor probatorio- no pueden ser utilizadas para fundamentar por sí solas el archivo de las actuaciones o la remisión de las mismas a juicio oral y público. Para que estas decisiones resulten procedentes deben mediar las declaraciones testimoniales recibidas de acuerdo a lo establecido por la ley de forma”* (ver causa N° 23044-01-CC-2008, caratulada *“MANCINI, Antonio Manuel s/ inf. art. 150 C.P.”*, Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, resuelta el 27/03/2009. En el mismo sentido, *“CABRERA, Viviana”*, de la misma Sala, resuelta en fecha 13/07/2009).

En conclusión, el fallo “**Machi**” representa un avance muy importante en lo relativo al celo que deben tener los fiscales a la hora de efectuar requerimientos de juicios sin contar con elementos convictivos suficientes, por cuanto no sólo corren el riesgo de que esos requerimientos sean anulados sino que también pueden acarrear el sobreseimiento de la persona imputada.

B) Sobre la falta de evacuación de citas.-

Ahora bien, como ya expresé, la fiscalía interviniente había requerido la celebración de un juicio contra Félix Machi por dos hechos de amenazas. Las líneas de arriba estuvieron dedicadas al estudio de lo que el tribunal consideró respecto del primero de los hechos. Analicemos entonces lo sucedido con la imputación restante, consistente en haberle proferido a Alfredo Carreño la frase *"Vos vas a terminar mal, te están salvando esos p... del Juzgado"*, hecho presumiblemente ocurrido el día 26 de agosto del año 2010.

A diferencia de la escasa entidad probatoria con la que se contaba respecto del hecho anterior, en esta ocasión la acusación se sustentaba no solamente en los dichos del denunciante sino también en los presuntos testigos de la frase de tenor amenazante. Respecto de esta imputación, durante el descargo de Machi, efectuado en la etapa de investigación, se había solicitado que la fiscalía cite a declarar a determinadas personas, extremo que el órgano acusador rechazó y cuya decisión fue posteriormente corroborada por el juez de primera instancia al plantearse la nulidad de esa resolución por parte de la defensa.

A la hora de resolver esta cuestión, la Cámara de Apelaciones convalidó la decisión del magistrado de primera instancia. Los integrantes de la Sala II no hicieron lugar a lo solicitado por la defensa en base a distintos fundamentos.

Por su lado, la Doctora De Langhe, vota por confirmar la resolución impugnada pese a que de la lectura inicial de sus considerandos daba la impresión de optar por la revocación de la decisión del *a quo*. Así es como ha dicho *"Más allá de la decisión adoptada por el acusador estatal, es lo cierto que la no evacuación de citas pertinentes y útiles introducidas por el imputado vulnera el deber legal prescripto por el art. 168 del CPPCABA y el principio de objetividad que debe caracterizar su desempeño procesal (art. 5 del CPPCABA) (...) En efecto, manifestar que la prueba ofrecida por la*

defensa y rechazada por la fiscalía puede ser producida indefectiblemente en la etapa de debate, "deroga", si se me concede la expresión, la operatividad de la cláusula referida al auxilio judicial de la defensa -contenida en el art. 211 del CPPCABA- y valida una clara situación de desequilibrio entre la acusación pública y la defensa. Entonces, el criterio jurisdiccional no puede reducirse a la evaluación de la eventual posibilidad de que la prueba denegada por el fiscal puede ser realizada en el debate o no. (...) Sin perjuicio de lo sostenido hasta el momento, cabe señalar que no corresponde decretar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio con relación a este suceso, dado que el mismo no evidencia déficit de motivación postulado por la defensa, quien tampoco, cabe destacar, utilizó la herramienta normativa prevista en el art. 211 del CPPCABA".

Entiendo que corresponde hacer varias consideraciones acerca de los fundamentos parcialmente citados en el párrafo precedente.

