

Expediente:49-2012
Tribunal: Juzgado de Control N°5

Competencia:
Fecha: 08/03/2012

Voces Jurídicas
AUTOPSIA; IMPROCEDENCIA; INCIDENTE DE NULIDAD;

SAN PEDRO DE JUJUY, 08 de MARZO de 2012

Y VISTO: Las actuaciones incorporadas en el Expte N°049/I/12, caratulado: "INCIDENTE DE NULIDAD presentado por el Dr. JULIO CÉSAR BRAVO en el Expte. N°49/12, caratulado: "G., F. A. p.s.a. HOMICIDIO y LESIONES GRAVES y LEVES-SAN PEDRO DE JUJUY", que se tramita por ante la Fiscalía de Investigación N°11 del Centro Judicial San Pedro de Jujuy, resultando VÍCTIMAS R. R. G., P. G. e I. E. P.",

Y CONSIDERANDO: Que a fs. 01 se presenta el Dr. Julio César Bravo en el carácter de Abogado Defensor del imputado F. A. G., interponiendo "Incidente de Nulidad" en contra del instrumento jurídico obrante a fs. 11, en virtud del cual el Sr. Agente Fiscal -Dr. José Alfredo Blanco- ordenó la realización de la autopsia al cadáver de la persona que en vida se llamara R. R. G.. Fundamenta su pretensión en los argumentos que -brevitatis causae- paso a detallar:

a) Se han vulnerado las garantías constitucionales del debido proceso al haber ordenado el Sr. Agente Fiscal la realización de la autopsia "sin haber solicitado a V.S. que emita dicha orden", afectando -sin duda alguna- los derechos de su defendido.

b) Luego de reproducir las partes pertinentes de los arts. 54 inc. 3º, 95 inc. 1º y 282 del Código Procesal Penal de Jujuy (CPPJ.), el nulidicente considera que "la violación de las mencionadas normas legales surge con claridad", manifestando primeramente que "en esencia el nuevo CPP. ha significado salir de un sistema procesal penal inquisitorio a otro acusatorio, dentro del cual la figura del Juez de Control surge como "garantía de imparcialidad y control de la legalidad de los actos importantes que se llevan a cabo en el proceso penal de investigación".

c) Plantea interrogantes, tales como: ¿Acaso la realización de la autopsia no es un acto importante? ¿No debió ser ordenada por el Sr. Juez de Control? O si se piensa que por razones de urgencia debía solicitarla el Agente Fiscal, no debió esta medida ser convalidada por el Sr. Juez de Control, o puesta en conocimiento del mismo?

d) Del espíritu del CPP. surge que el Sr. Agente Fiscal no debió ordenar "per sí" la realización de la autopsia. Además, del análisis armónico de los artículos citados, la orden debió ser dada por el Sr. Juez de Control. No existe norma alguna que expresamente otorgue la facultad de ordenar la autopsia al mencionado Agente Fiscal.

e) Finalmente, peticona la nulidad absoluta del instrumento de fs. 11 del expediente principal, como la de todos los actos consecutivos y posteriores que de él dependan, especialmente la realización de la autopsia propiamente dicha.

Así las cosas, del incidente de nulidad planteado por el Abogado defensor del imputado G., se corrió vista al Agente Fiscal (fs. 03) y a la

Parte Querellante (fs. 04), quienes procedieron a contestarla en los términos de ley, de acuerdo a las constancias obrantes a fs. 06/07 y fs. 08 de autos, respectivamente.

Entre los argumentos más destacados, el Agente Fiscal refiere los siguientes:

a) Resulta inadmisibile el planteo de nulidad del acto procesal que dispone la realización de una pericia cuando no se advierte una clara vulneración de la garantía de defensa en juicio, ello tomando en consideración que el Defensor Oficial fue notificado de la realización de la medida, constándole la celebración y regularidad de la misma (fs. 11), y que tanto en los actos de conocimiento de causa (fs. 170) como en el de declaración del imputado (fs. 174), este último y sus defensas técnicas se anoticiaron debidamente de las pruebas obrantes en su contra (entre las que se encontraba la autopsia aludida) y la posibilidad que tenían de ofrecer nuevas probanzas y medidas conforme a la ley.

b) No se advierte que surja de la norma precitada (art. 282 CPP.) que la realización de la prueba pericial sea privativa y exclusiva del Juez de Control, y menos aún que exista expresa sanción de nulidad para el caso, lo que permite concluir que la misma está dentro de las actividades que sirven al Fiscal de base para sus requerimientos, dentro del marco de libertad probatoria que el ordenamiento de rito tiene como uno de sus principios determinantes.

