

## Nulidad De Actos

### JURISPRUDENCIA

### Nulidad de actos

Se declara la nulidad de determinadas piezas

procesales, pues fueron incorporadas al proceso como resultado de un acto reñido con la vigencia de garantías constitucionales; salvo la prueba pericial, la cual mantiene su validez en pro de la búsqueda de la verdad. Buenos Aires, 14 de agosto de 2015. Vistos y considerando I. Los alcances de la nulidad dispuesta por el Superior En mérito a las directrices vertidas por la Sala Primera de la Excm. Cámara del Fuero en el Incidente de nulidad n° 3 de las presentes actuaciones, en cuanto señala que corresponde al suscripto en su carácter de director del proceso evaluar cuáles son los actos procesales - posteriores al decreto cuya nulidad (ver fs. 459) el Superior ha declarado con fecha 16 de julio ppto. - que dependen de aquél y que por ende serán alcanzados por dicha sanción, corresponde expedirme sin más demora, en pos de dar una respuesta no sólo al planteo concreto que en tal sentido formulara el Dr. Carlos Beraldi en el escrito que diera génesis al planteo de nulidad en cuestión, sino también a las lógicas inquietudes que, en idéntico sentido, fueran planteadas por parte del Ministerio Público Fiscal en la persona del Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Germán Moldes. Lo expuesto obedece además, a la impostergable necesidad de esta Magistratura de precisar los alcances de aquella sanción nulificante, en pos de fijar sus confines, como requisito ineludible para la continuidad del proceso y de este modo, evitar su estado de virtual paralización, en resguardo de las garantías del debido proceso penal y para hacer cesar el estado de incertidumbre que, en estas condiciones, impera para todas las partes del proceso. En resumidas cuentas, a partir de lo expresamente requerido tanto por la acusación como por la defensa, y así también por el Superior, más razones propias que hacen a la función del suscripto como director del proceso penal, todo ello converge en la necesidad imperiosa de resolver sin más esta cuestión. En esa inteligencia, corresponde mencionar que la Excm. Cámara del Fuero declaró la nulidad del decreto de fs. 459 mediante el cual el anterior Magistrado a cargo de la investigación, solicitó la designación de un equipo de peritos contadores para colaborar en el análisis e investigación sobre aspectos técnicos en la materia?. En dicha ocasión, el Superior resolvió declarar la nulidad del decreto glosado a fs. 459 del legajo principal, y de todos los actos que son su consecuencia?. Así, corresponde al suscripto evaluar cuáles actos jurídicos revisten esta última característica y que, por ende, quedarán excluidos a todo efecto en este proceso penal, lo cual impone, desde el punto de vista dogmático, la aplicación de la Teoría de la exclusión probatoria conforme el desarrollo que a continuación habré de exponer. Dicha teoría sostiene que, aún cuando la prueba aunada en un expediente judicial reúna los requisitos relativos a su pertinencia, utilidad y admisibilidad, los órganos jurisdiccionales debemos desecharla como fundamento de las resoluciones, frente al caso de que aquéllas hayan sido incorporadas al proceso como resultado de un acto reñido con la vigencia de garantías constitucionales (cfr. Palacio, Lino Enrique: La prueba en el proceso penal, Ed. Abeledo Perrot, 2000, págs. 34/7). Ello así, porque en un procedimiento judicial penal, sólo es lícita la incorporación de datos, sobre la base de un método legal, respetando las garantías procesales constitucionales, pues éstas tiñen la marcha de toda investigación penal, caso contrario, si se afectan esas garantías o se violenta el procedimiento establecido en la recepción de la prueba, la evidencia carecerá de valor y no podrá ser parte del conjunto de datos que sirven para formar las convicciones sobre las cuales el juez funda su decisión. [...] La legitimidad se erige entonces como límite de todo elemento que pretenda formar parte del andamiaje probatorio y su meritación. ...? (cfr. Chaia, Rubén A.: La prueba en el proceso penal. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 117). Por ello, con esencial fundamento en el principio ético en cuya virtud el Estado no puede valerse de prueba de cargo a través de la inobservancia de las reglas que él mismo ha instituido en salvaguarda de los derechos de la comunidad, así como en la necesidad de disuadir a los funcionarios competentes de asumir una conducta semejante, la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, seguida actualmente con suficiente firmeza por los tribunales argentinos, consagró la denominada «regla de exclusión» (exclusionary rule), conforme a la cual la resolución judicial adversa al titular de una garantía constitucional debe prescindir de toda fuente de prueba obtenida mediante violación de los recaudos legales tendientes, precisamente, a preservar esa garantía. Se viene de tal suerte a priorizar axiológicamente la efectividad de ciertos derechos esenciales de los individuos en relación con el castigo al autor del delito, con apoyo en el raciocinio conforme al cual tal castigo no puede ser producto de la comisión de otro delito generalmente vinculado al quebrantamiento de normas garantistas. Por eso también se habla, como efecto de la regla de exclusión, de la del «fruto del árbol venenoso» (fruit of the poisonous tree)...? (cfr. Palacio, ob. cit., págs. 34/7). En definitiva, en un Estado Constitucional de Derecho no puede tolerarse la actuación de la potestad punitiva en contra o fuera de sus propias reglas, a las que, además y por algo, se las ha dotado del máximo rango normativo (cfr. Ibáñez, Perfecto A.: Prueba y convicción judicial en el proceso penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 191). En palabras de Julio Maier, las normas que regulan las potestades de injerencia a la persecución penal no operan sólo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que,

