

Evasion Fiscal Afip Planteo De Nulidad Informacion Financiera Intercambio De Informacion Prueba Excluida Secreto Bancario

JURISPRUDENCIA

Evasión fiscal. AFIP. Planteo de nulidad. Información financiera.

Intercambio de información. Prueba excluida. Secreto bancario Se rechazan los planteos de nulidad articulados en una causa donde se investigaba la presunta evasión del pago del impuesto a las ganancias y del impuesto sobre los bienes personales de residentes en Argentina que serían titulares de cuentas en el HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA (por ende, contribuyentes de acuerdo a las leyes nacionales), al concluirse que el intercambio de información cuestionado se ajustó a las pautas establecidas por el ?Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio? (aprobado internamente por ley nacional 22.357), el que se limitaba a señalar cuáles eran los sujetos y tributos alcanzados. Por lo demás, la Dirección General de Finanzas Públicas de la República Francesa había hecho entrega de documentación que adquirió a raíz de un allanamiento llevado a cabo por autoridades policiales y judiciales francesas dentro de su territorio -y por lo tanto sometido a su jurisdicción y soberanía-, por lo que no se advertía una vulneración a los límites territoriales respecto del cual el convenio surtía efectos. Buenos Aires, 7 de marzo de 2017.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver en el presente ?INCIDENTE DE NULIDAD SOBRE EL ORIGEN DE LA PRUEBA? formado en la causa N° 1652/2014 (2195) caratulada ?HSBC BANK ARGENTINA S.A. Y OTROS SOBRE INFRACCION LEY 24.769? del registro de este Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 11 a mi cargo, Secretaría N° 21, a cargo de la Dra. María Desirée BARCZUK. Y CONSIDERANDO: 1° Que, el presente incidente se inició a raíz de los planteos de nulidad oportunamente articulados por los doctores Carlos Alberto BERALDI, Emilio CORNEJO COSTAS y Manuel Facundo TESSIO, Fernando Javier DIEZ y Germán José RUETTI -todos ellos en su carácter de letrados defensores de ciertos imputados vinculados al presente expediente- (cfr. fs. 14/29, 34/57 vta., 59/68 vta.). Teniendo en consideración que aquéllos versan sobre el mismo objeto, el señor Fiscal decidió unificar su tramitación en esta incidencia (cfr. punto I del auto de fs. 70). 