c) Habiéndosele impuesto al imputado los hechos que se le atribuyen y posibilitando en todo momento el ejercicio material del derecho de defensa, no se afecta norma constitucional alguna, por lo que el decreto atacado no genera agravio irreparable, ni perjuicio concreto alguno.

d) También efectúa consideraciones doctrinarias, manifestando que "la iniciación de cualquier investigación deviene ex-post-facto, requiriéndose la existencia de uno o varios hechos concretos que ponen en funcionamiento los engranajes del sistema de enjuiciamiento penal, es decir, pre-existen a la actividad estatal de su investigación en un procedimiento, resultando válidas -en este punto- todas las medidas tendientes a determinar los responsables del injusto. Hasta ese momento, el Fiscal de Investigación no es parte. Está institucionalmente ubicado dentro del Poder Judicial y debe actuar con "criterio de objetividad".

La pericia médica dispuesta a horas del deceso de la víctima se enmarca en esa actuación objetiva (en miras a asegurar la actuación de la ley), resultando claramente distinta la situación una vez efectuada la imputación al acusado. Sin perjuicio de ello, afirma que la objetividad debe mantenerse en toda la actividad desplegada por la Fiscalía en procura de la construcción de la verdad.

e) Toda nulidad resultará viable en la medida que exista una irregularidad grave y trascendente. Una de las finalidades esenciales es la de evitar un estado de indefensión en quien resulte justiciable, garantizando el ejercicio del derecho de defensa en juicio. Las nulidades deben siempre valorarse con carácter restrictivo ..., se limitan a aquellos casos en los cuales la tolerancia del defecto formal resulta incompatible con la debida protección de los derechos. Cita Jurisprudencia. Solicita el rechazo de la pretensión de invalidez planteada.

Por otro lado, la parte Querellante representada por la Dra. Cecilia Eugenia Miranda Yapura, sostiene que:

a) En el caso de autos, la autopsia debía realizarse de inmediato a fin de evitar dilaciones innecesarias con pérdida de elementos probatorios por el transcurso del tiempo.

b) Si bien el peticionante expresa que la autopsia debía ser ordenada por V.S. o comunicada al mismo, ello no lleva a una nulidad del proceso debido a la celeridad con que se realizan los actos procesales, sin menoscabar el derecho de defensa del imputado. Por eso el Dr. Bravo no hizo alusión alguna o mencionó que la autopsia carece de validez o está mal hecha; tampoco se violó derecho alguno para con su defendido.

c) El Ministerio Público Fiscal se encuentra investido de la facultad de realizar medidas, tal como lo es la autopsia que resulta necesaria en estos casos. Es el juez de la causa quien en definitiva resuelve su incorporación en tanto la entienda pertinente y útil para la investigación. A partir de su ingreso al proceso, las partes ejercerán su control y será el magistrado quien valore, oportunamente, su mérito. Por ello, no se advierte mengua alguna al ejercicio del derecho de defensa, porque su valoración siempre estará en cabeza del juez, lo cual asegura -a su vez- la debida revisión de las partes. Solicita, en consecuencia, se rechace la nulidad peticionada.

Que, a efectos de dilucidar sobre la procedencia o no del planteo efectuado por la defensa del imputado G., propicio el análisis de tres cuestiones traídas a examen que permitirán desentrañar, sin mayores obstáculos, el tópico debatido en esta instancia, a saber:

1era. Cuestión: ¿Cuál es el rol que desempeñan el Ministerio Público Fiscal y el Juez de Control en el Sistema Acusatorio?

Al respecto, se ha sostenido que "Investigación fiscal y control de jurisdiccionalidad son dos caras de la misma moneda, no puede existir una sin la otra. Una investigación fiscal sin control judicial es puro ejercicio de poder punitivo, arbitrario y antijurídico, y el control -por sí solo- no existe sin una acción que se pretenda controlar. Control es inspección, examen y -ante todo- vigilancia, revisión y observación de la acción de investigación, tomando como pautas los derechos y garantías constitucionales, pero el control parte del presupuesto del necesario respeto del órgano que es controlado y de que sólo ese órgano puede ejercer la acción vigilada".