simultáneamente, constituyen políticamente autolimitaciones para el Estado -o si se quiere, jurídicamente, negaciones de esas facultades que conducen, por carencia de competencia funcional, a la ilegitimidad del acto- y son el producto del proceso de reforma decimonónica en pos de la desaparición del omnipotente sistema inquisitivo. El Estado de Derecho está obligado, por ello, a respetar el rito establecido para su actividad persecutoria. [...] Fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria sólo puede ser, entonces, la prohibición de un venire contra factum proprium del Estado. Este calificativo de la acción estatal se encuentra vinculado a las autolimitaciones descriptas, quien no puede, en consecuencia, obtener provecho alguno de su actuación irregular...? (cfr. Derecho Procesal Penal. III. Parte general. Actos procesales, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pág. 119). Como corolario de lo expuesto, cuando se admite estar en presencia de un acto viciado, lo que devenga del mismo y hubiese sido a través de él obtenido, trae aparejado como efecto inmediato, conforme lo explican la doctrina y la jurisprudencia imperante en la materia, su eliminación del proceso. En definitiva, la aplicación de la regla de exclusión, redundando en la prohibición de valorar todo elemento cargoso que haya sido incorporado bajo parámetros de ilegalidad o en abierta violación a las formas que regulan la producción de la prueba en cuestión. La prescindencia de una decisión jurisdiccional viciada, por aplicación de la regla de exclusión, se extiende también a todo elemento probatorio que sea su consecuencia necesaria, por cuanto el vicio originario tiene efecto expansivo respecto de todos aquellos actos que de él dependen y en cuanto configuran un 'fruto' de ese vicio. Jurisprudencialmente, corresponde señalar que la regla de exclusión probatoria es una práctica iniciada pretorianamente en los Estados Unidos de América. De allí surgió la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado o fruit of the poisonous tree o fruit doctrine. En nuestro país, a partir de diversos fallos se ha receptado tal doctrina norteamericana. Si bien su primera aparición puede rastrearse en el precedente 'Charles Hermanos', es a partir del fallo 'Montenegro' y más tarde en 'Fiorentino?', 'Rayford?' y 'Daray?', entre otros, que se consolida su aplicación en la práctica jurisprudencial. Concretamente en el precedente 'Montenegro?' la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: '...3°) Que el recurso extraordinario [...] somete al Tribunal «el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley» [...] 5°) Que el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato Constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de Justicia, al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito...?' (cfr. Fallos: 303:1938). Por su parte, en el fallo 'Fiorentino?' el máximo Tribunal de Justicia de la Nación reafirmó tal concepto señalando que '...establecida en el sub lite la invalidez del registro domiciliario, igual suerte debe correr el secuestro practicado en esas circunstancias. Ello es así porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena, equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías Constitucionales (doc. de Fallos t. 46, p. 36), lo cual «no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de Justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito»...?' (cfr. LL-1985-A, 160 DJ1985-1) En el precedente 'Rayford?' la Corte Suprema de Justicia de la Nación explicó que '...debe determinarse en qué medida la ilegitimidad inicial del procedimiento afecta la validez de los actos subsiguientes; hasta qué punto el vicio de origen expande sus efectos nulificantes. Al respecto, la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional. [...] Pero dicha regla, no obstante su categórica formulación, admite también el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática e irracional. [...] En definitiva, apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto. Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes de la física sino a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados. Debe tenerse en cuenta, asimismo, la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas...?' (cfr. Fallos: 308:733). Profundizando tal concepto, en el fallo 'Daray?' dicho Tribunal Supremo ha sostenido '...12) Que a partir del caso «Rayford» (Fallos: 308:733), esta Corte ha establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (considerando 6°, doctrina reiterada en los casos «Ruiz», Fallos: 310:1847 y «Francomano», Fallos: 310:2384). Así, habiéndose efectuado ya un detalle acerca de los pormenores de la regla de exclusión y de su evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde en este estado precisar los actos que serán declarados nulos por ser consecuencia directa y exclusiva del auto de fs. 459. Así, Resulta que son nulos los siguientes actos procesales: 1) Fs. 466/8: Designación de tres integrantes del cuerpo de Peritos Contadores Oficiales de