2° Que, en el marco del presente incidente, se ordenó correr vista a todas las partes interesadas en los términos del artículo 340 del CPPN (cfr. punto II del decreto de fs. 70). En lo esencial, más allá de las características específicas de las restantes presentaciones, coincidieron con los argumentos introducidos por los planteos señalados por el considerando anterior (o incluso adhirieron íntegramente a aquéllos) las defensas técnicas de Horacio Fabián TORRES, Severo Ignacio RIZZO, Ricardo Miguel Pablo TRUCCO, Luis María CORSIGLIA, Guillermo Ricardo GAMBLE y Adelmo Juan José GABBI (cfr. fs. 75/76); Norberto Horacio GYSIN (cfr. fs. 77/105 vta.); Carolina ARBO (cfr. fs. 107); Alfredo Alberto ROMAN, Ivana Karina ROMAN, Silvina Verónica ROMAN, Andrea Mariela ROMAN, Gabriela Nancy ROMAN e Hilda Margarita KOWANZ (cfr. fs. 108/115); Gustavo Guillermo GELDART, Alejandro Raúl PÉREZ DUICH y Hugo Sergio LOMBARDO (cfr. fs. 116/112); Mariano Federico SCANDIZZO (cfr. fs. 123/125 vta.); Rubén RELATS (cfr. fs. 131/142); José Pedro ANGULO, Juan Carlos ANGULO, Alejandro Pedro ANGULO y Miguel Ángel INNOCENTI (cfr. 144/149 vta.); Norah Haydee GARFUNKEL de HOJMAN (cfr. fs. 150/155); Andrea SHEREM (cfr. fs. 156/161); Juan Antonio GARADE, Juan Eduardo VERBITSKY, Daniel Roberto ALASIA, Álvaro Eduardo ESTIVARIZ, Daniel Héctor COLOMBO, Fernando José GALLI, Adriana Carmen TORIANO, Daniel Fernando IERACI, Ignacio Pedro URANGA, Fernando Luis María MANZIONE, María Victoria RAMÍREZ, Daniel Horacio DANESE y Paula Andrea AGUIAR (cfr. fs. 162); Moisés ZEITUNE, Ezrra ZEITUNE, Marta Diana ZEITUNE, Tamara ZEITUNE, Matías ZEITUNE, Simón Eliel ZEITUNE, José Jonathan ZEITUNE, Berta KARSZENBAUM de ZEITUNE y Héctor SZULIK (cfr. fs. 163/165); Gabriel Diego MARTINO y Miguel Ángel ESTÉVEZ (cfr. fs. 167/180); Miguel Ángel BECHECH (cfr. fs. 181/182); César Daniel INI, Linda Mónica INI, Corina Deborah INI de BERAJA, Flavia Judith INI, Lydia Violeta CHUEQUE, Alegra Fabiola LEVI, Alberto Héctor BERAJA e Isaac Matías BERAJA (cfr. fs. 183/188); Juana RODRÍGUEZ LARRETA, Félix RODRÍGUEZ LARRETA, Miguel RODRÍGUEZ LARRETA y María Elisa Matilde MITRE (cfr. fs. 189/192); Sergio Marcelo FERNÁNDEZ (cfr. fs. 193/196); Pilar Estella SUPERVIELLE (cfr. fs. 197/vta.); Jorge Emilio RIVEIRO (cfr. 198/vta.); Mirta OSTROVSKY y Sergio Enrique TONCONOGY (cfr. fs. 250); Ana Inés BURATOVICH, Eduardo Antonio BURATOVICH, Adolfo José BURATOVICH, José Antonio BURATOVICH y Nelly Mabel GARCÍA (cfr. fs. 251/vta.); Carlos Alberto BASILICO (cfr. fs. 252/254); Paola Francesca PECCEI de KELLER SARMIENTO (cfr. fs. 255/256 vta.); Natalio GARBER BULSTEIN y Silvia Rosa CHAIT BLINDER (cfr. fs. 273/vta.); Moisés Aarón SMOLARZ, Mína Zigfrid MILBERG y Aída Esther SMOLARZ (cfr. fs. 277/283 vta.); Roberto Alfredo PUSTILNICK (cfr. fs. 285/299); Federico Guillermo Tomás LEONHARDT (cfr. fs. 303/305); Néstor Oscar RODRÍGUEZ (cfr. fs. 313/315 vta.); Rubén Lucio CHERÑAJOVSKY (cfr. fs. 316/322); Isaac Alberto SUED y Ana Elsa ILEVITZKY (cfr. fs. 325); Mauro Alejandro KELLER