"El fiscal es el director del proceso de investigación criminal, lo cual le permite cumplir con su misión de acusar fundamentalmente con la finalidad de recolectar todos los elementos necesarios para que esa acusación sea fundada. Tal acusación debe estar sustentada en hechos, no en palabras. La argumentación, las palabras deben ser en orden a los hechos, legal y debidamente acreditados ante el órgano jurisdiccional".

Por otra parte, el rol del juez de control es garantizar los derechos del imputado, de la víctima; ejercer un control jurisdiccional de los derechos y garantías constitucionales de la parte sometida compulsivamente a proceso y de la parte privada adherida (querellante, actor civil). No tiene por función controlar y asegurar los derechos y atribuciones del Ministerio Público Fiscal en orden al ejercicio de la acción criminal, sino sólo respetar sus atribuciones autónomas e independientes para

investigar. Tampoco puede constituir su labor en una obstrucción a la actividad fiscal (CPPJ. Comentado, Libro Segundo, "Investigación Preparatoria", págs. 238/239, Ediciones Moglia, 2011).

Los Convenios Internacionales incorporados a la Constitución Nacional y por ello de su mismo rango, ponen especial énfasis en la imparcialidad del tribunal y en la igualdad entre acusador y acusado como presupuesto de la defensa de este último (art. 75, inc. 22 CN.; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8.1 y 8.2; art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre).

Ello hace necesario reencontrar, en el proceso penal, un nuevo punto de equilibrio entre el imperativo de conocer la verdad sobre la imputación delictiva contenida en la acusación, la mayor imparcialidad del tribunal que debe resolver sobre ella en forma provisional (admitiendo que tiene suficiente fundamento como para permitir la apertura del juicio) o definitiva (dictando sentencia que la admita o rechace), y la situación de igualdad que debe garantizarse al acusado frente a su acusador.

Para ello hay que partir de la base de que la función de perseguir y acusar es diferente e independiente de la de juzgar y punir; que la función de juzgar no puede, sin riesgo para su imparcialidad ni para la igualdad de partes, sumar atribuciones de persecución como son -entre otras- las facultades propias de investigación. Y que negárselas, centrando la responsabilidad probatoria en el Ministerio Público Fiscal, no tiene porqué poner en riesgo el descubrimiento de la verdad sobre la culpabilidad del acusado. O sea que aquélla puede igualmente obtenerse sin comprometer la imparcialidad del juzgador, ni afectar la defensa del imputado, principios éstos que condicionan su logro, según nuestro ordenamiento jurídico.

El principio propio de un Estado de derecho es que "toda acusación debe ser probada y le incumbe a la parte acusadora incorporar la prueba de sus imputaciones" (Binder, A. "Justicia penal y Estado de derecho, Bs. As. 1993, p. 39). Es que, "al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba debe aportarla quien niega aquélla, formulando la acusación" (Ferrajoli, Luigi "Derecho y Razón", Madrid 1995, ps. 606 y 611).

Por lo tanto, la diferenciación entre acusación y su examen por un juez, ratifican el modelo de enjuiciamiento de la Constitución, agregándole -expresamente- un componente (implícito en el art. 18 CN.): la imparcialidad de quien debe examinar y decidir sobre la acusación, es decir, del juez, orientada a la igualdad procesal entre acusador y acusado, como presupuesto de la defensa de éste, basado en la igual posibilidad de ambos de contraponer afirmaciones, negaciones, pruebas y argumentaciones que puedan influir sobre el resultado final del proceso.

Definidos así los roles del Ministerio Público Fiscal y del Juez de Control en el marco de un sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio, corresponde ahora delinear cuál es el ámbito de atribuciones conferidas por el ordenamiento procesal penal local a cada uno de ellos, para saber si la orden impartida por el Fiscal a fs. 11 de los autos principales "ha vulnerado de manera evidente las garantías constitucionales del Debido Proceso", afectando derechos del imputado, lo que me lleva a considerar la segunda cuestión de análisis.

2da. Cuestión: ¿Es válida la realización de la autopsia ordenada por el Agente Fiscal sin conocimiento y/o convalidación del Juez de Control?

La nueva estructura del CPPJ impone una presencia activa de los fiscales con la policía administrativa en función judicial. Indudablemente que, a mérito de la naturaleza de los actos que comprenden e integran la Investigación Penal Preparatoria, constituye ésta la etapa del proceso que mayores aristas críticas importan para la vigencia de los derechos constitucionales de los sujetos sometidos a la indagación impulsada por los fiscales, con asistencia de sus ayudantes y de la policía. Ello así, en virtud de la necesidad de satisfacer exigencias que concurren en esa misma instancia, a saber: por un lado, el derecho de quien resulta sospechado de haber cometido un delito, de defenderse y, por el otro, el derecho de la víctima o damnificado de que se esclarezca la ofensa en tiempo propio, requiriendo, a tal fin, la celeridad del caso que -muchas veces- se muestra en pugna con la preservación del derecho del primero.