Por un lado, no debemos olvidar que conforme lo normado en el art. 5 del Código Procesal Penal de la Ciudad, el fiscal tiene el deber de ser objetivo en su investigación. Es decir, el Ministerio Público Fiscal no tiene la misión de aunar pruebas que incriminen a una persona sino de recabar todos los elementos que sirvan tanto para la hipótesis acusatoria como para la desincriminación del imputado, tal como lo establece el art. 168 C.P.P.C.A.B.A. Por tal motivo, entiendo que el fiscal tiene la obligación, cuando el imputado manifiesta la necesidad de producir una prueba, de cumplir con tal solicitud, siempre que dicha petición pueda aportar algo relevante a la investigación. Ello así, no sólo en base a lo precripto en los artículos citados sino también a la garantía de peticionar a las autoridades (art. 14 C.N.), toda vez que es la fiscalía la "autoridad" en lo que respecta a la producción de pruebas en la etapa de investigación. La reglamentación de dicha garantía constitucional se encuentra prevista en el art. 97 del código ritual de la Ciudad, el cual permite que la defensa proponga diligencias a la fiscalía, la cual debe practicarlas cuando sean pertinentes y útiles.

Así las cosas, existe -por un lado- una titularidad de la acción en manos de la fiscalía, un principio de objetividad que debe regir su investigación y también un derecho de la defensa a proponer pruebas y diligencias a ese titular de la acción. A mi entender, la única manera armónica de congeniar estos elementos es considerando que la fiscalía sólo puede rechazar la producción de las medidas de pruebas propuestas por la defensa cuando éstas sean manifiestamente innecesarias o intrascendentes a los fines de la

investigación. Cuando esa intrascendencia no sea evidente, es dable pensar que el órgano acusador tiene la obligación de recabar la prueba propuesta por su contraparte, ello así no sólo en base al principio de objetividad ya mencionado sino también al art. 125 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, donde se impone al Ministerio Público Fiscal la obligación de "*Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad...*", lo que incluye -por supuesto- la protección del derecho de defensa de todo imputado y su consecuente derivación de poder solicitar las medidas de prueba que considere pertinentes.

Resulta particularmente interesante notar también que del voto de la Dra. De Langhe parece desprenderse la idea que esboqué más arriba acerca de que existe una seria diferencia para el imputado entre tener una investigación en su contra y saber que se va a realizar contra él una audiencia de juicio. Ello así por cuanto pone de resalto que el mero argumento de que la prueba solicitada por la defensa podría ser producida en la etapa de juicio no resulta atendible para denegar una nulidad. Para expresar tal conclusión, hay que partir necesariamente de la base lógica de que un requerimiento de elevación a juicio sí genera una diferencia perjudicial al imputado. No podría sostenerse -como lo hace la magistrada de mención- la imposibilidad de denegar un pedido de nulidad (o diferir su tratamiento hasta el momento de la audiencia de debate) en base a que la prueba ofrecida sea fácilmente producible en el juicio sin considerar que existe una diferencia para el imputado entre la investigación y el debate, ello así por cuanto no existiría agravio para los que se enrolan en la errónea postura contraria.

Sin embargo, pese a que las consideraciones parciales de la magistrada cuyo voto analizamos parecían indicar que se inclinaría por declarar la nulidad de resolución del *a quo* en lo que fuera materia de ese agravio, finalmente optó por confirmar la misma dado que la defensa no había hecho uso de la facultad que le asigna el art. 211 C.P.P.C.A.B.A.. Dicha norma brinda a la defensa la posibilidad de solicitar el auxilio del órgano jurisdiccional en la etapa intermedia ("*antes de la remisión a juicio*") para la producción de pruebas que puedan resultar útiles a los intereses de su asistido.

No comprendo los motivos por los cuales la Doctora De Langhe, después de exponer con toda claridad que es obligación de la fiscalía evacuar las citas pertinentes y útiles propuestas por la defensa, se basó en la no utilización por parte de ésta del derecho que le asiste el art. 211 del código ritual de la Ciudad para el rechazo de la nulidad planteada. En definitiva, entiendo que el voto de la magistrada, que había sido

particularmente claro y coherente en lo que respecta a la falta de razonabilidad del requerimiento de elevación a juicio, resulta vidrioso en lo que se relaciona al segundo agravio.

