



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

FBB 8604/2020/19/CFC2
"Recurso Queja N° 19 - s/AVERIGUACION
DE DELITO" – Sala 1
Coiron 46030/2020

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, domicilio electrónico de la fiscalía 51000002082, en los autos FBB 8604/2020/19/CFC2, del registro de la Sala I, caratulada "Recurso Queja N° 19 - s/AVERIGUACION DE DELITO", me presento y digo:

I.- Llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal contra la resolución dictada por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca el 20 de mayo de 2021, mediante la cual decidió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la decisión que no había hecho lugar al planteo de nulidad del auto del 10 de febrero de 2021, por el cual la Sra. jueza federal había dispuesto que el Instituto Argentino de Oceanografía (IADO) profundizara ciertas medidas de prueba en las inmediaciones de las coordenadas geográficas en las que fueran hallados los restos de Facundo Astudillo Castro.

II.- Antecedentes. En el marco de la instrucción delegada en los términos del art. 196 CPPN, el 23 de octubre de 2020 los fiscales designados para intervenir en esta causa dispusieron la realización de un estudio de mareas sobre el estuario de Bahía Blanca durante el periodo comprendido entre el 30 de abril y el 12 de septiembre de 2020. Ese estudio fue requerido conjuntamente al Instituto Argentino de Oceanografía (IAO) y al Servicio de Hidrografía Naval.

El 30 de diciembre de 2020 se solicitó a los peritos que informen el estado de la tarea encomendada. Ante ello, el director del IADO informó las operaciones realizadas e indicó: "*Paralelamente hemos realizado un relevamiento aéreo con VANT (drone) obteniendo 2600 imágenes con 1,5 cm de resolución de un pequeño sector donde estimamos más probable Facundo Astudillo Castro podría haber intentado cruzar el Canal Principal. Este relevamiento parte de la*

hipótesis que Astudillo podría haber caminado por las vías del ferrocarril desde el cruce con la RN3 hacia Bahía Blanca por aproximadamente unos 9 km, para luego, al visualizar las poblaciones de Gral. D. Cerri, Pto. Galván, Ing. White y Bahía Blanca, abandonar las vías en dirección NO, transitando por lo que desde el nivel del suelo aparenta ser tierra firme continúa hacia las poblaciones”.

“Sin embargo, luego de transitar unos 2 km aproximadamente se habría encontrado con que debía atravesar aprox.120 m de canal, en ese momento casi sin agua (marea baja), donde habría quedado atrapado por el fango ahogándose con la marea subiente, que en esa oportunidad superó los 4 m de altura. Con posterioridad, por acción del agua y viento el cuerpo podría haberse desplazado hacia sectores vecinos”.

“Las imágenes obtenidas aún se encuentran bajo análisis, aunque ya es posible adelantar que lamentablemente es extremadamente dificultosa la identificación de rastros humanos debido a que cuando se nos permitió realizar el relevamiento ya hacía más de un mes que los cangrejos se encontraban en plena actividad, disturbando el ambiente. A pesar de ello, consideramos que esta hipótesis debe ser tenida en cuenta, razón por la que entregaremos un informe detallando la misma.”

El 2 de febrero de 2021 se incorporaron dos informes, provenientes de las instituciones mencionadas. El primero de ellos -el requerido por los fiscales- fue titulado “Análisis de los niveles de inundación por marea en la zona interna del Canal Principal de Bahía Blanca”. Este informe, a juicio de los fiscales, presentaba varias irregularidades: no respondía a la totalidad de los extremos analíticos requeridos, no identificaba a los profesionales que participaron de las tareas encomendadas ni estaba firmado por las personas que habían intervenido en los trabajos técnicos y especializados. Tampoco había constancia de que los peritos designados hayan concurrido a aceptar el cargo conferido. Ello motivó que los fiscales requirieran que se subsane el cumplimiento de las formalidades legales.

Un segundo informe presentado en la misma oportunidad -sin que fuera requerido- lleva el título de “Análisis de la situación en el campo con relación al caso Coirón N° 46030/2020 – FBB 8640/2020”. Los fiscales observaron que el profesional al que se había encomendado un trabajo específico había decidido, sin que le fuera peticionado y sin control alguno de las partes, realizar



tareas de campo que parecen coincidir con una nota publicada en el diario Clarín. Comprobaron que este profesional había elaborado una hipótesis y conclusiones que no guardan relación alguna con el objeto del estudio encomendado, sin haber tenido acceso a la totalidad de la información obrante en la causa. El informe está firmado únicamente por el Dr. Eduardo Alberto Gómez, director del Instituto Argentino de Oceanografía, a diferencia del informe requerido por los fiscales que no identificaba a los profesionales intervinientes, ni consignaba firma alguna.