A efectos de disipar cualquier duda al respecto, el art. 342 del CPPJ regula el criterio de actuación del fiscal. Nos refiere que "dirigirá la Investigación Penal Preparatoria (IPP) con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad". En otras palabras, se viene a establecer normativamente la oposición a toda actividad procesal penal que dependa de la "subjetividad" del funcionario en cuestión.

Ahora bien, la mentada objetividad de actuación deberá atravesar todas las instancias del procedimiento penal. Coincidimos en este punto con lo manifestado por Luis M. Chichizola, en cuanto a que "...no se debe pensar que el deber de objetividad se agota tan sólo en la etapa en que el funcionario recoge las evidencias que le permitirán ejercitar la acción pública de la cual es titular, sino que lo acompaña a lo largo de todo el proceso, incluyendo las etapas recursivas, puesto que si advierte que se ha modificado la situación en beneficio del imputado, deberá dar los pasos necesarios para que finalice la persecución penal en su perjuicio" ("Criterio Objetivo del MPF", en Rev. de Derecho Penal Nº2001-1, "Garantías Constitucionales y Nulidades-I", Rubinzal, Santa Fe, p. 314).

Asimismo, el discernimiento objetivo requerido al acusador público es también susceptible de ser inscripto en el campo de las garantías, tomada esta categoría del Derecho como sinónimo de "protección o tutela", acá básicamente del imputado, pero sin excluir a los demás intervinientes en el enjuiciamiento penal.

Es dable destacar que la evolución contemporánea sobre la actuación del Ministerio Público, tiende a dotar a los fiscales de márgenes racionales de discrecionalidad técnica y de criterios controlables de oportunidad dentro de los que puedan decidir la promoción y continuidad de la acción y el encuadre de la pretensión. Por eso, "en el marco de un modelo acusatorio/adversarial, la interpretación del criterio de objetividad -adoptado por la ley procesal- debe vincularse más que con la idea de imparcialidad -propia de los jueces- con estándares de profesionalismo, buena fe, lealtad y al derecho que la defensa tiene de aprovecharse de la actividad investigativa del Estado" (Erbeta, Daniel y otros, Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, p. 207, Comentado, Ley 12.634, Rosario, 2008).

Por cierto, el abandono de la instrucción formal del juez y su sustitución por una investigación preparatoria a cargo del fiscal, tiene varias implicancias. En este sentido, el cambio operado no puede entenderse como un mero cambio de actores. No se trata de que los fiscales hagan lo mismo que antes hacían los jueces; se trata de que investiguen de una manera distinta. La transformación del modelo debe implicar, necesariamente, un cambio en la concepción de la investigación.

En los modelos inquisitivos, la investigación "es una actividad lineal, ritualista, rígida y muy formalizada, todo lo cual impide obtener mayores niveles de eficiencia, lo que se traduce, entre otras cosas, en un alargamiento del tiempo de duración de los sumarios y en un nivel importante de vulneración de derechos de los involucrados".

La concepción del nuevo sistema pasa fundamentalmente por darle a la investigación verdadero carácter preparatorio del juicio, lo que exige concretarla con mayor rapidez y agilidad, asumiendo que sus resultados tienen principalmente un valor informativo y no un carácter probatorio. En efecto, el ámbito en el que se despliega la labor probatoria es el juicio y no la investigación, ésta sólo aporta los insumos para desarrollar aquélla, a través de la formulación de la acusación o para la adopción de otras decisiones jurisdiccionales, escapando a esta formulación los supuestos de anticipos jurisdiccionales de prueba, que son un mecanismo de excepción para aquellos casos en que no resulte posible esperar la realización del juicio.

"El juicio es, pues, el momento de la prueba en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirían para probar la imputación en el juicio; ése es, precisamente, el sentido de las palabras preparatorio de la acusación" (Binder, Alberto "Introducción al Derecho Procesal Penal", p. 238).