A mi entender, no resulta adecuado rechazar el planteo formulado por la defensa por el mero hecho de que ésta no haya utilizado la posibilidad prevista en el art. 211. El texto de dicha prescripción posibilita a la defensa la solicitud de producción de pruebas que sólo pudieran adquirirse con la intervención de la autoridad judicial; caso que no se corresponde con las circunstancias del fallo analizado, en el que el imputado solicitó la declaración testimonial de determinadas personas ante el fiscal y en plena etapa de investigación, medida que no requiere de la intervención de un juez para ser llevada a cabo sino que podía ser producida perfectamente por el órgano acusador, tal y como lo solicitó Machi. Por ello, entiendo que recurrir a la no utilización por parte de la defensa de esa vía legal a la hora de rechazar el planteo formulado resulta equivocado. Ello no significa que considere que se debió revocar la decisión del juez *a quo* sino que la confirmación debió haber sido efectuada bajo otros fundamentos, pero nunca utilizando como "válvula de escape" una facultad que la ley sólo brinda para casos en los que la defensa requiera la producción de pruebas que solamente un magistrado puede efectuar y que no se hayan efectuado en la investigación.

Entiendo que la Doctora De Langhe hace -sin explicitarlo- un erróneo paralelo entre la facultad prevista para la defensa en el art. 211 C.P.P.C.A.B.A. y la posibilidad de instrucción suplementaria existente en el orden nacional, consagrada en el art. 357 C.P.P.N.. Del primero de los textos legales se desprende que el pedido de la producción de prueba es una facultad exclusiva de la defensa y que, por ende, no puede ser utilizada por la fiscalía ni ser generado de oficio por el juzgado interviniente en base al régimen acusatorio en el que está inmerso el proceso penal porteño. Asimismo, queda claro que la única prueba que puede producirse en esa etapa es la que requiere necesariamente de la intervención de un juez. Sin embargo, la instrucción suplementaria aplicable a nivel nacional sí prevé la posibilidad, aún de oficio, que el juez produzca la prueba que fue anteriormente rechazada. He ahí una diferencia sustancial. Mientras en el régimen nacional la defensa puede solicitarle al juez de juicio la realización de medios de prueba que anteriormente le denegaron, en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires tal posibilidad no se encuentra prevista, lo que hace que la etapa de investigación tenga una

importancia vital y, por ende, la fiscalía debería ser laxa en lo relativo a la producción de pruebas solicitadas por la defensa.

En definitiva, los arts. 211 C.P.P.C.A.B.A. y 357 C.P.P.N. prevén dos regímenes diferentes que atienden a cuestiones distintas, por ello entiendo que la magistrada ha fallado en su análisis de los motivos por los cuales debía denegarse el planteo formulado por la defensa de Machi.

Existe la posibilidad de que la Doctora De Langhe considere que el texto del art. 211 C.P.P.C.A.B.A. debe interpretarse de la siguiente manera: Una vez efectuado el requerimiento de elevación a juicio por parte de la fiscalía, la defensa tiene la posibilidad de solicitar al juez interviniente la producción de medidas de prueba que no haya solicitado durante la etapa de investigación o que el órgano acusador le haya negado, ello así por cuanto -en esas circunstancias- cualquier prueba solicitada por la defensa sólo podría producirse con la intervención de la autoridad jurisdiccional. Sin embargo, tal interpretación transformaría la etapa intermedia del procedimiento penal en una extensión de la etapa de investigación, toda vez que la misma se dividiría en dos momentos: uno en el cual se produzca toda la evidencia que la fiscalía considere necesaria, y otro en el que sea la defensa -con el auxilio del juzgado- quien colecte la prueba que considere que podría ser beneficiosa para su asistido y que no haya sido producida en la primera etapa.

Diferente análisis merece el voto del Doctor Bosch, quien opta por rechazar el planteo nulificante formulado por la defensa en atención que el señor Machi, a la hora de solicitar que se cite a prestar declaración testimonial a ciertas personas, no explicó los motivos por los cuales serían de utilidad para la investigación las declaraciones mencionadas. En tal sentido, manifestó que *"(...) entiendo que la decisión del Fiscal interviniente se encuentra razonablemente fundada en la circunstancia de que el imputado no explicó siquiera mínimamente sobre qué aspectos o circunstancias del hecho se explayarían los testigos propuestos, ni cuál era la conexión de ellos con el evento en pesquisa, es decir, si podrían haber presenciado el hecho, o si se trata de testigos de concepto, etc., o qué información relevante podrían aportar a la investigación. (...) En esta inteligencia, entonces, la falta de consignación por parte del imputado o aún de la defensa que lo asistía al acto, de los datos referidos privó al Fiscal de la posibilidad de contar con elementos para evaluar siquiera liminarmente aquello que la norma exige y en tal sentido el rechazo a la petición en esa oportunidad*

deviene acertado." Considero que corresponde hacer algunas consideraciones al respecto.