la C.S.J.N. por parte del Sr. Decano de dicho Cuerpo. 2) Fs. 498: Aceptación del cargo por parte de los Sres. Peritos Contadores precedentemente designados. 3) Fs. 939/43: Realización de una pericia contable ordenada por el anterior instructor de las actuaciones. 4) Fs. 952: Auto por el cual el juez instructor dispone las notificaciones a las defensas acerca de la realización de la pericia contable. 5) Fs. 953/6: Informe presentado por los Sres. Peritos Contadores Oficiales requiriendo información para llevar a cabo el estudio contable referido. Ello así, toda vez que los actos procesales precedentemente enumerados Resultan ser consecuencia directa, exclusiva e ineludible de lo dispuesto por el Dr. Bonadío en el auto fs. 459 (cuya nulidad decretara la Alzada), puesto que sin la existencia previa de este auto, los actos aquí declarados nulos, no tendrían existencia por ninguna otra vía. En esa inteligencia es que, al decidir el Superior que la solicitud de designar a un equipo de colaboradores contables es nula, todo aquello que se relacione directa y exclusivamente con ello, así como el accionar de quienes en consecuencia de dicha petición se hayan designado, deviene necesaria e ineludiblemente nulo. Aun aplicando los criterios ampliamente reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que las nulidades deben ser evaluadas restrictivamente; no hay camino alternativo alguno que permita mantener en pie los actos procesales previamente señalados como merecedores de ser alcanzados también por la nulidad. En este sentido, y con relación puntualmente al acto aquí reputado nulo de fs. 939/943 (por el cual se había dispuesto la Realización de una pericia contable), quiero recordar que el Dr. Eduardo Freiler, al resolver el Incidente que motiva la presente, con acierto señala que se desconoce de qué modo se ha plasmado la colaboración solicitada oportunamente, lo cual implica que tampoco las defensas hayan podido conocer la labor de los expertos. El citado Camarista pone de relevancia que el peritaje luego ordenado, se le ha encomendado a los mismos especialistas cuya colaboración se había solicitado previamente, extremo que afecta irremediabilmente la imparcialidad y objetividad. En definitiva, si la solicitud de fs. 459 es nula, todo lo actuado con posterioridad en función de dicho pedido, y que cuya existencia no admita un cauce independiente de justificación, debe ser alcanzado por la sanción dispuesta por el Superior y fulminado con la nulidad como acto procesal válido en el marco de esta pesquisa.