La investigación, agrega Binder, "es una actividad eminentemente creativa: se trata de superar el estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre". "El principio de centralidad del juicio como momento de verificación y sus bases estructurales constituyen la piedra angular de todo el sistema de garantías procesales. Todas ellas forman parte de una teoría del juicio, cuya función es explicar el funcionamiento de las garantías y favorecer su desarrollo. Establecer los requisitos verificables del acto punible (teoría del delito), fijar las condiciones de verificación (teoría del juicio) y regular el ingreso y utilización de la información (teoría de la prueba), constituyen el trípode conceptual del sistema de garantías..." (Binder, Alberto "El incumplimiento de las formas procesales", p. 71).

En este marco conceptual y jurídico, estoy en condiciones de adelantar que la orden impartida por el Agente Fiscal a fs. 11 de autos principales, disponiendo la realización de la autopsia del cadáver de quien en vida se llamara R. R. G., es válida y realizada en el contexto de las atribuciones conferidas por la ley procesal penal al titular de la IPP..

Esta afirmación resulta perfectamente compatible con lo dispuesto por el art. 20 del CPPJ, en función del juego armónico de los artículos 8, 16, 89, 95, 229, 230, 282, 339, 340, 341, 342, 346, 347, 360 y 361 del código ritual.

En el moderno diseño de investigación penal, el fiscal -órgano encargado de practicarla- se encuentra investido de una serie de potestades en

materia probatoria. La posibilidad de control de las partes sobre dichos actos se encuentra asegurada mediante la notificación previa y el derecho de asistencia de los defensores. Aquí, debo resaltar que el Agente Fiscal al tiempo de ordenar la autopsia, notificó la realización de la misma al Defensor Oficial, quien manifestó no tener causales de recusación, conforme surge del citado instrumento obrante a fs. 11. Sobre este punto, volveré más adelante.

Por su parte, el nulidicente afirma que el Fiscal no debió haber ordenado "per se" la realización de la autopsia y que de la conjunción de los arts. 54 inc. 3º, 95 y 282 del CPPJ, es el Juez de Control quien debió dar la orden. Previamente se pregunta ¿acaso la realización de la autopsia no es un acto importante? ¿no debió ser ordenada por el Sr. Juez de Control? O si se piensa que por razones de urgencia debía solicitarla el Agente Fiscal, ¿no debió esta medida ser convalidada por el Juez de Control o puesta en conocimiento del mismo? Para concluir que no existe norma alguna que expresamente otorgue la facultad de ordenar la autopsia al mencionado Agente Fiscal.

Pues bien, veamos: el art. 282 del ordenamiento procesal local establece que "en caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la autopsia, salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo". Está claro que la norma aludida sólo hace referencia a los supuestos en que corresponde disponer su realización, más no establece taxativamente quién es el órgano que debe ordenarla.

El art. 362 del CPPJ sostiene que "todos los actos o procedimientos que tuvieren por objeto la incorporación de prueba y realización de diligencias que se consideren irreproducibles o definitivos, deberán constar en actas... Tales actos o procedimientos deberán ser dispuestos por el juez de control, bajo sanción de nulidad. Antes de proceder... el juez mandará que sean notificados con veinticuatro (24) horas de anticipación, el agente fiscal, el defensor y el querellante...". Correlativamente, el art. 346 dispone que "los defensores y auxiliares técnicos de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el art. 233 (examen corporal y mental), siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles. Asimismo, podrán asistir a la declaración de testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración... El Ministerio Público Fiscal debe garantizar en todo momento el control de dichos actos por el imputado o su defensor".

Entonces, se advierte que el código de procedimientos le otorga al Juez de Garantías una actividad preponderante en la práctica de los denominados actos irreproducibles y definitivos. Así, por disposición legal (art. 362), el juez deberá disponer la realización de aquellos actos o procedimientos que tiendan a la incorporación de prueba de tal naturaleza.

Pero nuestro ordenamiento no define a los actos definitivos e irreproducibles, dejando a criterio del juez determinar cuáles deben ser catalogados de tal manera. Una primera aproximación del concepto puede inferirse de la fórmula utilizada en el art. 346 del código adjetivo, en cuanto permite la presencia de las partes en los registros domiciliarios, pericias, etc., "siempre que por su naturaleza y

características se deban considerar definitivos e irreproducibles, poniendo en cabeza del Agente Fiscal el deber de garantizar el control de dichos actos por el imputado o su defensor". Esta idea conceptual es coincidente con la de Maier, quien justifica su recepción anticipada ante el peligro de pérdida del elemento probatorio por la demora o por la naturaleza del acto, partiendo de la base del mero valor preparatorio de los medios de prueba llevados a cabo durante la instrucción o procedimiento preliminar, de modo que sólo tendrán el alcance de decidir si se enjuicia o no al imputado, más no para fundar la sentencia.

