

Tema I: Enseñanza del Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología

Título: “Ausencia de procesamiento en las causas delegadas por el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación. ¿Y si hablamos a lo sumo de una nulidad relativa?”

Autor: Juan Martín Cagni Fazio

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Domicilio: Arenales 2154, 8° “C”, Código Postal 1124, Ciudad Autónoma de Bs. As.

Teléfonos: Particular (011) 4829-1134 / Celular (011) 5045-1981.

e-mail: jmartincagni@gmail.com

SÍNTESIS

La presente ponencia tiene por objeto el análisis crítico de un reciente fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (“Aizenstat, Luciano s/ recurso de casación” del 30 de marzo de 2006), que constituye el primer pronunciamiento de esa Cámara respecto de una controversia que, en los tribunales inferiores de la justicia nacional, viene generando una ardua discusión.

La polémica gira en torno a determinar si en las causas cuya dirección de la investigación ha sido delegada en el Ministerio Público Fiscal - ello en virtud de la opción que brinda el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación - y en las cuáles el imputado no se encuentra detenido, el auto de procesamiento constituye un requisito imprescindible, o si por el contrario, y atento la letra expresa del artículo 215 del mencionado Código, el agente fiscal puede requerir la elevación a juicio de las actuaciones con el único presupuesto de haberse cumplido la indagatoria material o formal del imputado.

Ahora bien, tal y como se señala en su “Introducción”, el trabajo no tiene por objeto efectuar un relato de los distintos argumentos sostenidos por cada una de las posiciones, toda vez que respecto de dicha cuestión existen ya varios artículos de doctrina y un sinnúmero de pronunciamientos de diferentes juzgados, cámaras y tribunales orales.

Entonces, alguien podría preguntarse, ¿cuál es el propósito de esta ponencia?. Su fin consiste en profundizar en el que, considero, constituye el aspecto de mayor trascendencia y repercusión práctica que emana del fallo en cuestión; y éste es, la caracterización de la ausencia de procesamiento en los casos antes reseñados como un supuesto de nulidad absoluta.

En esa dirección y tras efectuar un breve relato del caso “Aizenstat”, se lleva a cabo un análisis de las distintas vías de sustanciación de la etapa de instrucción que contempla el actual Código Procesal Penal de la Nación. Ello, con el objetivo de poder dilucidar, a través de su estudio comparativo, si el auto de procesamiento constituye un acto imprescindible del sistema de enjuiciamiento penal a nivel nacional, cuya ausencia

genera una vulneración de garantías constitucionales; o se trata de una mera opción legislativa de política procesal penal sin relevancia alguna en el plano suprallegal.

Una vez efectuada la mencionada comparación entre la instrucción jurisdiccional, la instrucción sumaria y la delegación de la dirección de la investigación en cabeza del Ministerio Público Fiscal, el trabajo propone razonar si es correcta la calificación de nulidad absoluta que, por ausencia de procesamiento, declaró la Cámara de Casación Penal.

Así, sin adentrarse en la discusión en torno a si nos encontramos, en el caso, frente a un vicio nulificante, el análisis se centra específicamente en determinar si éste debió ser catalogado de absoluto o de relativo. Para ello, curiosamente, se parte de los propios argumentos utilizados por la mayoría de la Casación, así como los sostenidos por varios de los autores citados en el fallo.

Demostrada la insuficiencia de los principales argumentos empleados en apoyo de esa posición, la ponencia se propone demostrar que, con base en esos mismos argumentos, la nulidad que se declarara debió, en todo caso, ser catalogada como de relativa.

A partir de allí, se mencionan las principales ventajas que conllevaría considerar la ausencia de procesamiento en las causas delegadas por el artículo 196 como un supuesto de nulidad relativa, otorgando así al imputado y a su defensa técnica la posibilidad de consentir en esos casos una instrucción en la que no resulte necesario el dictado del auto de procesamiento.

El trabajo culmina con una breve reflexión final y con el deseo que la propuesta que aquí se formule no traiga, como lamentable consecuencia, el abandono por parte de algunos magistrados de la opción que brinda el mencionado artículo 196, desaprovechando la posibilidad de transitar la etapa de instrucción a través de un esquema procesal más próximo al modelo acusatorio, siendo éste el que en mayor medida se adecua a los mandatos de la Constitución Nacional.

Finalmente, deseo manifestar que, en tanto que con el análisis del fallo aquí en trato se lleva a cabo un estudio que sirve para la enseñanza del derecho procesal penal y de algunos de sus modelos de enjuiciamiento, he incluido esta ponencia en el primero de los temas del presente Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal.

Ausencia de procesamiento en las causas delegadas por el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación. ¿Y si hablamos a lo sumo de una nulidad relativa?

SUMARIO: I. Introducción. - II. Los hechos. - III. ¿Cuántas son las vías de sustanciación de la etapa instructora que contempla el sistema procesal penal nacional?. - IV. ¿Nulidad?... ¿absoluta?. - V. ¿Por qué no una nulidad relativa?. - VI. Breves palabras finales a modo de conclusión.

I. Introducción

El 30 de marzo del corriente año la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal emitió – en fallo dividido^[1] - el primer pronunciamiento de ese órgano jurisdiccional respecto de una controversia que, en los tribunales inferiores de la justicia nacional, viene generando en los últimos tiempos un enriquecedor debate^[2].