SARMIENTO, Pablo Patricio KELLER SARMIENTO, Andreas Ignacio KELLER SARMIENTO y Christian KELLER SARMIENTO (cfr. fs. 327/328 vta.); Marcelo Rafael SUED (cfr. fs. 330); Bernardo Marcelo YUNGMAN, Doba Kagan RAPOPORT y Vanesa Dora YUNGMAN de CABULI (cfr. fs. 343/349); Adrián GANCEDO y Andrés GANCEDO (cfr. fs. 359/361); Daniel SIELECKI (cfr. fs. 362/365); María Florencia VERDIQUIO, María Julieta VERDIQUIO, Juan Pablo VERDIQUIO y María Cristina MUSSO (cfr. fs. 367/vta.); Raúl Edgardo COLANGELO y Ernesto Alcides BUFFA (cfr. fs. 369/vta.); Antonio Miguel LOSADA (cfr. fs. 435/vta.); Marcelo Luis DEGROSSI y Rubén José SILVARREDONDA (cfr. fs. 445/vta.); Martín ERASO (cfr. fs. 447/449 vta.); Juan Emilio CUCCIA (cfr. fs. 451/vta.); Simon Christian MARTIN (cfr. fs. 459/vta.); Eduardo Jaime KOHN (cfr. fs. 467/469); Joaquín Isidoro KOHN y Rosa Gladys REJTMAN (cfr. fs. 527/529 vta.); Roberto Luis MONTI (cfr. fs. 578/599); Miguel TIPHAINE (cfr. fs. 600/613); Alberto Alejandro TAWIL (cfr. fs. 634/637); Juan Andrés BALBÍN, María Cecilia BALBÍN, Ana María Victoria MENGELLE y Raquel Elena GARCÍA FALCÓN (cfr. fs. 639/650); Julio WAJS (cfr. fs. 652/658); Héctor Marcelino CAPPONE -padre e hijo-, Elsa Teresa CONSTANTINI, Graciela Susana CAPPONE y Silvia Liliana CAPPONE (cfr. fs. 660/667 vta.)(1). 3º Que, en lo sustancial, las defensas técnicas coincidieron en los siguientes argumentos: (i) el origen de las fichas aportadas por la República Francesa - las cuales darían cuenta de la existencia de cuentas abiertas en el HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA a nombre de contribuyentes argentinos- resulta espurio pues proviene de un hecho ilícito cometido por Hervé Daniel Marcel FALCIANI, ex empleado de la entidad bancaria suiza mencionada. En concreto, se sostuvo que FALCIANI creó las fichas en cuestión a partir del entrecruzamiento de bases de datos del banco señalado apropiadas ilegítimamente y que, posteriormente, intentó vender esa documentación a entidades privadas así como a agencias gubernamentales. En conclusión, las fichas se obtuvieron mediante la violación de la ley -tanto suiza como nacional- y de las garantías constitucionales de la defensa en juicio e inviolabilidad de los papeles privados, así como de los derechos a la intimidad y privacidad (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional; artículo 11, inciso 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 17, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este punto, se destacó que el principio de libertad probatoria en el marco de procedimientos penales no es absoluto y, por ende, que todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales para su obtención y producción a fin de salvaguardar la garantía del debido proceso (artículo 18 de la CN). Así, resulta aplicable al caso la regla de exclusión de la prueba ilícita, la cual dispone la inadmisibilidad de los elementos probatorios obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales y, paralelamente, la doctrina de los frutos del árbol venenoso que transmite ese efecto a todos los actos que sean su consecuencia inmediata o necesaria. Estas teorías fueron receptadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [cfr. Fallos 46:36 (?Charles Hermanos?), 303:1938 (?Montenegro?), 306:1752 (?Fiorentino?), 308:733 (?Rayford?), entre otros] y seguida por los tribunales inferiores. Las defensas expresaron que no se incorporó prueba adicional de cargo que haya sido obtenida de fuente o cauce independiente y que, en consecuencia, habilite el apartamiento de la doctrina previamente apuntada [cfr. Fallos 308:733 (?Rayford?), 310:3284 (?Francomano?), 310:1847 (?Ruiz?)]. Tampoco se verificarían otras excepciones a la regla en cuestión consagradas por el derecho continental europeo y la Corte Suprema estadounidense, tales como la del descubrimiento inevitable o la buena fe. En consecuencia, se postuló la nulidad de la denuncia del organismo fiscal que dio origen a las presentes actuaciones y de todo lo actuado en consecuencia. (ii) el objeto del allanamiento llevado a cabo en Castellar (Niza, República Francesa) por parte de las autoridades judiciales francesas, en función de la solicitud de colaboración cursada por sus pares helvéticos, era recoger elementos de prueba contra FALCIANI en virtud de los delitos que se le imputaban al nombrado en la Confederación Suiza; y no recolectar material probatorio en contra de terceros indeterminados por delitos no alcanzados por esa orden de allanamiento. De este modo, se verificó en el caso un exceso en la inspección de la evidencia informática incautada, que no se encontraba alcanzada por el objeto procesal de la causa penal en la cual se investigaba a FALCIANI. En suma, todo el examen de la información obtenida para iniciar investigaciones contra los clientes del HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA violenta la doctrina del hallazgo accidental o a plena vista (plain view), recogida por el derecho continental europeo, así como por la jurisprudencia nacional y el artículo 224, último párrafo, del CPPN. (iii) aun cuando se entienda que dichos elementos probatorios no tienen un origen ilícito, se verifica en el caso una clara violación a la cadena de custodia de protección de dicha prueba, toda vez que fue reconocida la manipulación de los datos tanto por el nombrado FALCIANI como por AFIP/DGI. En efecto, las fichas son archivos informáticos construidos por el aludido FALCIANI a partir de registros existentes en el HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA. Tampoco existen elementos que acrediten que la copia de estos archivos -tanto por parte de la República Francesa como por AFIP/DGI- haya sido practicada guardando los recaudos de validez que aseguren la cadena de custodia de tales evidencias. De las circunstancias detalladas se advierten las siguientes irregularidades: no existe trazabilidad alguna del origen de las fichas, no hay identificación del funcionario francés que fue responsable de aportarla al expediente y no hay forma de garantizar que no hayan sido adulteradas por el gobierno francés -o incluso antes de que éste las obtenga- o por AFIP/DGI previo a su incorporación en estos autos. Así, se verifica la