Por un lado, coincido con el magistrado cuyos fundamentos se transcriben en que hubiera sido deseable que la defensa detalle la materia en la cual la declaración de los testigos aportados podría enriquecer la investigación. De esa manera, el órgano acusador habría podido evaluar si las medidas de prueba eran pertinentes y útiles a la investigación. Si aún en ese caso la fiscalía denegara su producción, la solicitud de declaración de nulidad que presentó la defensa podría hacer ostensible un agravio actual y concreto, requisito propio de un recurso. En tal sentido, la jurisprudencia ya ha dicho que *“Cualquier medio recursivo que se intente no sólo debe revestir los requisitos formales y fundamentación suficiente, sino que quien los plantee haya sufrido un perjuicio o un gravamen con la resolución que se impugna, es decir, debe existir relación directa e inmediata entre la materia del pronunciamiento y la cuestión que, a su criterio, habilitaría la revisión del mismo. De allí que no es suficiente el agravio meramente conjetural o hipotético, cuya finalidad sea obtener un pronunciamiento general o abstracto de quien deba resolverlo.”*²⁷.

Sin embargo, considero interesante evaluar otras cuestiones que hacen a la causa y que no han sido tenido en cuenta por los magistrados de la Sala II a la hora de resolver. Una de esas cuestiones radica en el escaso lapso temporal que pasó entre la solicitud de evacuación de citas y momento en el que se efectuó el requerimiento de juicio. En tal sentido, el señor Machi había sido indagado por los hechos investigados en fecha 20 de septiembre del año 2010. En ese mismo momento, el imputado solicitó que se cite a declarar a ciertas personas como prueba a producirse en su favor. Con posterioridad a denegar tal solicitud, y sólo nueve días después de la celebración de la audiencia mencionada, es decir, con tiempo más que suficiente para requerir la elevación a juicio de las actuaciones²⁸, la fiscalía efectuó el pedido de celebración de una audiencia de debate. Esta circunstancia merece ser tomada en cuenta para hacer notar que el Ministerio Público Fiscal no se encontraba apremiado en lo que a plazos respecta para requerir a juicio las actuaciones. Por tal motivo, no hubiera significado ningún esfuerzo ni

²⁷ Sent. int. 44341, carátula "SOSA, Felipe c/ D.G.I." (H.E.F.), Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, resuelta en fecha 19/11/1996. Cfr. C.S.J.N., causa caratulada "Bahamonde, Marcelo", fecha de resolución 06/04/1993.

²⁸ Cabe aquí remitirse a la nota al pie número 21 del presente trabajo, donde se detalla el plazo con el que cuenta la fiscalía para realizar la investigación y todas las posibilidades legales previstas para solicitar diferentes prórrogas del plazo antes de efectuar el requerimiento de elevación a juicio.

sacrificio para el fiscal interviniente citar a declarar a las personas propuestas por Machi, por más que éste no haya detallado en qué podrían ser útiles a la investigación. Incluso si hubiera estado apremiado por la cercanía del vencimiento del plazo de investigación, nada le hubiera impedido al fiscal solicitar una prórroga de dicho plazo y dar cumplimiento a lo solicitado por el imputado. Por tal motivo, entiendo que hubiera sido una práctica respetuosa del derecho de defensa producir la prueba que el imputado estaba requiriendo, toda vez que el fiscal contaba con tiempo más que suficiente para escuchar a esos testigos y, en el caso de que no aporten nada a la investigación u otorguen mayor entidad a la hipótesis acusatoria, requerir la celebración de una audiencia de debate.

Entiendo que el representante del Ministerio Público Fiscal se apartó de la objetividad que debe regirlo y optó por dar por terminada una investigación en la que -al menos eventualmente- testigos ya individualizados podrían informarle de circunstancias de interés a la pesquisa. Por ello considero que debió escucharlos antes de efectuar el requerimiento de juicio, máxime cuando el mismo código de procedimientos le indicaba que debe investigar todas las circunstancias de interés a la investigación, tanto las que pudieran servir para acusar como las que apoyen una hipótesis exculpatoria²⁹.