El punto central de esa discusión gira en torno a dilucidar si en aquellos asuntos cuya dirección de la investigación se encuentra delegada en el Ministerio Público Fiscal (art. 196 del C.P.P.N.) y no es preciso el dictado de la prisión preventiva^[3], el auto de procesamiento constituye un requisito ineludible, o si por el contrario, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 215 del mencionado Código de forma, el agente fiscal puede requerir la elevación a juicio con el único presupuesto que el imputado haya prestado declaración indagatoria o conste que se hubiera negado a ello.

La presente exposición no tiene por objeto detenerse en un análisis exhaustivo de los diferentes argumentos sostenidos por una y otra posición, respecto de lo cual existen a la fecha diversos artículos doctrinarios^[4] y un sinnúmero de pronunciamientos judiciales^[5], sino profundizar en el que, considero, constituye el aspecto de mayor trascendencia del fallo aquí en estudio: la caracterización de la ausencia de procesamiento en los casos antes descriptos como un supuesto de nulidad absoluta.

II. Los hechos

Antes de abocarme a tratar la cuestión planteada precedentemente, creo pertinente, aunque más no sea someramente, efectuar un breve racconto de cómo arribara la causa “Aizenstat” a instancias de ser resuelta por la Cámara Nacional de Casación Penal.

Radicados los autos por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 17, Secretaría n° 153, el magistrado instructor, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, delegó la dirección de la investigación en el representante del Ministerio Público Fiscal.

Oídos los imputados en declaración indagatoria (art. 294 del C.P.P.N.), el juez resolvió decretar su falta de mérito (art. 309 del C.P.P.N.).

Apelado dicho decisorio por la fiscalía actuante y concedido el remedio impetrado, las actuaciones tuvieron radicación por ante la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, la que resolvió declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto.

El tribunal arribó a esa decisión al considerar que en las causas delegadas en el agente fiscal, el auto de procesamiento no constituye un requisito indispensable para la prosecución de las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 215 del Código Procesal Penal de la Nación^[6].

Sostuvo en esa dirección que si bien el artículo 311 del citado cuerpo legal establece que la falta de mérito resulta apelable tanto por el Ministerio Público Fiscal como por el querellante particular, al conciliar ambas normas (arts. 215 y 311 del C.P.P.N.) e interpretarlas según la pauta que establece el artículo 2 de ese mismo Código, debía prevalecer la letra de las primera de las disposiciones citadas, toda vez que el no dictado de un auto de procesamiento en contra del imputado en las causas delegadas es una resolución que no produce un agravio concreto a la fiscalía, pudiendo el artículo 311 quedar reservado tan sólo para los asuntos en que no existiese delegación de las actuaciones y en las que éstas tramitaran según las reglas de la instrucción común.

Devueltos los actuados a la instancia inferior, la fiscalía formuló oportunamente requerimiento de elevación a juicio en los términos del artículo 347, inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación.

Notificado el mismo a la defensa (art. 349), ésta impetró la nulidad de dicha requisitoria por ausencia de auto de procesamiento, planteo al que no hicieron lugar ni el juzgado instructor ni posteriormente la cámara de apelaciones.

Frente a este último decisorio, la defensa interpuso recurso de casación, cuyo rechazo la llevó a presentar la queja que, luego de que la Cámara Nacional de Casación Penal hiciera lugar al recurso intentado, diera lugar al fallo aquí en análisis.

III. ¿Cuántas son las vías de sustanciación de la etapa instructora que contempla el sistema procesal penal nacional?

Una vez repasado los hechos, resta aun, a efectos de posibilitar un análisis completo e integral de la problemática sometida a discusión, pasar revista a las distintas modalidades de transitar la instrucción que prevé actualmente el Código Procesal Penal de la Nación

No existe discusión alguna en punto a que éste alberga, al menos, dos vías claramente diferenciadas de atravesar la instancia preparatoria del debate.

Por un lado, la instrucción jurisdiccional, que exige como actos imprescindibles para habilitar el ingreso de una causa a plenario, el requerimiento de instrucción o la prevención o información policial (arts. 188 y 195), la declaración indagatoria del imputado (art. 294), su procesamiento (art. 306), la requisitoria fiscal de elevación a juicio (art. 347) y, finalmente, el decreto o auto de elevación respectivo (arts. 349 *in fine* ó 350 y 351, según haya existido o no oposición por parte de la defensa).

Por el otro, la denominada instrucción sumaria, prevista en los artículos 353 bis y ter (incorporados al C.P.P.N. por ley 24.826, Boletín Oficial del 19/06/1997) para aquellos casos de flagrancia en los que *prima facie* el juez considera que no procederá el encarcelamiento preventivo del imputado, en cuyo trámite – en lo que resulta de interés a los fines de la presente – se sustituye la declaración indagatoria por una audiencia en la que es el agente fiscal quien anoticia al imputado del hecho que se le atribuye y de las pruebas que obran en su contra, y se prescinde del dictado del auto de procesamiento.

Ahora bien, las aguas se dividen cuando se trata de esclarecer si la delegación que contempla el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación constituye, al igual que la instrucción sumaria, una forma especial de investigación o, simplemente, otra forma de instrucción jurisdiccional sin alteraciones sustanciales de su esquema ordinario.