inobservancia de las directivas trazadas por la informática forense y los protocolos internacionales para la identificación, recolección, adquisición y preservación de la evidencia digital, entre ellos, la norma ISO/IEC 27037:2012, el "Council of Europe Electronic Evidence Guide" y "Electronic Crime Scene Investigation: A Guide for First Responders". Al encontrarse las defensas imposibilitadas de realizar un control efectivo sobre la producción, trazabilidad e incorporación de dichos elementos, se viola su garantía constitucional de defensa en juicio. Asimismo, y como corolario de lo expuesto, se concluyó que las fichas se tratan de documentos extranjeros que carecen de fecha cierta, se encuentran agregadas en copia simple y escritas en idioma extranjero -sin traducción por parte de un profesional competente-. De este modo, se encuentran incumplidos los siguientes requisitos para hacer valer aquellos elementos en procedimientos judiciales: (a) autenticidad, pues no se encuentran legalizados mediante apostilla; (b) comprensión, pues no fueron traducidos al idioma nacional por parte de un traductor público matriculado y (c) control público internacional, toda vez que no se encuentra legalizada ni suscripta por ningún funcionario de Francia. (iv) el "Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio", no habilitaba que el gobierno nacional obtuviera información por parte de Francia relativa a contribuyentes argentinos que serían titulares de cuentas en un banco localizado en un tercer Estado -Confederación Suiza-, al cual en todo caso estarían sujetos a imposición aquéllos. El ámbito de extensión territorial de la convención señalada se ciñe a los estados contratantes, mientras que la información que emana de las fichas proviene de un tercer Estado que no autorizó ni validó tal intercambio de información. De hecho, el Secretario de Estado sobre cuestiones financieras internacionales del Departamento Federal de Finanzas suizo, Jacques de Watteville, habría afirmado que la documentación entregada por el gobierno francés a Ricardo Echegaray fue obtenida ilegalmente y, por lo tanto, que para ese Estado no tiene valor legal. Asimismo, teniendo en consideración el modo en que fue obtenida la evidencia digital por la República Francesa, el intercambio celebrado contrarió las disposiciones al apartado 2) del artículo 27 del tratado internacional mencionado. Para obtener la información de los clientes del HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA, el gobierno nacional debería haber aguardado la entrada en vigencia del "Convenio entre la República Argentina y la Confederación Suiza para Evitar la Doble Imposición en Materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio", aprobado por nuestro país por la ley 27.010, sancionada el 12 de noviembre de 2014 -el cual aún no se encontraba en vigor pues no había sido aprobado internamente por Suiza-. (v) el accionar del Fisco incumplió el mandato que el legislador fijó en el artículo 25 de la referida ley 27.010 toda vez que, de acuerdo a su Protocolo, se encontraba vedado el inicio de "acciones de pesca", esto es, solicitudes de información por motivos meramente especulativos sobre un universo de sujetos indefinidos. De la compulsua de las actuaciones se desprende que el organismo de recaudación inició las fiscalizaciones electrónicas a los contribuyentes argentinos con posterioridad a la recepción de los datos aportados por parte del gobierno francés, sin haberse definido previamente un conjunto de contribuyentes en particular ni un pedido de datos individualizado. Por otro lado, esta práctica de "expediciones de pesca" es rechazada por la comunidad internacional, por ejemplo, en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), de la cual nuestro país es miembro observador. (vi) el organismo recaudador no observó principios básicos del derecho internacional público, ya que violentó mediante su accionar el principio "pacta sunt servanda" (los pactos son para cumplir), consagrado por la parte III de la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados" (convenio aprobado por la ley 19.865). En efecto, el ente de recaudación habría desvirtuado los términos del artículo 27 del "Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio" al pretender dar validez a información relevante para la determinación de impuestos, a partir de hechos presuntamente acontecidos en un tercer Estado, a saber, Suiza. De acuerdo a lo previsto por el artículo 27 de la primera convención señalada, el Estado Argentino -a través de la AFIP/DGI- no podía pretender hacer valer la inexistencia (o falta de vigor) de un tratado de intercambio de información con la Confederación Suiza para obtener información vinculada a ese Estado a través de otro -como es la República Francesa. 4º) Que, en oportunidad de expedirse sobre los planteos reseñados, los letrados apoderados de AFIP/DGI -parte querellante en autos- solicitaron su rechazo (cfr. fs. 126/130). En primer lugar, la querella señaló que pronunciarse en el sentido postulado por las defensas resultaría prematuro, ya que restaban incorporarse al expediente principal las contestaciones de los exhortos internacionales librados a la Confederación Suiza y a los Estados Unidos de Norteamérica, las cuales podrían arrojar luz sobre los hechos investigados y resultar de gran relevancia a fin de abordar los planteos articulados. Asimismo, destacó que las propias defensas ofrecieron prueba tendiente a acreditar la cuestión suscitada en el presente incidente. En segundo lugar, puso de resalto la debilidad intrínseca que presenta como elemento de prueba la información y documentación con la cual las defensas pretenden sustentar los planteos nulificantes deducidos, ya que se tratan de crónicas periodísticas y recortes de diario que ni siquiera hacen alusión a decisiones finales -sentencias condenatorias- de hipotéticos procesos iniciados en la Confederación Suiza a FALCIANI; sino por el contrario a probables cauces investigativos iniciados recientemente. En tercer lugar, la parte querellante expresó que la documentación aportada por la Dirección General de Finanzas