El cuerpo de fiscales dispuso la devolución por secretaría del informe titulado “Análisis de la situación en el campo con relación al caso Coirón N° 46030/2020 – FBB 8604/2020” por no haber sido ordenado en el marco de la causa, (art., 50 del Reglamento para la Justicia Nacional) e hicieron un llamado de atención al Dr. Gómez.

Paralelamente, el 5 de febrero, la jueza sorpresivamente solicitó a la Fiscalía que en 24hs se incorpore al LEX 100 el informe que había sido enviado por el IAO.

El 10 de febrero ella dispuso unilateralmente y de oficio profundizar las medidas probatorias con relación al estuario y la ría de Bahía Blanca, en tanto se trataba de la zona en la que a su juicio Facundo Astudillo Castro había muerto ahogado, como ya había afirmado al rechazar medidas de coerción solicitadas por los fiscales. Este nuevo estudio solicitado por la jueza contenía idénticos parámetros al volcado en el informe que fuera devuelto al IADO por los fiscales. Justificó su decisión como una “medida para mejor proveer” e indicó que ello no implicaba reasumir la instrucción del sumario.

Sin embargo, para los fiscales no resultaba aplicable el instituto de las “medidas para mejor proveer”. Señalaron que se trata de un instituto previsto en el art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y que la aplicación de sus disposiciones al proceso penal sólo corresponde a casos específicamente contemplados en el Código Procesal Penal de la Nación o bien para suplir vacíos legales. Además, indicaron que la decisión se encuentra reñida con los arts. 116 y 120 de la CN. Afirmaron que las medidas para mejor proveer presuponen la existencia de un “hecho controvertido”, situación que no se había dado hasta ese momento. Consideraron que la postura de la jueza chocaba contra la ausencia de

interés y la distancia que debe tener el juez. De esa forma la magistrada habría reasumido tácitamente la instrucción del legajo, lo que provocó una dirección bicéfala de la instrucción.

Como consecuencia de ello, el 21 de febrero de 2021 los fiscales pidieron interrumpir la ejecución de la medida, pero no tuvieron respuesta. Lo volvieron a pedir los días 3, 11 y 12 de marzo. Tampoco tuvieron respuesta. El 15 de marzo se agregaron al sistema Lex 100 los escritos del 3, 11 y 12 de marzo y se rechazó el pedido.

Al día siguiente la jueza agregó el informe del IADO y lo remitió a la Cámara de Apelaciones. Los representantes del Ministerio Público Fiscal entienden que la jueza asumió un rol de parte y contradictor de la hipótesis de investigación. Observan que no sólo no se suspendió la ejecución de la medida, sino que ante su conclusión (en tiempo récord y sin control de las partes) el estudio vino a sustentar la hipótesis que promueve la jueza de la causa. Argumentan que de esa forma se anticipó a la discusión que los acusadores darían respecto de la convalidación de un elemento de prueba incorporado de manera sorpresiva, irregular y contrario al marco constitucional aplicable. Consideran que la jueza se arrogó facultades que, en función del art 196 CPPN y por imperio constitucional, fueron puestas en cabeza del Ministerio Público Fiscal. Así se habría afectado la independencia y el debido proceso, toda vez que, en el marco de una instrucción delegada, la jueza no debe disponer este tipo de medidas sin pedido de parte ni decisión de reasunción de la investigación.

Para los fiscales cuando la dirección de la investigación está en cabeza del Ministerio Público Fiscal, la recopilación de material probatorio que aporte al esclarecimiento del hecho le corresponde a esa esta parte. La magistrada podrá compartir o no los pedidos que formulen los demás sujetos procesales, pero no puede definir e indicar qué hipótesis y qué elementos de esa hipótesis los acusadores debemos seguir y considerar; mucho menos qué pruebas debemos producir en tal sentido. Argumentan que la delimitación del objeto de investigación se encuentra en cabeza del fiscal.