En este último sentido, la posición reflejada en el voto mayoritario de la Sala III de la Cámara de Casación que aquí se analiza, postula que la delegación en la dirección de la instrucción (art. 196 del C.P.P.N.) no importa la sanción de un procedimiento independiente del diseño general, por lo que una interpretación sistemática del mencionado Código exige ineludiblemente de un procesamiento previo al requerimiento de elevación a juicio, sin que la disposición del artículo 215 autorice a exceptuar la regla genérica del artículo 346^[7].

Por el contrario, la postura coincidente con la minoría de la Casación, en base a una interpretación literal del artículo 215 según la cual el único requisito para que el agente fiscal pueda requerir la elevación a juicio es que se haya dado al imputado la oportunidad de prestar declaración indagatoria^[8], sostiene que nos encontramos frente a otra de las vías alternativas de sustanciar la instrucción previstas en la legislación vigente^[9].

No obstante, esta última posición no se circunscribe a una mera interpretación literal, sino que también apoya su tesis en una interpretación sistemática derivada del juego armónico de los artículos 196, 212, 213, 215 y 346 del Código Procesal Penal de la Nación^[10].

Más allá de esta disquisición, la importancia de la breve síntesis aquí efectuada respecto de la instrucción jurisdiccional, la instrucción fiscal sumaria y la delegación en cabeza del Ministerio Público Fiscal de la dirección de la investigación, radica en que su estudio comparativo nos permitirá colegir a continuación si el auto de procesamiento constituye un acto cardinal del sistema de enjuiciamiento penal a nivel nacional - cuya ausencia importa una vulneración de derechos y garantías constitucionales - o una mera opción legislativa de política procesal penal sin relevancia en el plano supralegal.

IV. ¿Nulidad?... ¿absoluta?

Las respuestas a los interrogantes formulados en el presente acápite constituyen, sin lugar a duda, los puntos más relevantes del precedente “Aizenstat” de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Dejando para otro trabajo la discusión en cuanto a si efectivamente nos encontramos en estos supuestos frente a un vicio nulificante, el análisis atenderá en esta oportunidad a determinar si, en todo caso, éste debió ser calificado como de carácter absoluto.

Para ello, tomaré como base los propios argumentos esbozados en los votos que conformaron la opinión de la mayoría, así como los de varios de los doctrinarios citados en apoyo de esa posición.

Según éstos, el dictado de un requerimiento de elevación a juicio sin que medie auto de procesamiento deviene nulo en relación al imputado por aplicación del artículo 167, inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación, nulidad que en tanto se sostiene conlleva una grave violación a las garantías constitucionales de la doble instancia, del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, no puede sino ser catalogada como de absoluta en virtud de lo prescripto por el artículo 168, segundo párrafo del mencionado cuerpo legal^[11].

Se afirma en esta dirección que la garantía de la doble instancia no ampara únicamente a la sentencia condenatoria, sino que comprende la posibilidad de someter al control de un tribunal revisor todo auto trascendente que agravie, aún en la etapa preliminar, la situación del imputado (como por ejemplo el procesamiento), máxime cuando en el Código Procesal Nacional el auto de elevación a juicio, a diferencia de lo que sucede en otros Códigos Provinciales (Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur o Buenos Aires) resulta inapelable por expresa disposición de su artículo 352^[12].

Así, podemos inferir en primer término que la mera ausencia del procesamiento, como sucede en las Provincias antes mencionadas, no genera por sí sola una vulneración de derechos con incidencia constitucional^[13].

Y aún cuando algunos sostienen que en esas Provincias la ausencia del auto de procesamiento se encuentra compensado a través de la opción de apelar el auto de elevación a juicio^[14], ese argumento no resulta concluyente en tanto que de la reseña efectuada en el punto precedente respecto de la instrucción sumaria, también en el propio Código Procesal Penal Nacional es factible que una causa llegue a la etapa de debate sin que haya mediado el dictado del mencionado cautelar, ni existido contralor alguno por parte de un órgano superior durante toda la instrucción^[15].

En efecto, repárese que en el trámite de la instrucción sumaria el imputado no se encuentra legitimado para apelar la decisión por la cual el juez decide que una causa tramite mediante el procedimiento de los artículos 353 bis y ter del Código Procesal Penal de la Nación^[16] y que, como se ha dicho, el artículo 352 de dicho Código declara expresamente inapelable el auto de elevación a juicio.

En este punto, corresponde preguntarnos si resulta razonable argumentar que la ausencia de procesamiento y la imposibilidad de acudir a una cámara de apelaciones durante toda la etapa de instrucción, no genera violación a precepto constitucional alguno en un caso (arts. 353 bis y ter del C.P.P.N.); y, en cambio, sí lo configura en otro (arts. 196, 215 y ctes. del citado cuerpo legal).

Para sortear esta cuestión se afirma que la instrucción sumaria se ha permitido únicamente para asuntos de simpleza pesquisitiva en los que, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de delegación del artículo 196, el imputado cuenta con la potestad de resistir su implementación y optar porque la instrucción tramite según las reglas comunes (instrucción jurisdiccional) mediante su sola manifestación en tal sentido, lo que repara cualquier posible agravio.^[17]

Ahora bien, analicemos en detenimiento y por separado, estas dos afirmaciones:

- Respecto de la primera de ellas, no encuentro ninguna razón valedera para poder sostener que la mayor facilidad en la sustanciación de una causa penal constituya un argumento determinante para que, en esos supuestos, la ausencia del auto de procesamiento no conculque garantía constitucional alguna y sí lo haga en asuntos de mayor complejidad.