Públicas de Francia en el marco del ?Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio? goza de una presunción de autenticidad que el Estado receptor (Argentina) no solo debe respetar, sino también defender en orden a observar adecuadamente sus compromisos jurídicos internacionales. Ello así, pues el intercambio de información señalado se llevó a cabo ajustándose a las pautas establecidas por el convenio mencionado así como a las mandas normativas internacionales que rigen ese tipo de intercambios. En este sentido, se apuntó que la República Francesa, antes de remitir la documentación en cuestión, seguramente habrá llevado a cabo un análisis fáctico, legal, técnico, administrativo y político de acuerdo a la segunda parte del artículo 27 de la convención señalada y a las reglas de la comunidad internacional vigentes. Por último, la querrela expresó que, a esta altura del proceso, no es posible descartar la existencia de eventuales fuentes independientes o cauces alternativos de investigación mediante los cuales, una vez suprimido hipotéticamente el origen controvertido de la prueba que dio origen a la presente causa, se aporten elementos probatorios que permitan apartarse de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus derivadas. 5º) Que, por su parte, el señor representante del Ministerio Público Fiscal, a cargo de la investigación de la causa N° 1652/2014 en los términos del artículo 196 del CPPN, también postuló el rechazo de los planteos articulados por las defensas, en tanto concluyó que no se verifican inobservancias a las disposiciones expresamente previstas bajo pena de nulidad, ni a los supuestos establecidos para las nulidades denominadas genéricas, que prevén los artículos 166 y 167 del CPPN. En efecto, sostuvo que el intercambio del material probatorio proveniente de la República Francesa fue llevado a cabo en el marco de un convenio internacional suscripto con nuestro país y comprendió ?información relevante? en los términos del artículo 26 del Modelo de la O.C.D.E., por lo que no puede entenderse que se haya tratado de una ?expedición de pesca?. Asimismo, dichos elementos probatorios fueron analizados tanto por las autoridades fiscales francesas (a efectos de no incluir a contribuyentes foráneos, sino únicamente a los que, en principio, les correspondería tributar en la República Argentina) como por las autoridades judiciales de aquella nación (en miras a descartar cualquier posible vulneración de la garantía de defensa en juicio). Habiéndose convalidado los elementos de prueba en ambas instancias, el señor Fiscal entendió que resulta aplicable al caso la ?regla de no indagación o supervisión? (rule of non-inquiry) según la cual corresponde declarar la admisibilidad de las pruebas obtenidas por vía de la cooperación internacional, sin que, en principio, el Estado receptor de la prueba deba investigar ni supervisar la forma en que ha sido obtenida por el Estado remitente. Por otro lado, el señor Fiscal entendió que la regla de la exclusión probatoria no resulta aplicable al caso sub examine pues la prueba ha sido obtenida por un particular (FALCIANI) y, tal como ha establecido el derecho norteamericano y algunos tribunales nacionales, la regla referida tiene como propósito disuadir a los auxiliares de justicia y a los jueces que recurran a medios ilegales para obtener prueba de la posible comisión de un delito. Asimismo, mencionó otra excepción a la regla de la exclusión también admitida por la jurisprudencia estadounidense, esto es, el principio de proporcionalidad o regla de ponderación de derechos (balancing test), de acuerdo a la cual, en el hipotético caso de que se admita la ilicitud de la prueba planteada por las defensas, queda sujeto al arbitrio judicial valorar la conveniencia de excluir tales elementos en cada caso concreto, teniendo en cuenta parámetros como la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión, la conciencia de la violación y el daño que la exclusión podría ocasionar. Así, en las presentes actuaciones el derecho a la intimidad de los imputados cedería frente a otros derechos constitucionalmente consagrados, tales como el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 4 de la CN) así como los fines del proceso penal: la actuación de la ley penal y la consecución de la verdad objetiva. En punto a la posible manipulación de los elementos informáticos impugnados, el señor representante del Ministerio Público Fiscal recordó que la AFIP/DGI recibió la información en sobre cerrado y lacrado, y luego procedió a su apertura y resguardo en presencia de cuatro funcionarios públicos, dejándose debida constancia de ello. Además, respecto de las posibles tergiversaciones de la información previas a la recepción por parte del organismo recaudador, destacó que las defensas no ofrecieron elementos que permitan suponer que la evidencia digital pudiera haber sido modificada, ni tampoco explicaron qué interés pudo haber tenido el Estado Francés, u otra persona, en proporcionar informaciones falsas de contribuyentes argentinos. Por el contrario, el señor Fiscal señaló distintas circunstancias que darían cuenta de la veracidad de la información volcada en las fichas aportadas por el gobierno francés, sin perjuicio de establecer que su análisis particular configura una cuestión de valor probatorio que debe someterse a debate contradictorio en los autos principales. 6º) Que, en primer lugar, debe ponerse de resalto que el postulado rector en lo que hace al sistema de nulidades es el de la conservación de los actos. La interpretación de la existencia de aquéllas es restrictiva (cfr. art. 2 del C.P.P.N.), toda vez que se trata de una sanción procesal excepcional que no permite extensiones ni analogías, y solo procede la declaración cuando por la violación de las formalidades resulta un perjuicio real, actual y concreto para la parte que la invoca, y no cuando se plantean en el único interés de la ley o para satisfacer formalidades desprovistas de aquel efecto perjudicial (cfr. Regs. Nos. 367/00, 501/00, 671/00, 682/00, 311/03, 964/04, 855/05, 533/07 y 676/13 entre muchos otros, de la Sala ?B?). 7º) Que también es oportuno destacar que más allá de la profusa información periodística que existe con relación a Hervé Daniel Marcel FALCIANI y su rol