Sin embargo, y más allá de que hubiera significado una actitud deseable del órgano acusador escuchar a los testigos propuestos, comparto el criterio adoptado por los integrantes de la Sala II al considerar que la defensa no logró introducir un agravio actual y concreto derivado de ese apartamiento de la fiscalía del principio de objetividad. Es decir, resulta evidente que la fiscalía no actuó de la mejor manera, pero la defensa no demostró que esas falencias le hayan significado un avasallamiento concreto de la garantía de defensa en juicio, toda vez que no detalló sobre qué aspecto declararían los testigos aportados, cuestión trascendente para medir la entidad del agravio. En ese sentido, tiene dicho Binder que *“Es necesario estudiar la entidad de la irregularidad antes de apelar automáticamente a la nulidad de un acto. La forma y aún*

²⁹ A título de ejemplo, cabe hacer mención a la causa N° 29632/10, caratulada “PATSI SUXO, Roberto Freddy s/ inf. art. 149 bis C.P.”, de la Sala I en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resuelta en fecha 18/11/2010, donde dicho tribunal rechazó *in limine* la apelación formulada por la defensa, ante el rechazo de una solicitud de nulidad del requerimiento de juicio, en base a la denegatoria por parte de la fiscalía de otorgar un plazo de diez días a la defensa para que incorpore pruebas a su favor a la investigación.

el proceso en sí mismo no son más que instrumentos para la vigencia de derechos y principios de defensa del ser humano que están garantizados por las formas.”³⁰.

IV. Algunas consideraciones finales.-

Si bien las conclusiones que podrían desprenderse del fallo analizado y mis opiniones sobre ellas fueron desarrolladas durante el presente trabajo, entiendo que corresponde efectuar una síntesis de los aspectos que considero más relevantes.

1.- En primer lugar, el régimen acusatorio al que tiende el proceso penal de la Ciudad de Buenos Aires pone en cabeza del fiscal el impulso de la acción y la investigación, pero ello no se traduce en una libre facultad de sentar en el banquillo de los acusados a un imputado sin pasar por el filtro del control jurisdiccional de la racionalidad de la base probatoria con la que se cuenta para llegar a ese extremo.

2.- Considero que existe para el imputado una clara diferencia en la situación procesal cuando se da por terminada la investigación y se solicita la realización de una audiencia juicio contra él. En tal sentido, la formulación del requerimiento de elevación a juicio por parte de la fiscalía es el momento en el cual se materializa la limitación de herramientas alternativas para dar solución a las actuaciones, siendo la realización de un debate la única manera en la que el fiscal está dispuesto a impulsar la acción penal y generando, como consecuencia de ello, un nerviosismo, stress y preocupación en el imputado de que se lo encuentre culpable y se le imponga una pena privativa de libertad. Por tal motivo, un paso procesal que genera esas consecuencias debe respetar acabadamente las garantías constitucionales.

3.- Es obligación de los jueces controlar la entidad de la imputación formulada por la fiscalía, evitando la remisión a juicio de actuaciones cuya prueba resulta insuficiente para pensar seriamente en la posibilidad de que el magistrado del juicio dicte una sentencia condenatoria.

4.- El fallo estudiado determina que ante la carencia probatoria en la que se basó la requisitoria de juicio, sumado a que no se desprende de la lectura de las actuaciones la

³⁰ BINDER, Alberto. “El incumplimiento de la formas procesales”. Ed. Ad-Hoc. 2009. pág. 85.

posibilidad de que el fiscal pueda generar nueva evidencia contra el imputado, corresponde dictar el sobreseimiento. Sin embargo, como expresé más arriba a título personal, considero que la declaración de nulidad de un requerimiento de elevación a juicio por violación al principio de razonabilidad debe acarrear necesariamente el dictado de un auto de sobreseimiento aún en los casos en los que el fiscal tenga a su alcance la posibilidad de producir nueva prueba. Ello así, principalmente, porque la sanción debidamente fundada de una nulidad le significa necesariamente al fiscal la indicación indirecta de las falencias probatorias en las que ha incurrido. Ello se traduce en un adoctrinamiento por parte del juez al fiscal de cómo debería haber sido esa requisitoria de debate para ser considerada válida, lo que significa una vuelta al sistema inquisitivo de modo encubierto por ser el juez quien tomaría las riendas de la investigación al indicarle al órgano acusador dónde se encuentra la falencia de su hipótesis acusatoria.