Remarcaron que la profundización del estudio de mareas, y los demás extremos explicitados en el auto atacado, no complementan el análisis sobre los restos óseos de Astudillo Castro hallados en el estuario de Bahía Blanca. Sólo permite a la magistrada reforzar su hipótesis acerca de qué le ocurrió al joven, en



franca contradicción con las demás hipótesis posibles, sobre las que este Ministerio Público trabaja en función de la obligación convencional de llevar adelante una investigación exhaustiva. Señalan que, además, se estaban realizando otras medidas de prueba en igual sentido, pero con organismos diferentes.

Los representantes del Ministerio Público Fiscal consideran que la jueza aplicó un instituto (la medida para mejor proveer) previsto para otro proceso (el civil y comercial), para una etapa posterior (el plenario), con un presupuesto de hecho diferente (no hay hechos contradictorios) y que debe ser utilizado con extrema prudencia para evitar afectar los derechos de las partes.

El 20 de mayo de 2021, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca rechazó el recurso de apelación deducido contra la resolución del 9 de marzo de 2021 por el cual la jueza había rechazado el planteo de nulidad del decreto del 10 de febrero de 2020.

Los magistrados consideraron aplicable lo resuelto en el legajo FBB 8604/2020/8, caratulado “CASTRO ALANIZ, Cristina Adriana por Averiguación de Delito”. En aquella oportunidad recordaron que *“en punto al alcance de las facultades que la ley otorga a los jueces y a los fiscales en el marco del avance, dirección y conducción del proceso, particularmente en la etapa por la que actualmente transita, es decir la de investigación, si bien el Ministerio Público Fiscal tiene a su cargo la función de “promover la actuación de la justicia en defensa de los intereses generales de la sociedad” (art. 120 de la CN), y de no receptarse este criterio podría verse afectado el equilibrio que debe existir entre los sujetos procesales, el rechazo efectuado por la jueza a quo de las medidas probatorias solicitadas, en modo alguno implica desconocer los ámbitos propios de actuación de cada uno.*

Así, [l]a pertinencia de la prueba, calificándola como necesaria incumbe sólo al juez, [lo que] resulta consecuencia del carácter escasamente contradictorio de esta etapa (cf. D’Albora, Francisco José, Código Procesal Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 353). En efecto, aun cuando la señora jueza de grado haya delegado la investigación en el Ministerio Público Fiscal, según la facultad que le otorga el art. 196, CPPN, y como consecuencia éste sea el encargado de llevar a cabo las medidas y diligencias de

prueba tendientes a la averiguación del hecho y la determinación de autores y cómplices (art. 193, CPPN), dicha delegación no implica que la magistrada haya perdido la dirección del proceso y la decisión final de temas puntuales, estando a su cargo la autorización de actos que le son propios e intransferibles según lo establecido por los arts. 210 y 213, del código de rito, así como la protección de las garantías que hacen al debido proceso legal, respecto de cualquiera de las partes intervinientes en él. Como complemento de ello, el art. 199 del CPPN marca la discrecionalidad técnica del juez que dirige la instrucción respecto a la admisibilidad y forma de realización de la prueba, dado que, a la facultad de las partes de proponer diligencias, cuando las estimen conducentes, contrapone la del juez en punto a su rechazo cuando no las considere pertinentes ni útiles...”.

La cámara sostuvo que esto fue lo que ocurrió en el caso al considerar que la jueza de grado, como directora del proceso y en ejercicio de facultades que le son propias, había dispuesto profundizar las medidas probatorias con relación al estuario y la ría de Bahía Blanca, por ser la zona donde fueron hallados los restos de quien en vida fuera Facundo José Astudillo y objetos personales, las que –a su entender– eran útiles, pertinentes, como un aporte del tribunal, para completar la información de la autopsia. Por lo tanto, concluyeron que la medida cuestionada no había avasallado, obstruido o comprometido la labor de los acusadores públicos, sino que resultaba complementaria y accesoria a una medida de carácter jurisdiccional dispuesta con anterioridad, con eficacia potencial para esclarecer el suceso.

III.- Contra esa resolución, los representantes del Ministerio Público Fiscal interpusieron el recurso de casación bajo estudio.