II. Acerca de la posible nulidad del auto de fs. 966/973. Distinto habrá de ser el temperamento a adoptar con relación al decreto suscripto por el Dr. Bonadío en el auto de fs. 966/973. Es que tal decisorio, en el que se dispuso una serie de órdenes de presentación, si bien es cierto que de la extensa fundamentación consta a fs. 966 vta. que el Dr. Bonadío consideró ?el requerimiento de los Sres. Peritos Contadores?, surge claro que ello tan sólo fue uno más de los múltiples elementos que tuvo en cuenta a los efectos de disponer tales procedimientos, elementos probatorios que aparecen enunciados a lo largo de los nueve párrafos obrantes a fs. 966/vta. , en los cuales el Sr. Juez efectuara una valoración de la prueba reunida hasta el momento, que podrá o no Resultar acertada, que podrá o no compartirse, pero que constituye sin duda la fuente fundamental que justifica la resolución adoptada por el Magistrado que me precedió en la conducción de este proceso. Dicho de otro modo, y a diferencia de lo que sucede con las actuaciones que sí serán fulminadas de nulidad, en este caso, de suprimir mentalmente la designación y actuación de los peritos contables, e incluso la pericia contable dispuesta a fs. 939/942, el auto del 10 de Julio ppdo. en donde se dispuso la obtención de documentación y libros contables en domicilios de diversas personas físicas y jurídicas se sostiene en forma suficiente, habida cuenta que su motivación y fundamentación está sustentada en un cauce principal independiente, cual es, la valoración que allí efectúa el Juez ?de acuerdo entonces con la prueba reunida hasta el presente? (cfr. fs. 966 vta.), prueba ésta que fuera recogida no sólo en forma previa al auto de fs. 459 cuya nulidad fuera declarada por el Superior, sino también después de dicho momento y hasta los días previos al decisorio de fs. 966 y sgts. que aquí estamos analizando. A mayor abundamiento, el Dr. Bonadío, desde las primeras actuaciones en esta causa, apeló al recurso de disponer órdenes de presentación, siempre con el auxilio de la Policía Metropolitana (cfr. entre otras, a la IGJ a fs. 20/1; a las que fueran hasta 2006 oficinas de Hotesur SA a fs. 37; nuevamente a la IGJ a fs. 42/8; a la AFIP a fs. 53/vta. , al Banco de Santa Cruz Sucursal CABA a fs. 127; tres veces más a la IGJ a fs. 384, 434 y 469), en combinación con el libramiento de oficios y requerimientos a entidades públicas y privadas en forma permanente, siempre en pos de hacerse de documentación que, según su criterio, Resultaba de relevancia para la investigación. En tal sentido, el auto de fs. 966/973 no es más que un hito más en el camino emprendido por el anterior Juez instructor, tanto en la forma (las órdenes de presentación dispuestas) como en el contenido (documentación que entiende relevante para la pesquisa) y basado fundamentalmente en el mismo argumento que todas las peticiones precedentes: las pruebas reunidas en la causa. Más allá de ello, debemos considerar otros argumentos que también respaldan la decisión de mantener la validez de este auto y de los procedimientos Resultantes. El primero de ellos, está relacionado con el fin primordial del proceso, que es la búsqueda de la verdad (en su sentido procesal), un objetivo que guía no sólo la actividad del juzgador, sino también la actuación tanto de la acusación como de la defensa. Desde esta perspectiva, la incorporación al proceso de documentación, registros y libros contables no hace más que apuntar en esa dirección, que en principio, debería ser compartida por todas las partes. El cómo habrá de interpretarse en el futuro lo que surja de dicha prueba documental -en lo cual podrán o no disentir el órgano acusador y las defensas- no es algo que deba ser tenido en consideración aquí y en todo caso será objeto de eventual debate más adelante. Nótese en tal sentido, que hasta el momento ni la Fiscalía, ni las defensas han hecho

señalamientos sobre el particular, ni han puesto de manifiesto agravio concreto alguno, en el sentido de que la nulidad del auto de fs. 459 debería extenderse hasta llegar al auto de fs. 966/973 y la documentación obtenida a partir de éste. El segundo de los argumentos tiene que ver con la naturaleza jurídica de la nulidad. Resulta un principio pacífico en doctrina y jurisprudencia, que el disponer una declaración de nulidad es un acto jurisdiccional que siempre debe ser examinado con la máxima prudencia y ciertamente con carácter restrictivo, habida cuenta de las consecuencias que de ella se trasuntan, en especial, la ineludible aplicación de la teoría de la exclusión, esto es, la eliminación del proceso de todos sus efectos ulteriores, algo así como si aquel acto tachado de nulo nunca hubiese existido. Desde esta perspectiva, fulminar con la nulidad el auto de referencia (cuando en verdad se sostiene a partir de una vía independiente y se encuentra en sintonía formal y de contenido con el derrotero previo adoptado por el juez en la causa), llevaría a reputar inválido cada uno de los procedimientos llevados a cabo en cumplimiento de lo allí dispuesto y, como última estación de este recorrido, al impensable escenario de tener que proceder a la devolución de una apreciable cantidad de documentación que actualmente está a disposición del suscripto y de las partes, escenario que, como ya sostuve, podría terminar frustrando el descubrimiento de la verdad procesal tanto desde la perspectiva de la acusación como de la defensa. Notifíquese a las partes mediante cédula a diligenciar en el día el contenido y los alcances de la presente. Por todo lo expuesto, por aplicación de los arts. 167, 172 y concordantes del C.P.P.N., RESUELVO: I) DECLARAR LA NULIDAD de las piezas procesales obrantes a fs. 466/8, 498, 939/43, 952 y 953/6 de la presente causa. II) MANTENER LA VALIDEZ del auto de fs. 966/973 y de las resultas de los procedimientos allí dispuestos. Notifíquese. En la misma fecha se cumplió. Conste En ... del mismo notifiqué al Sr Fiscal y firmó, doy fe. Correlaciones: Daray, Carlos - Corte Sup. Just. Nac. - 22/12/1994. Rayford, Reginald; B., Á. E.; L., A. M. c/I consumo de estupefacientes; II y III suministro estupefacientes - (Leading Case) - Corte Sup. Just. Nac. - 13/05/1986. Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa "Fiorentino, Diego Enrique s/tenencia ilegítima de estupefacientes" - (Leading Case) - Corte Sup. Just. Nac. - 27/11/1984. Nota: (\*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 005445E