Más allá de los diversos objetivos previstos para las diferentes etapas procesales, la situación es análoga a la que se produce en una audiencia de debate, cuando el acusador solicita al magistrado que se le aplique una condena al imputado. Si el juez considera que no existen pruebas suficientes para condenar, no le da al fiscal la posibilidad de reeditar el juicio sino que emite una sentencia absolutoria que el órgano acusador tendrá la posibilidad de recurrir. Por el mismo motivo, considero que no debe dársele al Ministerio Público Fiscal una nueva posibilidad de recabar elementos convictivos cuando ya se ha declarado la falta de fundamentación del requerimiento de elevación a juicio. En caso de que la fiscalía no concuerde con esa decisión, tendrá abierta la posibilidad de presentar un recurso contra ella, mas no una nueva chance para corregir aquello que un juez determinó como insuficientemente motivado.

5.- No existe un criterio general para considerar con qué elementos probatorios se encuentra debidamente fundado un requerimiento de juicio. Ello no obsta a que la Sala II de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Buenos Aires haya establecido pautas para determinar cuándo ese paso procesal no cumple con el piso mínimo necesario para no contradecir al principio de racionalidad de los actos públicos. En tal sentido, resulta esclarecedor que la sola versión del denunciante es insuficiente para validar la requisitoria de la realización de una audiencia de debate.

6.- Es deber del titular de la acción dirigir su investigación de un modo objetivo y no destinada exclusivamente a lograr prueba que inculpe al imputado. Si la defensa le

solicita la producción de alguna medida que pueda favorecer a su asistido, es obligación para la fiscalía producirla, siempre que se haya hecho mención a los motivos por los cuales se está solicitando dicha medida de prueba y los mismos no resulten impertinentes o sobreabundantes.

7.- El artículo 211 C.P.P.C.A.B.A. establece la posibilidad a la defensa de solicitar al juez la producción de medidas de prueba que sólo puedan materializarse con la intervención de este último y luego de la etapa de investigación. A mi entender, tal situación no se configura cuando la defensa ya ha solicitado la producción de cualquier medida probatoria y la fiscalía la ha rechazado. Considero que el mencionado artículo se refiere exclusivamente a diligencias que -por sus características limitadoras de garantías constitucionales- sólo puedan ser efectuadas con la intervención de un juez, como lo son los allanamientos, secuestros, declaraciones testimoniales bajo la modalidad de “Cámara Gessell”, etc.

8.- La circunstancia de que la defensa detalle para qué requiere una medida de prueba es la única posibilidad con la que cuenta la fiscalía de analizar la procedencia o no de la medida y resulta -a la vez- un requisito indispensable para que un eventual rechazo de su producción por parte de la fiscalía genere para el imputado un agravio cierto y concreto; ya que los agravios hipotéticos o potenciales no resultan válidos para fundar un recurso de apelación.

Bibliografía utilizada.-

BIDART CAMPOS, Germán, *“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”*, Ed. Ediar, Tomo I-A, 2000, Buenos Aires.

BINDER, Alberto. *“El incumplimiento de la formas procesales”*. Ed. Ad-Hoc, 2009. Buenos Aires.

BINDER, Alberto, *“Introducción al derecho procesal penal”*, Ed. Ad-Hoc, 1999, Buenos Aires.

CARRIÓ, Alejandro, *“Garantías constitucionales en el proceso penal”*, Ed. Hammurabi, 2008, Buenos Aires.

D’ALBORA, Francisco, *“Código procesal penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.”*, Ed. Lexis Nexis, 2003, Buenos Aires.

Debate del proyecto de ley del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, sesión del 29 de marzo de 2007.

GORANSKY, Mirna y RUSCONI, Maximiliano, "*Nuevamente sobre el art. 348 del CPPN*", en revista "Nueva Doctrina Penal", 1999-A, Editores del Puerto.

LA ROSA, Mariano y RIZZI, Aníbal, "*Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado.*", Ed. HS Derecho, 2010, Buenos Aires.

MAIER, Julio, "*Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*", Ed. Del Puerto, 2004, Buenos Aires.