Sostienen que la resolución recurrida posee una fundamentación aparente que limita a la remisión a ciertos precedentes judiciales sin exponer el razonamiento que por el cual la Cámara arribó a la decisión cuestionada. Entienden que los jueces no realizaron un análisis razonado de la petición efectuada. Remarcan que la Cámara de Apelaciones se remitió a un fallo sobre un supuesto distinto y no dio respuesta a los agravios invocados. Dicen que al afirmar que la actuación llevada a cabo por la jueza constituía una intervención oportuna en el marco de sus funciones, la Cámara no detalló los motivos de su afirmación. Señalan que tampoco dio respuesta al cuestionamiento de la forma en que la jueza pretendió, mediante forzadas interpretaciones normativas, echar mano



de una autorización legal que, en realidad, no estaba prevista para nuestro ordenamiento procesal penal en la etapa preparatoria, para así arrogarse facultades instructorias que no tenía.

Por otra parte, sostienen que la Cámara hizo una errónea interpretación de la ley procesal al intentar convalidar una actividad probatoria por parte de la jueza cuando ello estaba vedado por la delegación de la investigación que ella misma había puesto en cabeza del Ministerio Público Fiscal. Dicen que de esta forma se permitiría la introducción de hipótesis no aportadas por las partes, sino que, antes bien, se reforzaría la ya asumida posición que jueza anticipara respecto a lo que, a su entender, le habría sucedido a Facundo Astudillo Castro: ahogamiento por sumersión accidental.

Afirman la presencia de una causal de arbitrariedad y afectación al debido proceso. Argumentan que la jueza direccionó las pruebas para sustentar la conclusión que había dado por cierta de antemano que, en realidad, no se compadece con el plexo probatorio reunido. Ante este cuadro de situación, consideran que cualquier medida que pretendan realizar para corroborar cualquier hipótesis distinta de la ya afirmada por la jueza carece de sentido, pues resulta claro hacia donde direcciona ella la investigación.

Por último, afirman la existencia de gravedad institucional por estar en juego la responsabilidad internacional del estado nacional.

IV.- Considero que la resolución recurrida debe ser revocada y que debe anularse la decisión del 10 de febrero del corriente año -obrante a fs. 6240/2- por la cual la jueza dispuso profundizar las medidas probatorias con relación al estuario de Bahía Blanca, que es la zona donde fueron hallados los restos de quien en vida fuera Facundo José Astudillo Castro.

De la lectura de la sentencia se aprecia que la Cámara de Apelaciones omitió el tratamiento los argumentos ya reseñados y que aquí profundizaré. Además, la cita transcripta en el fallo no era de aplicación al caso bajo estudio, pues aquel incidente no se refería a una medida dispuesta de oficio, sino al rechazo de medidas solicitadas por las partes. Una situación se presenta cuando la jueza de la etapa de instrucción actúa de oficio sin haber delegado la investigación a la fiscalía, y otra cuando sí lo hizo, porque en este caso, su rol es el

de una jueza de garantías y contralor de la actividad procesal de las partes. Todo esto dicho aún en el acotado marco autoimpuesto para seguir la línea argumental del *a quo*, porque en verdad hoy en día (en realidad, hace más de cincuenta años), en función de la evolución de los principios procesales que más adelante abordaré, tampoco el/la juez de la instrucción es soberano/a para decidir la producción de pruebas sin intervención de las partes, como sí ocurría en el diseño inquisitivo original del Código de Procedimientos en Materia Penal (1888) que, si bien nos vino de España, seguía el modelo de los jueces de instrucción franceses, de quien el mismísimo Napoleón decía que tenían más poder que él, el emperador.

Todo esto muestra que el fundamento de la cámara fue aparente. Los agravios no expresan meras discrepancias con la decisión adoptada, sino que los representantes del Ministerio Público Fiscal desplegaron argumentos en los que muestran los agravios que no recibieron respuesta y que ahora la Cámara Federal de Casación Penal deberá abordar. No logró captar en toda su dimensión las consecuencias que producen en un proceso penal la sobreproducción e incorporación de pruebas intrascendentes, superficiales y mal realizadas, que generan confusión y entorpecen el proceso de conocimiento en búsqueda de la verdad jurídico objetiva.

Y existen disposiciones en el código procesal penal que tratan de prevenir esta situación, que son producto de la experiencia histórica. Al no contar con la intervención de las partes, la medida ordenada unilateralmente por la jueza resulta violatoria del principio de controversia de la prueba, que es uno de los aspectos de la defensa en juicio y el debido proceso (art. 18 CN), que también amparan a la parte fiscal.