En un trabajo de importante relevancia jurídica para interpretar el real sentido del tema en discusión, Juan Carlos Sorondo (h), sostiene que del nuevo ordenamiento procesal penal diseñado para la Provincia de Buenos Aires se puede inferir un concepto no tradicional de acto definitivo e irreproducible, puesto que el reconocimiento de personas (art. 257 CPP, así como su correlativo de Jujuy: art. 288 del CPPJ, esto último me pertenece), habitualmente considerado irreproducible por su naturaleza, hoy es dispuesto directamente por el Fiscal, sin intervención del Juez de Garantías (LLBA, 1998, 817). Esta novedosa disposición permite abrir un interrogante sobre tal categoría, ya que el principal problema es determinar cuándo un acto es irreproducible o se tornará irreproducible de acuerdo a su naturaleza.

Utilizando el "cuándo son irreproducibles" se puede dejar la puerta abierta a que cualquier acto o prueba ingrese en esta categoría y, a la vez, se puede (y se debe) restringir la posibilidad de que ingresen. Seguir tomando el concepto de "¿cuál acto?" nos llevaría a considerar siempre a esos actos como irreproducibles, y a medida que la doctrina o la jurisprudencia fuesen incluyendo actos en esta categoría, la misma se iría ampliando, dando finalmente por tierra con el espíritu del código y la oralidad. Como corolario de todo lo expuesto, se define al acto irreproducible como: "aquella prueba que se realiza bajo formalidades especiales establecidas en el código para garantizar el debido control de todas las partes intervinientes en el proceso, desde que corre severo riesgo de perderse".

Por lo tanto, queda claro que el concepto de acto irreproducible debe ser sumamente restringido, no puede tomarse a la ligera y pretender incorporar o desestimar a través de él una cantidad indeterminada de prueba. Asimismo, hay que tener en cuenta que no se puede pretender, por ejemplo, que una autopsia o una pericia balística sean realizadas ante el Tribunal Oral para que gocen del carácter de prueba. Pero bastará con que al momento de realizarse, estén presentes (al menos notificados) quienes intervendrán en el juicio para que la misma tenga plena validez, porque habrá existido la posibilidad de control y se habrá cumplido con uno de los principios de la prueba, su carácter de ser común para las partes.

También, y desde este punto de vista, no merece objeción alguna el instrumento de fs. 11 cuya nulidad se persigue, ya que de una lectura atenta del mismo se advierte que tanto la Defensora Oficial (pues al momento de ordenarse la autopsia no había imputación formal ni abogado defensor constituido) como la madre de la víctima, hoy parte querellante en la causa, fueron debidamente notificadas de la realización de la autopsia, circunstancia ésta que acuerda plena validez al acto celebrado en tales condiciones, aún con prescindencia de quién emitió la orden.

Distinta es la calidad del acto que debe ser materia de un anticipo extraordinario de prueba, ya que, en este supuesto, estamos ante diligencias cuyos protagonistas, por diversas razones, no se encontrarán presentes en el debate y que, por lo tanto, será necesario adelantar una instancia procesal contradictoria para que la medida pueda ser validada como prueba en una sentencia futura (vgr. cuando por enfermedad, vejez, viajes u otro motivo, los intervinientes en un hecho o acto procesal, testigos, peritos, etc., no puedan apersonarse en el juicio). En estas circunstancias deben respetarse las condiciones del debate oral (inmediatez, contradicción y publicidad) bajo el directo control de un tercero imparcial que lo administre: el juez.

La diferencia con los actos definitivos e irreproducibles es clara: muchas diligencias pueden ser irrepetibles (algunas pericias, inspecciones, secuestros, reconocimientos, etc.) sin que esto obligue a la intervención del juez de garantías, ya que el ritual tiene los dispositivos necesarios para posibilitar el control de estas diligencias por el imputado y su defensor, tal como lo prescribe la última parte del art. 346 del CPPJ. Y es, justamente, lo que hizo el Fiscal: notificar a los interesados con el objeto de salvaguardar la vigencia de cualquier garantía constitucional que pudiera considerarse lesionada en el futuro (art. 347 CPPJ).

Por el contrario, si el órgano de prueba no pudiera relatar en el debate lo percibido en forma directa por sus sentidos (testigos) o sus conocimientos especiales (peritos o intérpretes) y la prueba fuese definitiva para la causa, debe adelantarse una instancia de debate reproduciendo sus condiciones (intervención de las partes con directo control del juez), aunque todavía tramite la etapa de la IPP.