dentro del HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA, mucha de la cual fue tomada en consideración para sustentar los planteos deducidos, la decisión relativa a la nulidad interpuesta habrá de sustentarse exclusivamente en los elementos probatorios incorporados al presente proceso. 8º) Que, sentado lo anterior ha de ponerse de relieve que los autos principales se iniciaron el día 26 de noviembre de 2014, con motivo de la denuncia formulada por el contador Horacio Justo CURIEN, Subdirector General de la Subdirección General de Fiscalización de la AFIP, conjuntamente con el doctor Pedro Gustavo ROVEDA, Subdirector General de la Subdirección General de Asuntos Jurídicos de aquel organismo. En la mencionada presentación inicial se afirmó que a partir de la información recibida en el marco del "Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio" y el "Protocolo Anexo"(2) se obtuvieron datos vinculados con la situación económica de 4040 sujetos que serían tributariamente responsables en la República Argentina. Tales datos acondicionados en un disco compacto (CD) encriptado en sobre lacrado, fueron proporcionados a las autoridades nacionales, específicamente a la A.F.I.P., en el marco del Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio al que se hizo referencia anteriormente. El mencionado intercambio de información fue realizado en los términos del art. 27(3) del convenio referido y en función de lo dispuesto por el art. 3, inc. "g" ap- "ii"(4) de aquél. En efecto, la entrega en cuestión se materializó en forma personal en el entonces Administrador a cargo de la AFIP(5) y, posteriormente, los representantes de dicho organismo la aportaron al expediente principal(6). Al respecto, cabe recordar que se desprende de las constancias de la causa que el 4 de julio de 2014, el referido Administrador Federal, comenzó las gestiones correspondientes ante el Ministro de Economía y Finanzas Públicas de la Nación que estaba entonces a cargo de dicho ministerio "...a los efectos de obtener la información financiera y bancaria referida a contribuyentes argentinos que se encuentra en poder de la Administración Tributaria Francesa, vinculada a la causa judicial por evasión fiscal y lavado de activos seguida a la entidad bancaria HSBC...(7) en aquel país. Asimismo, el aludido ministro se dirigió a su par de la República Francesa a fin de solicitar la colaboración de dicho país para obtener (en los términos del art. 27 del convenio mencionado) la información financiera y bancaria relacionada con contribuyentes argentinos que surgiesen de la causa judicial por evasión fiscal y lavado de activos mencionada y que estuviese en poder de su administración fiscal, ocasión en la cual se hizo saber que en caso de obtener una respuesta favorable, sería el Administrador a cargo de la AFIP quien personalmente viajaría para efectuar la recepción, toda vez que se había delegado en aquél la calidad de autoridad competente por parte del ministerio a su cargo(8). A ello cabe agregar que: (i) de la Nota N° 15/2014 (DV DOIM) de la División Doble Imposición de la Dirección de Asuntos Internacionales de AFIP(9); (ii) del dictamen DALA N° 941/14 de la Dirección de Asuntos Legales Administrativos de AFIP(10); (iii) de la Nota N° 849/14 (DV CGPE) de la Dirección de Planificación Penal de la AFIP(11); (iv) de la actuación SIGEA N° 13288-1070-2014/3 de la Subdirección General de Coordinación Técnico Institucional del referido organismo(12); y (v) de la Resolución N° 336/2003 del Ministerio de Economía y Producción(13); se desprende que se facultó al Administrador Federal para obtener de manera directa la información requerida a la Administración Tributaria Francesa. De ese modo, el referido funcionario viajó a París, República Francesa, lugar en el que mantuvo -el día 25 de septiembre de 2014- una reunión con Olivier SIVIEUDE, Jefe del Servicio de Fiscalización de la Dirección General de Finanzas Públicas de ese país, y Thierry VIU, Jefe de la Oficina CF3 y autoridad competente en asuntos internacionales, oportunidad en la cual las autoridades francesas le hicieron entrega de "... un CD encriptado en sobre lacrado con información financiera y bancaria - en principio cuentas bancarias- referida a nacionales y/o contribuyentes argentinos que se encuentra vinculada a la causa judicial por evasión fiscal y lavado de activos seguida a la entidad bancaria HSBC en dicho país...(14). El 1º de octubre de 2014, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la División Intercambio de Información Tributaria dependiente del Departamento Gestión de Información Internacional de la Dirección de Fiscalización Internacional de la AFIP procedió a la apertura de "... un sobre de color blanco, cerrado y lacrado ... donde se constata la existencia de un soporte óptico CD-ROM y la clave de acceso al mismo...?", oportunidad en la cual se descriptó la información contenida en el CD aludido(15). 9º) Que, asimismo, con intervención de la Embajada de la República Argentina en Francia y del Ministerio de Relaciones Exteriores se obtuvo copia de las sentencias dictadas en las causas N° 2015/02858 y N° 2015/03407 el 1º de febrero de 2016 por la Sección 7º de la Cámara de Apelaciones de París(16); así como también de la sentencia N° 852/2015 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 9 de diciembre de 2015(17). Del examen de esos documentos surge que: a) "las autoridades policiales y judiciales francesas tuvieron acceso a los datos contenidos en la computadora de Hervé Falciani en el marco del cumplimiento de un exhorto internacional librado por iniciativa de las autoridades helvéticas, procediendo por tal pedido y en presencia de un magistrado suizo a un allanamiento en el domicilio de los padres del interesado, sito en el territorio nacional, en Castellar, en la jurisdicción de la Fiscalía de Niza, el 20 de enero de 2009"(18); b) en el marco de ese procedimiento la autoridad judicial francesa obtuvo la información requerida por la autoridad suiza en el ordenador personal de FALCIANI; c) que antes de darse respuesta a la solicitud de asistencia por parte de las autoridades helvéticas, las