Pero es que incluso se encuentra discutido que la alegada simpleza pesquisitiva en la investigación constituya uno de los presupuestos que *ab initio* el juez debe evaluar para dar curso a la instrucción sumaria^[18].

Ateniéndonos al primer párrafo del artículo 353 bis del Código Procesal Penal de la Nación, los únicos requisitos que éste exige son:

- a. la detención de la persona por haber sido sorprendida en flagrancia;
- b. que se trate de un delito de acción pública y;
- c. la estimación por parte del juez de que no procederá el dictado de la prisión preventiva.

Y si bien es cierto que el cuarto párrafo de la mencionada disposición prescribe que el agente fiscal debe llevar adelante la instrucción en un lapso no superior a los quince días, no puede perderse de vista que dicho plazo no constituye una condición para la procedencia del instituto y que, dado su mero carácter ordenatorio^[19], no existe impedimento en que éste sea prorrogado, sin que pueda argumentarse fundadamente que a raíz de la mayor duración de la instrucción la falta de procesamiento venga a lesionar alguna garantía del imputado^[20].

- En cuanto a la segunda aseveración, relativa a que la ausencia de lesión constitucional en la instrucción sumaria – y por ende la no configuración de una nulidad de carácter absoluto - viene dada por el consentimiento que brinda el imputado al no hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 353 bis en su quinto párrafo, parece no tomar en cuenta que una de las características que definen a las nulidades absolutas es que en éstas reside un vicio letal e insubsanable^[21], no susceptible de ser convalidado por las partes.

Ello, toda vez que al encontrarse comprometidos aspectos que trascienden la voluntad de los particulares y atañen al orden público, imponen su declaración de oficio en cualquier estado y grado del proceso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168, segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación^[22].

Es que no caben dudas en punto a que la razón medular que posibilita en el trámite de la instrucción sumaria prescindir del auto de procesamiento viene dada, no por los invocados motivos relativos a la sencillez de la investigación o a la aquiescencia por parte del imputado, sino en tanto el juez considere que no procederá su encarcelamiento preventivo, posición ésta que resulta así acorde con la de que en los supuestos de delegación del artículo 196 es posible requerir la elevación a juicio con la

sola indagatoria formal o material del encausado, únicamente cuando no sea necesario el dictado de la prisión preventiva^[23].

Una vez demostrada la insuficiencia de los argumentos empleados para fundar que la ausencia del auto de procesamiento en las causas delegadas por el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación - y en las que el imputado no se encuentra detenido - configura una nulidad absoluta por violación de normas constitucionales, pues de ser ello así igual temperamento debiera adoptarse respecto de los artículos 353 bis y ter del mencionado Código, dedicaré el próximo apartado a señalar las principales ventajas de considerar que en esos supuestos nos encontramos, en todo caso, frente a una nulidad de carácter relativo.

V. ¿Por qué no una nulidad relativa?

Veamos así a continuación cuáles serían las consecuencias que traería aparejado, en la sistemática actual del Código Procesal Penal Nacional, tratar la cuestión aquí en trato como un supuesto de nulidad relativa:

1. En primer lugar, se otorga el derecho a la defensa - al igual que en el caso del artículo 353 bis - de optar por una instrucción en la cual, aún cuando por disposición del artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, ésta permanezca en cabeza del Ministerio Público Fiscal, sea ineludible el dictado de un auto de procesamiento^[24].

Esta solución permite así refutar el argumento según el cual el imputado sometido al régimen de la instrucción sumaria, al contar con la potestad de resistir dicho trámite, se encontraría en mejores condiciones respecto de aquél cuya causa fue delegada por el artículo 196, en violación al principio de igualdad del artículo 16 de la Constitución Nacional^[25], y sirve asimismo para evitar la hipótesis planteada por NAVARRO y DARAY de que habiendo un imputado ejercido la facultad de solicitar ser oído en indagatoria (art. 353 bis, 5to. párrafo), pudiera verse éste nuevamente obligado a tolerar la citación directa que habría querido evitar, si el juez decidiera delegar la dirección de la investigación en el agente fiscal^[26]. Ello, en tanto que el imputado mantendría la posibilidad de manifestar su oposición frente a un requerimiento fiscal de elevación a juicio sin procesamiento previo.

2. A la par de ello, no se cercena a la defensa el derecho de convalidar una instrucción más ágil para el supuesto de que su estrategia consista, por ejemplo, en arribar con mayor celeridad a la etapa de juicio oral.

3. La categorización como un caso de nulidad relativa impide asimismo que, no habiendo la defensa formulado reparo alguno, puedan las otras partes o incluso los órganos jurisdiccionales intervinientes, requerir o decretar la nulidad de lo actuado por ausencia de procesamiento, en tanto ello importaría un exceso por parte de éstos el modificar el trámite consentido por la defensa con el fin de salvaguardar derechos que ésta no estima lesionados, circunstancia que constituiría a su vez un claro dispendio jurisdiccional^[27].

Recordemos que las nulidades relativas, a diferencia de las absolutas, han sido prescriptas en interés de las partes y sólo pueden ser dictadas a pedido de aquéllas que persiguen un beneficio concreto en su declaración.