Lo dicho no implica desconocer que aún rige el sistema mixto o inquisitivo atenuado en nuestro ordenamiento procesal penal nacional, sino poner de manifiesto que la experiencia histórica incorporó al procedimiento la posibilidad de la indagación a cargo de la fiscalía, como titular de la acción penal pública (arts. 5 y 196 CPPN) que atenúa los rasgos más inquisitivos, al sustraer del juzgador la dirección de la investigación.

Señala Maier que, durante el procedimiento preliminar, quien lo dirige goza de una amplia facultad para ingresar al procedimiento los medios de prueba que repunte convenientes para conocer el hecho objeto del procedimiento. Estas amplias facultades vienen de la mano de la facultad de rechazar la prueba



ofrecida por los demás intervinientes (Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, T. III, Buenos Aires, 2011, p. 100). Es consecuencia necesaria de ello que, en el trámite del art. 196 CPPN, el juez no pueda ordenar libremente la producción de prueba, pues está en cabeza del fiscal decidir cuál ha de ingresar al proceso, salvo las excepciones en la que deba requerir la autorización judicial.

Durante la delegación, el juez mantiene potestades sobre ciertos actos porque se consideran propios e intransferibles. Estos están previstos en los arts. 210 y 213 CPPN. Se trata de aquellos actos procesales que el juez considere indispensable, la recepción de la declaración indagatoria, la toma de medidas restrictivas de la libertad, etc. Sólo en esos casos el juez las puede disponer sin que ello implique la reasunción de la dirección de la instrucción. Pero el resto de la actividad probatoria está subordinada al criterio del ocasional instructor, sin perjuicio de la facultad del juez de dejar sin efecto la delegación (Navarro, Rafael Guillermo y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, 5ta ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 206).

En el caso bajo estudio, la prueba dispuesta por la jueza se encontraba dentro de aquellas sobre cuya producción el Ministerio Público Fiscal es soberano durante la delegación. El pretendido vínculo con la autopsia fue sólo un pretexto para ordenar una medida, disimulando lo que de otra forma equivaldría a reasumir la dirección de la instrucción. La utilización del instituto de las medidas para mejor proveer no puede ir en contra del ordenamiento procesal ni de los principios constitucionales ya apuntados. Como señalaron los fiscales, no estaban dados los presupuestos para su aplicación en este estadio del proceso.

Ahora bien, aun en un procedimiento diseñado con un juez de instrucción que no hubiere delegado la investigación a la fiscalía, tampoco es correcto el estándar jurídico sobre producción de pruebas que aplicaron la jueza y cámara apelados. Para ilustrarlo me valdré de la explicación del jurista colombiano Yesid Reyes Alvarado (Reyes Alvarado, Yesid, “‘Arrepentidos’ y ‘testigos secretos’: remembranzas de la Santa Inquisición”, en AAVV, Teorías Actuales en Derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 382): la validez de una prueba está constitucionalmente supeditada a la observancia del debido proceso y, dentro de él, al respeto al principio de contradicción de la prueba, afirmación que resulta del

todo aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. La sanción para su violación ha de ser la nulidad de la prueba así obtenida. Este principio no sólo incluye la posibilidad de discutir su valor probatorio (fase posterior), sino que presupone la facultad de solicitar pruebas (fase anterior) y también el derecho de intervenir en su práctica. El principio de contradicción se garantiza por el decreto judicial o auto que ordena la práctica de pruebas, hecho que ha de cumplirse con asistencia de las partes y que es indispensable en orden a la impugnación de la prueba, ya por ilegalidad, bien por inconducencia o por presentación de contrainterrogatorios.

En lo que aquí interesa, debemos remarcar que para garantizar el contradictorio, no basta con la posibilidad de que las partes puedan discurrir sobre la prueba producida, sino que es preciso habilitar su intervención en la decisión de qué prueba y de qué modo habrá de producirse para acceder al conocimiento que no se posee o, en este caso, en qué consistirá el examen pericial, a quién se consultará, sobre qué puntos, en qué términos, por qué medios, con qué motivo, etc. (arts. 198, 199, 200, 201, 202, 203, 209, 210, 211, 212, 258, 259, etc.).

Esto es derivación de una cuestión de teoría del conocimiento. El sentido de las pruebas estará siempre vinculado a lo que se inquiere, a quién pregunta, desde dónde. De modo que lo que puede ser suficiente para la jueza, no tiene por qué serlo para una defensa o un fiscal, que necesitan conocer e incorporar otras cosas a los fines de demostrar su pretensión.