autoridades judiciales francesas encomendaron la realización de una pericia a fin de verificar que ninguna de las informaciones que estaban a punto de ser transmitidas a la autoridad extranjera pudieran guardar relación con personas francesas o sujetas a la legislación impositiva francesa...?, y que d) en función de lo resuelto por la Cámara de Casación Francesa por medio de la resolución N° 6230 del 27 de noviembre de 2013, se estableció que no se encuentra demostrado: (i) que los servicios fiscales franceses hayan participado directa o indirectamente en la producción de los documentos hurtados por FALCIANI; (ii) que las autoridades fiscales francesas se hayan prestado a un estratagema o fraude contra remuneración para obtener los datos informáticos impugnados; (iii) que se los hayan pedido a FALCIANI, o sean el organizador o el instigador de la comisión del presunto delito de robo de los archivos en el seno del HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA; y (iv) que la administración fiscal francesa haya intervenido en la confección de los elementos de prueba impugnados(19).

10°) Que, los datos secuestrados en el ordenador personal de Hervé FALCIANI, a los que se hizo referencia en el punto a) del considerando anterior, aportados por las autoridades francesas a la Administración Federal de Ingresos Públicos en las condiciones descriptas en el considerando 8°, consisten en anotaciones, según el caso, referentes a datos de ciertas personas (nombre, apellido, fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad, estado civil, profesión, número de documento, entre otros) a los que se asocia con ciertos números de identificación de clientes del HSBC PRIVATE BANK SUISSE; perfiles vinculados al cliente, listado de todos los números internacionales de cuenta bancaria (IBAN) que componen el perfil, saldos totales del perfil a diciembre de 2005 y 2006, y saldo máximo total constatado entre enero de 2005 y febrero de 2007 con indicación del ejercicio en cuestión; carácter que reviste el cliente con relación al perfil (titular, apoderado, beneficiario, administrador, usuario de internet, etc.), detalle de la composición patrimonial del perfil, con indicación de los activos y su evolución mes a mes (en solapa aparte), fecha de creación y eventual cierre del perfil.