Por este motivo, considero desacertada la solución a la que arribara la mayoría del Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 en los autos “Pérez López, Pablo M. y otra”^[28], ya que al declarar la nulidad a pedido de la fiscalía de juicio oral, no se tuvo en cuenta que la defensa, no sólo no alegó ningún perjuicio efectivo que reparar, sino que incluso podría verse perjudicada con una dilación de los actuados y la imposición de medidas cautelares de carácter patrimonial como el embargo de bienes. A su vez, si la omisión del auto de procesamiento importaba – como se sostuvo - una violación a las garantías constitucionales del debido proceso, la defensa en juicio y la doble instancia, ésta debió haber sido dictada de oficio (art. 168, 2do. párrafo del C.P.P.N.) al llevar a cabo el control acerca de las prescripciones de la instrucción (art. 354 del C.P.P.N.) y no recién al ser planteada por la fiscalía en el término de citación a juicio.

Por el contrario, estimo correcta la solución adoptada en minoría por el Dr. Luis Gustavo LOSADA en cuanto no hizo lugar a la nulidad impetrada, al considerar que los imputados no habían manifestado objeción alguna con el procedimiento seguido – ni en la oportunidad del artículo 349 del Código Procesal Penal de la Nación, ni tampoco al ser corridos en vista en el incidente de nulidad -, por lo que no existía ningún derecho lesionado

En definitiva, al igual que sucede en la instrucción sumaria, una vez delegada la causa por el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, la posibilidad de que en ese procedimiento no resulte necesario el dictado del auto de procesamiento quedaría exclusivamente en manos del imputado.

Desde ya que diferente sería la cuestión en el supuesto que habiéndose dictado un auto de procesamiento, se requiriera la elevación a juicio cuando éste aún no se encontrara firme, pues en este caso estimo que resultaría prudente, a fin de evitar posibles decisiones contradictorias, aguardar hasta tanto aquél adquiriese calidad de cosa juzgada, sin necesidad por ello de declarar la nulidad de dicha requisitoria fiscal, la cual podría ser tenida presente para proveer, en su caso, en la oportunidad correspondiente^[29].

4. Por último, esta propuesta no importa incurrir en la contradicción de sostener por un lado la constitucionalidad de la instrucción sumaria; y, por el otro, la afectación de garantías constitucionales frente a la ausencia del auto de procesamiento en las causas delegadas en los términos del artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, adoptándose así una solución armónica conteste con el criterio interpretativo indicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes^[30].

VI.- Breves palabras finales a modo de conclusión

No se me escapa que si bien la solución que aquí se sostiene no hubiera modificado, en definitiva, lo resuelto en el caso “Aizenstat” – ello, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, en virtud de la oposición allí impetrada oportunamente la

defensa -, estimo que sí lo hará en muchas otras causas donde ésta no articule remedio alguno y en las que hoy en día la nulidad por falta de procesamiento tiene lugar a pedido de las partes acusadoras o es declarada de oficio por los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, no quisiera terminar esta breve exposición sin señalar mi deseo de que la presente propuesta y el infundado temor a perder el señorío en la etapa instructora, no traiga aparejado como (lamentable) consecuencia el abandono por parte de algunos magistrados de la opción que brinda el artículo 196 del Código Procesal Penal de la Nación, desaprovechando de este modo la posibilidad de transitar la instrucción a través de un esquema procesal más cercano al modelo acusatorio, siendo éste el que en mayor medida se ajusta a los mandatos de nuestra Constitución Nacional.

JUAN MARTÍN CAGNI FAZZIO

Notas al pie:

^[1] La mayoría estuvo conformada por los votos de los Dres. Guillermo José TRAGANT y Eduardo Rafael RIGGI, quedando en minoría la Dra. Ángela Ester LEDESMA.

^[2] Causa n° 6.105, “Aizenstat, Luciano s/ recurso de casación”, reg. 258/2006. Asimismo, dicha Sala reiteró posteriormente su posición en la causa n° 6.587, “Graciani, Alicia B. y otro s/ conflicto”, reg. 357/2006, rta. el 27/04/06.

^[3] En una postura aislada la Dra. María Laura GARRIGÓS DE RÉBORI considera que incluso esta medida de coerción personal tampoco requiere necesariamente del presupuesto formal del auto de procesamiento (cfr. en este sentido, su voto en la causa n° 24.865, “Faldutti, Esteban”, C.C.C. -, Sala IV, rta. el 28/10/04).

^[4] Cfr. AMELOTTI, Nicolás, “¿Puede prescindirse del auto de procesamiento?”, La Ley, 2001-B, p. 370; ALMEYRA, Miguel Ángel, “¿Elevación de la causa a juicio sin procesamiento?”, La Ley, 2005-A, p. 539; y BAEZ, Julio C., “No se olviden... del auto de procesamiento”, Suplemento Penal y Procesal Penal de La Ley, del 30 de septiembre de 2005, p. 28.