Taruffo afirma que la regla del contradictorio debe ser garantizada también en la formación de la prueba al tratarse de un momento esencial a los efectos de la formulación del juicio sobre los hechos. Este principio, dice, es además una manifestación muy relevante del derecho constitucional a la defensa y opera sobre las pruebas que han de formarse dentro del proceso. Explica que el principio contradictorio debe ser implementado cuando las pruebas son controladas (si esto se realiza en el ámbito del proceso) o, al menos, cuando se usan en el proceso para la determinación de los hechos. Esto implica que se ponga en todo caso a las partes en condiciones de influir en la valoración de las pruebas que se realizará por el juez, es decir, de intervenir, discutir y eventualmente deducir otras pruebas, antes de que la decisión sobre el hecho sea formulada. (Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2da ed., Trotta, 2005, p. 384 y 385).

Más adelante, el jurista italiano insiste sobre este punto. Nos dice que un aspecto adicional en el que esta garantía opera como un importante



momento de control es el de la formación de las pruebas. Resulta intuitivo, explica, que es posible evitar interferencias indebidas, y en particular las que se derivarían de la influencia arbitraria del juez, si las partes están en situación de participar plenamente, jugando un papel activo, en el procedimiento de formación de la prueba. Es en este ámbito donde las partes pueden intervenir en la creación de pruebas estables, empleando sus conocimientos y sus facultades defensivas para evitar que se formen pruebas que no sean aptas para fundar una decisión correcta sobre el hecho. Enseña este autor que la contradicción en la formación de las pruebas, en realidad, no tiene únicamente la función formal de “completar” la implementación de la garantía de la defensa, sino también, y especialmente, la de hacer que la actividad de las partes sirva para verificar *in itinere* la calidad de la prueba (Taruffo, op cit., pp. 429 y 430).

Al excluir a esta parte fiscal en la formación de esta prueba, se privó al titular de la acción penal pública de la posibilidad de obtener aquella información que considere necesaria para la averiguación de la verdad real y de excluir aquella otra que considera que viene a obstaculizar esa tarea por impertinente, inconducente, porque excede la especialidad del perito y cae en lugares vulgares no científicos, etc.

En este caso se da la particularidad de que parte de la prueba -rechazada por la fiscalía- había sido formada por un sujeto ajeno al proceso en lo que respecta a ese informe, de manera inconsulta. Los fiscales bien podrían haber formulado preguntas al director del IADO para que explique por qué excluyó otras hipótesis, por qué excluyó la intervención de terceros en el fallecimiento de Astudillo, por qué excluyó el empleo de violencia, qué aspecto de su formación profesional le permite afirmar el camino tomado por Astudillo, qué conocimiento tiene de los elementos de prueba reunidos en el expediente, por qué medios obtuvo ese conocimiento, qué conoce de la tarea investigativa realizada hasta el momento, por qué no consultó otros elementos de prueba, si contrastó su hipótesis con otras, cómo influiría su conclusión de haber consultado otros elementos de prueba, cuál es el procedimiento que debe seguir para formular el tipo de hipótesis como la que presentó, si en otras ocasiones presentó informes de manera inconsulta, quién le indicó los puntos que debía examinar, por qué excluyó otros, entre otras. Mediante

estas preguntas, los fiscales podrían haber demostrado la necesidad de excluirla del proceso o por qué resulta irrelevante para la determinación de los hechos. La participación en la formación del conocimiento sobre un hecho es determinante para poder realizar correctamente la misión constitucional asignada a este Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN).

Lo que ocurrió fue lo opuesto: la jueza dispuso unilateralmente la profundización de una medida de prueba irregularmente ingresada al proceso, dirigida a dar sustento su propia teoría del caso, mediante la exclusión de la fiscalía de su proceso de formación. Si no se garantiza la defensa en juicio en la formación de la prueba, el resultado debe ser excluido del proceso. Hay algo que materialmente se crea, pero ese dato no constituye prueba. El principio de amplitud probatoria no habilita a la formación de prueba en violación a las garantías constitucionales del proceso penal. Dice Taruffo: la prueba formada en violación de las normas que regulan su formación es en principio inutilizable por ser nula o, si se prefiere, ilícita (Taruffo, Michele, op. cit, p. 380). En nuestro caso esa regulación viene constitucionalmente dada por la garantía de defensa en juicio, que asiste a todas las partes del proceso, incluido este Ministerio Público Fiscal (art. 18 CN). Como se adelantó, la libertad probatoria no significa permitir ingresar al proceso cualquier información, porque ésta debe pasar previamente por el chequeo de su legalidad, pertinencia, seriedad científica, etcétera.