Ésta y no otra debe ser la adecuada interpretación de las normas procesales en juego. De tal forma que nada impide al Fiscal, en uso de las atribuciones supra analizadas, ordenar la realización de la autopsia con la debida notificación al imputado (si lo hubiere) y al defensor (o al defensor oficial en su caso). Entender lo contrario, esperando la decisión de un órgano que ya no investiga y que -por tanto- no ha sido informado de la notitia criminis, es poner en grave riesgo una prueba útil para el proceso.

En otras palabras, y siguiendo acertadas reflexiones de Marcelo Medina (Juez de Garantías del Departamento Judicial de Mar del Plata), en oportunidad de comentar un fallo del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires emitido en la Causa N°232, entender lo contrario equivaldría a pensar de que "la Policía y el Fiscal deberían andar con un Juez de Garantías "a costas". Sin embargo, nada de ello sucede, desde que "de acuerdo al concepto acuñado sobre los actos irreproducibles, el deterioro o destrucción del objeto de pericia como consecuencia de la propia operación pericial (vgr. los proyectiles, el semen de los hisopados vaginales, etc.) no implica que se trate de un acto que deba disponerse con las previsiones del art. 274 del ritual (que antes de su reforma por la Ley 13260, era de idéntica redacción a nuestro art. 362 del CPPJ), desde que es posible reeditar en el debate las condiciones de la pericia mediante la declaración del sujeto que participó en la misma. Aquellos actos, durante la instrucción se pueden realizar sin mengua para la defensa que deberá ser notificada, pudiendo contradecir, por otro lado, sus conclusiones en oportunidad de declarar el perito en el juicio".

Conforme lo expresa Chaia, para preservar su imparcialidad, el Juez no debe ordenar ni recibir pruebas de oficio. Tampoco puede ordenar

medidas propias de la investigación o defensa, ni interrogar a los testigos o peritos ofrecidos por las partes, pues ello importa inmiscuirse en la teoría del caso de los adversarios. En este esquema, las partes y no el juez son los protagonistas, ellas dejan de "colaborar" con la búsqueda de la verdad dirigida por un juez instructor y pasan a "construir" una verdad que brotará de la contradicción reglada y leal entre pares. Así, el fruto del proceso, su "verdad", deja de ser un acto potestativo y sólo cuenta lo realmente probado en juicio oral, público y contradictorio" ("Los alcances del sistema acusatorio en la nueva Constitución de Entre Ríos", El Dial.com).

La Jurisprudencia ha receptado el criterio aquí esbozado en un fallo del Tribunal Oral Criminal Nº1 del Dpto. Judicial de Junín, en oportunidad de expresarse sobre un pedido de nulidad efectuado por la Defensa, al que no le hizo lugar tomando como base la postura del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires (Causa 232). Así, sostuvo que "...al estar debidamente notificadas las partes de la relación procesal, de la realización de la diligencia de reconocimiento, en la que además participaron, se aseguró así que ante el adelanto de prueba definitiva se garantizara el adelanto de la contradicción. Hacer lugar a lo pedido constituiría la consagración de la ficción absoluta, ilógica y arbitraria que descansa en un mero formalismo sin sustento alguno. Es cierto que el juez penal no debe aceptar ficciones inculpatorias, pero tampoco debe aceptar las de signo inverso (exculpatorias), toda vez que le corresponde a él, la tarea de controlar que la distribución de la carga de la prueba se cumpla equitativamente, porque ella no es sólo un mecanismo de orden procesal, sino una garantía de raigambre constitucional a favor de las partes del juicio" (Resolución del 21/03/2002).

Finalmente, y como una derivación necesaria de los temas abordados in extenso precedentemente, estoy en condiciones de analizar la tercera y última cuestión referida a la observancia de las garantías constitucionales del Debido Proceso.

3era. Cuestión: La orden de realización de la autopsia impartida por el Agente Fiscal ¿ha vulnerado derechos del imputado?

Teniendo en cuenta, por un lado, la ubicación institucional del Ministerio Público como parte integrante del Poder Judicial, y por el otro, los principios que gobiernan su actuación (legalidad, objetividad, unidad de actuación y dependencia jerárquica), estimo que la orden impartida por el Agente Fiscal a fs. 11 de autos principales, donde consta fehacientemente la notificación del acto a las ulteriores partes del proceso, ofrece suficientes resguardos para la defensa, no advirtiendo el suscripto alteración alguna de las garantías exigidas por el principio del debido proceso legal.