^[5] En el sentido del voto mayoritario de la Casación, entre otros, C.C.C., Sala IV, causa n° 27.138, “Monachelli, Oscar A. y otro”, rta. el 7/09/05, Sala V, causa n° 26.947, “Rutigliano, Julio”, rta. el 30/06/05, Sala VI, causa n° 27.564, “Morel Benítez, José”, rta. el 2/09/05 y Sala VII, causa n° 25.917, “Mancinelli, Adrián O.”, rta. el 16/03/05; C.N.P.E., Sala “B”, “Rosenfarb, Natalio I.”, rta. el 9/04/03; T.O.P.E. n° 1, causas n° 1.296/05, “Dajnowski, Fabio M. y otro”, rta. el 24/11/05 y n° 1.351/06, “Argüello Bobadilla, Eliseo”, rta. el 12/04/06 ya con expresa mención al fallo “Aizenstat” de la C.N.C.P.; y T.O.C.F. n° 2 de Córdoba, “Limia, Mariana E.”, rta. el 16/09/97. A favor de la postura de la minoría, C.C.C., Sala I, causas n° 23.658, “Minervini, Leonardo V.”, rta. el 13/09/04, n° 25.043, “Carabajales, Adriana C.”, rta. el 28/02/05 y n° 25.739, “Lipnizky, Leonardo J. y otros”, rta. el 6/05/05; T.O.C. n° 23, causa n° 2.098, “Boffa, Pedro J.”, rta. el 22/11/05; y C.N.P.E., Sala “A”, causa n° 43.821, “Álvarez, Daniel M.”, rta. el 7/04/00, también entre muchos otros.

^[6] Se citó, entre otros, la opinión de WASHINGTON ABALOS, para quien, en aquellas causas en las que la dirección de la investigación ha sido delegada en el Ministerio Público Fiscal, no sólo no resulta necesario el auto de procesamiento, sino que el agente fiscal tampoco puede requerir su dictado al juez instructor, ello como consecuencia que en estos casos dicho cautelar no resulta un presupuesto esencial de la requisitoria fiscal de elevación a juicio – como sí sucede en la denominada instrucción jurisdiccional -, bastando únicamente la indagatoria material o formal del imputado (cfr. WASHINGTON ABALOS, Raúl, Código Procesal Penal de la Nación, 1ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1994, p. 504).

^[7] Cfr. BAEZ, *op. cit.*, pp. 30-31. También, C.C.C., Sala IV, causa n° 20.617, “Ibáñez, Narciso”, rta. el 27/03/03, Sala V, causa n° 23.261, “Vicente, Mariela y otro”, rta. el 29/12/03 y Sala VI, causa n° 26.558, “Papasodaro, Daniel A. y otro”, rta. el 21/06/05. Por su parte, la Sala VII introduce un nuevo argumento al sostener que ni siquiera en el supuesto de los artículos 196 bis, segundo párrafo y 212 bis del Código Procesal Penal de la Nación, por el cual la investigación de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal. - u otros que tramiten en forma conexas - se encuentra desde su inicio y hasta la conclusión del sumario en manos del agente fiscal, el legislador prescindió del auto de procesamiento, al imponer al fiscal luego de escuchar al imputado según las normas previstas para la indagatoria, el deber de remitir copia de lo actuado al juez instructor para que éste resuelva su situación procesal (causa n° 26.725, “Bentivenga, Miguel A.”, rta. el 13/06/05, entre otras). Sin embargo, podría sostenerse que la directiva al fiscal para que en estos casos gire las actuaciones al juez a los fines de los artículos 306 y sgtes. del Código de forma es consecuencia precisamente de que el procesamiento no resulta necesario en la hipótesis de los artículos 196 y 215, por cuanto si así lo fuera, no habría sido necesaria una nueva y expresa previsión legislativa al respecto.

^[8] En efecto, el mencionado artículo 215 dispone: “*En el supuesto de que el juez de instrucción conceda (artículo 196, párrafo 1º) o autorice continuar (artículo 196, párrafo 2º) al representante del ministerio público 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 (artículo 347), luego de lo cual se expedirá en los términos del inciso 2º del artículo 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...*”.

^[9] Cfr. C.C.C., Sala I, causas n° 24.414, “Paz, Juan E.”, rta. el 9/09/04 y n° 26.605, “Stella, Gustavo A.”, rta. el 5/08/05.

^[10] Cfr. AMELOTTI, *op. cit.*, p. 373. DARRITCHON, por su parte, a poco de sancionada la ley 23.984 bregaba por una interpretación de las herramientas que el nuevo Código brindaba – destacando entre ellas su artículo 215 - acorde a su sistemática y a la finalidad con la que habían sido legisladas, instando a los operadores del sistema a no sujetarlas a los viejos moldes del proceso inquisitivo (cfr. DARRITCHON, Luis, Como es el nuevo proceso penal, t. 1, 2ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 119-130).

^[11] Cfr. D’ALBORA, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, 5ª ed. corregida, ampliada y actualizada, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 734-735; y BAEZ, *op. cit.*, pp. 30-31.

^[12] Cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael, y DARAY, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 1, 1ª ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 534; ALMEYRA, *op. cit.*, p. 541; y BAEZ, *op. cit.*, p. 30.

^[13] Cabe apuntar que PASTOR le niega al mencionado auto una función relevante, a excepción de los casos en que el imputado se encuentre detenido o deba ser sometido a

alguna otra medida cautelar, “dado que se trata de una decisión intermedia sobre el mérito que anticipa jurisdiccionalmente los elementos de la acusación fiscal”, comprometiendo así “la independencia de criterio del juez que luego tendrá a su cargo la etapa crítica de la instrucción 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 años noventa: balance y memoria de un fracaso rotundo”, en la obra del mismo autor, *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?*, edición al cuidado de CÓRDOBA, Natalia L., Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 233). Por el contrario, TORRES BAS destaca su importancia en todo esquema procesal (cfr. TORRES BAS, Raúl E., “El procesamiento, instituto fundamental para un debido proceso penal en cualquier sistema de procedimiento”, *La Ley Córdoba*, 1997, p. 827).