En el caso bajo estudio, además, no sólo no garantizó el derecho a discutir sobre la investigación y estudio que se propondría, en la etapa de gestación y producción de esta prueba sino que la jueza la dispuso *per se* pese a que la investigación estaba en cabeza de otro sujeto procesal (la fiscalía, titular de la acción penal pública).

Desde otro ángulo, se observa que la decisión de la Cámara de Apelaciones dejó en letra muerta el art. 196 CPPN, al admitir una dirección bicéfala de la instrucción. Esto resulta contrario al principio acusatorio y de imparcialidad del juzgador, pues tiene como consecuencia que el juez pueda delegar la dirección de la investigación y, al mismo tiempo, ordenar la libre realización de pruebas cuando no esté de acuerdo con la fiscalía, es decir, cuando promueva una hipótesis distinta sobre el caso, sin necesidad de reasumir su dirección. Este resultado no sólo resulta violatorio de los principios mencionados, sino que también degrada la función jurisdiccional. Para la Cámara de Apelaciones, el juez que delega la



instrucción se convierte en un co-instructor, en un instructor accesorio o peor aún, en un “gerente” que le da algunos trabajos a los empleados hasta que se le ocurre lo contrario. Esta hermenéutica del art. 196 CPPN no es admisible por encontrarse reñida con principios constitucionales. Nos encontramos, por lo tanto, ante una interpretación indebida, que prescinde manifiestamente de la letra de la ley, lo que constituye en sí una causal de arbitrariedad de sentencias (Fallos: 278:168, 293:539; 300:588; 301:595, entre otros).

En cuanto a la medida en sí, se observa que fue motivada por una presentación del director del IADO -pues no puede calificarse como examen pericial- titulada “Análisis de la situación en el campo con relación al caso Coirón N° 46030/2020FBB 8604/2020”, en la que esta persona aventuró una hipótesis sobre el posible recorrido de Facundo Astudillo y la forma en que podría haber muerto accidentalmente, algo que excede completamente la competencia de un experto en algún tema puntual, que no es la jueza de la causa ni las partes, y sin que ello le haya sido requerido. Véase que, para desplegar una conjetura semejante, cualquier persona habría debido, por lo menos, contrastar esos datos con el resto de la prueba colectada en el expediente. Esto resulta evidente, en tanto en la medida cuestionada incluye un pedido relativo “a un análisis de las posibilidades y situaciones del recorrido efectuado el día 30/4/2020 por Facundo José Astudillo Castro por el área, y tenga en cuenta los sitios donde fueron hallados los restos óseos y sus pertenencias (...) El estudio puede incluir aportes derivados de su experiencia en el campo (...)”.

Perito es aquel experto que actúa por encargo del tribunal (Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 239). En este caso, el segundo estudio presentado por el director del IADO no obedeció a encargo alguno. Dado que no está fundado en las constancias del expediente, carece de rigor científico, pues aventurar una hipótesis en esas condiciones no es válido. Podría, de haber sido solicitado, exponer sus hallazgos apoyados en los principios de su ciencia, arte o técnica (art. 263, inc. 3° CPPN) pero carece de validez una conclusión tan aventurada que sólo tiene en cuenta parte de los elementos de prueba. Todas estas irregularidades eran suficientes para motivar su devolución. Es requisito de admisibilidad de la prueba pericial que ella goce de

confiabilidad del peritaje (Duce, Mario, La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, Didot, Buenos Aires, 2013, p. 79), circunstancia que no es posible afirmar en este caso por las razones ya apuntadas.

De haber podido intervenir en la decisión de profundizar el segundo estudio presentado por el IADO, habría podido hacer valer todas las objeciones aquí reseñadas. Quizás sea demasiado tarde para corregir este rumbo, porque la experiencia profesional nos enseña que una prueba mal hecha suele “pisar” las evidencias que podrían haberse obtenido con un modo correcto de obrar.

V.- Por las razones expuestas, solicito:

1) Que se haga lugar al recurso interpuesto por los representantes del Ministerio Público Fiscal.

2) Se case la resolución y se remitan los actuados al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento conforme a los fundamentos de este dictamen.

Fiscalía N° 4, 26 de octubre de 2021.

RN

Javier Augusto De Luca
Fiscal General