Además, de la lectura pormenorizada del escrito obrante a fs. 01 y 01 vta. del presente incidente, no se logra advertir cuál es concretamente la garantía vulnerada, pues la referencia genérica a la "afectación de derechos" sin indicarlos o individualizarlos no permite abrir el análisis del presunto agravio.

Sin perjuicio de ello, y citando a María Angélica Gelli (Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, La Ley 2003, p. 166/167), puedo decir que "el debido proceso legal constituye una garantía constitucional, amplia, innominada, con aspectos adjetivos y sustantivos. El primero de ellos, y

relacionado al tema que nos ocupa, es el "debido proceso formal" que incluye el principio de legalidad. Así, en materia penal resulta imprescindible que, para incriminar una conducta, se sancione una ley por el Congreso Federal, la que debe establecer el tipo penal y la pena consecuente. Además, todo el proceso de investigación de los hechos y autoría del delito -fundamentalmente la prueba colectada y pertinente- debe ajustarse a reglas formales que constituyen, cada una de ellas, garantías específicas".

Para el Código actual, la garantía referida a la prueba colectada consiste sólo en situar a las partes -en cuanto a su contralor- en similares condiciones a las del juicio ex ante y, excepcionalmente, ex post. De allí que, resguardada esta cuestión trascendente, la realización de un acto probatorio ordenado de esta manera por el Fiscal resulta plenamente válido y exento de cualquier reproche de ilegalidad.

Por otra parte, se confirma -una vez más- la vigencia de la regla "pas de nullité sans grief", no sólo porque plasma los principios de conservación y trascendencia, sino porque exige especialmente que la parte que alega la nulidad acredite un perjuicio concreto que la medida puede causarle. Expresaba Couture que "las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate, cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Se incurriría en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacuo, sancionar con nulidad a todos los apartamientos al texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno".

En el caso concreto, reitero, el instrumento cuya nulidad se persigue y en donde consta la orden de realizar la autopsia al cadáver de la víctima, ningún perjuicio pudo haberle causado a la defensa, desde que la misma -en los primeros momentos de la investigación- se encontraba bajo el amparo de lo actuado por la Defensora Oficial.

En la Provincia de Jujuy, y conforme a inveterada Doctrina legal sentada por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, el principio general sentado en materia de nulidades procesales está impregnado por el principio de trascendencia ya abordado: "no existe nulidad por la nulidad misma", "para su procedencia no sólo debe mediar la violación a una prescripción legal, sino también debe existir el interés jurídico que se pretende subsanar" (LA. N°29, F°615/618, N°200). "Las normas que conminan con nulidad los actos procesales deben ser interpretadas restrictivamente" (LA. N°52, F°9/11, N°6, 13/02/2009).

Por último, cabe destacar que las nulidades en el proceso penal tienen un doble fundamento de raigambre constitucional: a) garantizar la efectiva vigencia del debido proceso legal, y b) garantizar la efectiva vigencia de la regla de la defensa en juicio, especialmente del imputado; extremos todos ellos que en el desarrollo del presente proceso no han sido siquiera mínimamente afectados. Por ello,

R E S U E L V O

I.- RECHAZAR el pedido de nulidad absoluta del instrumento de fs. 11 de autos principales formulado por la defensa técnica del imputado F. A. G., confirmando la validez de la orden impartida por el Sr. Agente Fiscal respecto a la realización de la autopsia, así como la de todos los actos consecutivos o posteriores que de él dependen (arts. 8, 16, 54 inc. 4, 89, 95, 220, 224 inc. 1, 226, 229, 230, 282, 339, 340, 341, 342, 346,

347, 360, 361 y cctes. CPPJ.; art 29 incs. 1, 2, 4 y 5 de la Constitución Provincial).

II.- NOTIFICAR, PROTOCOLIZAR, HÁGASE SABER.-

FDO.: Dr. JORGE MARCELO IBÁÑEZ - Juez de Control N°5. Ante mí: Dr. SERGIO MARTÍN GONZÁLEZ - Pro-Secretario que CERTIFICO.

En se notificó al Sr. Agente Fiscal.-

En se libró Cédula N° /12 al Dr. Julio César Bravo.

En se libró Cédula N° /12 a la Dra. Cecilia Eugenia Miranda Yapura.

En se libró Cédula N° /12 al imputado F. A. G..