^[14] Cfr. NAVARRO y DARAY, *op. cit.*, t. 1, p. 534.

^[15] Según AMELOTI, la circunstancia de que el imputado no cuente con un recurso de apelación durante toda la faz instructora no conculca ninguna garantía constitucional (cfr. AMELOTI, *op. cit.*, p. 375). También, T.O.C. n° 23, causa n° 2.098, “Boffa, Pedro J.”, rta. el 22/11/05, al señalar que en los casos en que el gobierno de la instrucción se encuentra en manos del representante del Ministerio Público Fiscal el juez no se encuentra comprometido por su propia actuación en la investigación, por lo que no resulta necesario que dicte un auto de mérito recurrible, dado que éste puede llevar a cabo un control imparcial sobre la labor del fiscal durante la denominada etapa intermedia (según voto del Dr. Miguel Julián DEL CASTILLO al que adhiriera el Dr. Héctor Mario MAGARIÑOS).

^[16] En tanto puede simplemente solicitar ser oído en indagatoria (cfr. NAVARRO y DARAY, *op. cit.*, t. 2, p. 968). Por el contrario, sí sería recurrible por parte de la defensa la decisión del juez de instruir una causa según el procedimiento común cuando estuvieran dados los requisitos para que ésta sea sustanciada según las reglas de la instrucción sumaria.

^[17] *Idem*, t. 1, p. 533 y t. 2, p. 970.

^[18] Cfr. DI CORLETO, Julieta B. y SOBERANO, Marina V., “La denominada ‘instrucción sumaria’: un paso frustrado hacia el modelo acusatorio”, en RIGHI, Esteban (dir.), *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año VI, n° 10 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 406-407; y C.C.C., Sala I, causa n° 9.430, “González”, rta. el 24/08/98, precedente citado por NAVARRO y DARAY, *op. cit.*, t. 2, p. 965. Por el contrario, descartan la posibilidad de aplicar este instituto en asuntos que presentan una cierta complejidad probatoria, D’ALBORA, *op. cit.*, p. 759; y Cámara Federal de San Martín, Sala II, “Kronnel, Rodolfo E.”, rta. el 16/09/97, *La Ley*, 1998-B, p. 407.

^[19] Cfr. D’ALBORA, *op. cit.*, p. 762.

^[20] Cfr. DI CORLETO y SOBERANO, *op. cit.*, pp. 406-413.

^[21] Salvo a través del principio de caso juzgada (cfr. NAVARRO y DARAY, *op. cit.*, t. 1, p. 425; y D’ALBORA, *op. cit.*, pp. 301 y 317). También en este sentido, C.S.J.N., Fallos 315:549, del voto del Dr. Carlos Santiago FAYT.

^[22] Cfr. C.N.C.P., Sala II, causas n° 24, “Cevasco, Luis J.”, reg. 94, rta. el 3/03/94 y n° 903, “Mancini, Antonio y otros”, reg. 1.279, rta. el 12/02/97 y Sala III, causa n° 1.554, “Bustelo, Fernando M.”, reg. 523.98.3, rta. el 2/12/98, según voto del Dr. Eduardo Rafael RIGGI, entre otras.

^[23] En efecto, cabe recordar que salvo la opinión de la Dra. María Laura GARRIGÓS DE RÉBORI a la que se ha hecho referencia *supra* en nota al pie n° 2, el resto de los autores englobados en esa posición sí consideran ineludible el dictado del auto de procesamiento para dar sustento al encierro cautelar del imputado.

^[24] Desde ya que la oposición por parte de la defensa deberá formularse en la oportunidad correspondiente, no pudiendo una vez consentido ese trámite retrotraer el proceso a etapas ya superadas. Igual temperamento se ha adoptado en la instrucción sumaria respecto del derecho del imputado a solicitar ser oído en indagatoria, si bien existe cierto disenso en si éste caduca una vez que el fiscal se ha expedido en los términos del artículo 347, inc. 2do. del Código Procesal Penal de la Nación o subsiste hasta tanto no se haya decretado la clausura de la instrucción (ver en este sentido NAVARRO y DARAY, *op. cit.*, t. 2, p. 968; DI CORLETO y SOBERANO, *op. cit.*, p. 423; y C.N.C.P., Sala III, causa n° 4.926, “Impagliazzo, Aniello A. s/ conflicto”, reg. 779/2003, rta. el 23/12/03).

^[25] Cfr. C.C.C., Sala VII, causa n° 25.909, “Hermoso, Pablo”, rta. el 7/04/05.

^[26] Cfr. NAVARRO y DARAY, *op. cit.* t. 1, pp. 533-534.

^[27] Cfr. C.C.C.F., Sala I, causa n° 38.317, “Pérez Ojeda, Analía”, rta. el 27/12/05, al rechazar el planteo formulado por el agente fiscal contra la resolución del juez por la cual entendió que, habiéndose delegado la causa por el art. 196, no existía obligación legal de dictar auto de procesamiento. La Cámara consideró en esa oportunidad no sólo que esa decisión no frustraba la posibilidad del Ministerio Público Fiscal de requerir la elevación a juicio, sino fundamentalmente que la defensa no se había agraviado respecto de aquella decisión, lo que le impedía pronunciarse al respecto.

^[28] Causa n° 1.398/06, rta. el 21/07/06.

^[29] Cfr. en similar sentido, C.C.C., Sala I, causa n° 26.555, “Giromini, Alejandro”, rta. el 13/09/05.

^[30] Fallos 314:258, 315:942 y 323:1785, entre muchos otros.

Bibliografía y Jurisprudencia citada:

- ALMEYRA, Miguel Ángel, “¿Elevación de la causa a juicio sin procesamiento?”, La Ley, 2005-A, p. 539.

- AMELOTTI, Nicolás, “¿Puede prescindirse del auto de procesamiento?”, La Ley, 2001-B, p. 370.

- BAEZ, Julio C., “No se olviden... del auto de procesamiento”, Suplemento Penal y Procesal Penal de La Ley, del 30 de septiembre de 2005, p. 28.
- D´ALBORA, Francisco J., Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, 5ª ed. corregida, ampliada y actualizada, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- DARRITCHON, Luis, Como es el nuevo proceso penal, t. 1, 2ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1992.
- DI CORLETO, Julieta B. y SOBERANO, Marina V., “La denominada ‘instrucción sumaria’: un paso frustrado hacia el modelo acusatorio”, en RIGHI, Esteban (dir.), Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VI, nº 10 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- NAVARRO, Guillermo Rafael, y DARAY, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 1, 1ª ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- PASTOR, Daniel R., “El derecho procesal penal nacional de los años noventa: balance y memoria de un fracaso rotundo”, en la obra del mismo autor, Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?, edición al cuidado de CORDOBA, Natalia L., Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- TORRES BAS, Raúl E., “El procesamiento, instituto fundamental para un debido proceso penal en cualquier sistema de procedimiento”, La Ley Córdoba, 1997, p. 827.
- WASHINGTON ABALOS, Raúl, Código Procesal Penal de la Nación, 1ª ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1994.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal:
 - Sala I: causas nº 9.430, “González”, rta. el 24/08/98, nº 24.414, “Paz, Juan E.”, rta. el 9/09/04, nº 23.658, “Minervini, Leonardo V.”, rta. el 13/09/04, nº 25.043, “Carabajales, Adriana C.”, rta. el 28/02/05, nº 25.739, “Lipnizky, Leonardo J. y otros”, rta. el 6/05/05, nº 26.605, “Stella, Gustavo A.”, rta. el 5/08/05 y 26.555, “Giromini, Alejandro”, rta. el 13/09/05.
 - Sala IV: causas nº 20.617, “Ibáñez, Narciso”, rta. el 27/03/03, nº 24.865, “Faldutti, Esteban”, rta. el 28/10/04 y nº 27.138, “Monachelli, Oscar A. y otro”, rta. el 7/09/05.
 - Sala V: causas nº 23.261, “Vicente, Mariela y otro”, rta. el 29/12/03 y nº 26.947, “Rutigliano, Julio”, rta. el 30/06/05.
 - Sala VI: causas nº 26.558, “Papasodaro, Daniel A. y otro”, rta. el 21/06/05 y nº 27.564, “Morel Benítez, José”, rta. el 2/09/05.

- Sala VII: causas n° 25.917, “Mancinelli, Adrián O.”, rta. el 16/03/05, n° 25.909, “Hermoso, Pablo”, rta. el 7/04/05 y n° 26.725, “Bentivenga, Miguel A.”, rta. el 13/06/05.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I, causa n° 38.317, “Pérez Ojeda, Analía”, rta. el 27/12/05.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de San Martín, Sala II, causa “Kronnel, Rodolfo E.”, rta. el 16/09/97.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal:
 - Sala “A”: causa n° 43.821, “Álvarez, Daniel M.”, rta. el 7/04/00.
 - Sala “B”: causa “Rosenfarb, Natalio I.”, rta. el 9/04/03.
- Cámara Nacional de Casación Penal:
 - Sala II: causas n° 24, “Cevasco, Luis J.”, reg. 94, rta. el 3/03/94 y n° 903, “Mancini, Antonio y otros”, reg. 1.279, rta. el 12/02/97.
 - Sala III: causas n° 1.554, “Bustelo, Fernando M.”, reg. 523.98.3, rta. el 2/12/98, n° 4.926, “Impagliazzo, Aniello A. s/ conflicto”, reg. 779/2003, rta. el 23/12/03, n° 6.105, “Aizenstat, Luciano s/ recurso de casación”, reg. 258/2006, rta. el 30/03/06 y n° 6.587, “Graciani, Alicia B. y otro s/ conflicto”, reg. 357/2006, rta. el 27/04/06.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 314:258, 315:942, 315:549 y 323:1785.
- Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, causa n° 2.098, “Boffa, Pedro J.”, rta. el 22/11/05.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba, causa “Limia, Mariana E.”, rta. el 16/09/97.
- Tribunales Orales en lo Penal Económico:
 - n° 1: causas n° 1.296/05, “Dajnowski, Fabio M. y otro”, rta. el 24/11/05 y n° 1.351/06, “Argüello Bobadilla, Eliseo”, rta. el 12/04/06.
 - n° 2: causa n° 1.38/06, “Pérez López, Pablo M. y otra”, rta. el 21/07/06.