11°) Que en lo sustancial, los diversos planteos que motivaron la formación de este incidente se articularon a partir de considerar que la prueba en la que se sustentaron las imputaciones formuladas en el marco de esta causa proviene de un hecho ilícito cometido por Hervé Daniel FALCIANI en perjuicio del HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA en la Confederación Suiza; que también resulta constitutivo de varios delitos en la República Argentina, y que por lo tanto resulta de aplicación la regla de exclusión probatoria sentada por la C.S.J.N. en los casos ?Charles Hermanos?, ?Montenegro? ?Fiorentino? y ?Rayford?, entre otros.

12°) Que, la invalidez de la prueba obtenida en violación a derechos y garantías constitucionales (regla de exclusión) así como también la transmisión de este efecto a los que sean su consecuencia (doctrina de los frutos del árbol venenoso), cuya aplicación es requerida por las partes, tienen su origen en la jurisprudencia(20).

En virtud de ello la determinación acerca de su aplicación al caso requiere un examen cuidadoso de las circunstancias de hecho y de los fundamentos que motivaron la aplicación de tales sanciones probatorias por parte de la C.S.J.N.

En efecto, la regla de exclusión ?no ha de entenderse de aplicación automática e irracional, quedando a cargo de los jueces de la causa, valorar las particularidades de cada caso en concreto, y de acuerdo a los principios de la lógica y de la experiencia social determinar caso por caso y no en abstracto, si un elemento probatorio ha sido obtenido como consecuencia directa y necesaria de una conducta inconstitucional...?(21).

En ese mismo orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia citada por las partes, también se refirió a la prudencia con que debe examinarse su procedencia pues ?... una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial (v. opinión del Juez Powell, en nombre de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en ?Stone vs. Powell?, 428 U.S. 465, 492; 1976)?(22).

13°) Que, sentado lo anterior, es oportuno destacar que en todos los casos en que nuestro Máximo Tribunal aplicó la regla invocada se trató de supuestos en los que la prueba ilegal fue obtenida por agentes estatales y en las siguientes circunstancias: prueba adquirida a raíz una pesquisa no autorizada legalmente o sustraída fraudulentamente por funcionarios de la Administración de Rentas (?Charles Hermanos?); confesión obtenida fruto de apremios ilegales por parte de policías (?Montenegro? y ?Ruiz, Roque?); detención, allanamiento o requisa ilegítimos llevados a cabo por fuerzas policiales (?Fiorentino?, ?Rayford? y ?Peralta Cano?); intervención telefónica ordenada por un juez infundadamente (?Quaranta?); declaración indagatoria celebrada sin defensa técnica y luego de apremios ilegales (?Paulino?)(23).

En general se coincide en que los fundamentos en los que la C.S.J.N. sustentó la aplicación de la regla son de carácter ético y de integridad judicial(24).

En efecto, en el caso ?Charles Hermanos? se consideró que ?la ley en el interés de la moral y la seguridad? declaraba a dicho material incriminatorio como inadmisibles. En ?Montenegro? (cons. 5°) se estableció que existe un ?...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? según lo definiera la Corte Suprema de los Estados Unidos ante un caso similar (?Spano vs. New York?, 360 U.S. 315-1958)... tal conflicto se haya resuelto en nuestro país... en la prohibición contenida en el art. 18 de la Constitución de obligar a alguien a declarar contra sí mismo ... 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 su delito [aquel cometido -en el caso-

por los agentes policiales] 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 constituir la en beneficiaria del hecho ilícito?(25). 14°) Que, del examen de las constancias agregadas a las actuaciones se advierte que los archivos en cuestión fueron secuestrados, en poder de un particular, por las autoridades de la República de Francia en el marco del registro domiciliario descripto en el considerando 9° y posteriormente entregados a la autoridad fiscal de nuestro país en el marco del art. 27 de la ley 22.357 que aprueba el "Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio?". No se advierte la intervención o conexión entre los agentes estatales y la obtención por parte de Hervé FALCIANI de los datos cuestionados, tal como se consignó en el punto d) del considerando 9° y también en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, agregada en copia a fs. 672/681(26). Los eventuales delitos que pudiera haber cometido el poseedor de tales documentos -Hervé FALCIANI-, tal como se indica en los diferentes planteos, no constituye una circunstancia que invalide "per se" la obtención de los documentos secuestrados regularmente por las autoridades estatales. 15°) Que, la regla que invocan los distinguidos defensores en las múltiples presentaciones que dieron lugar a esta incidencia sólo se aplica para restringir las facultades persecutorias de los órganos públicos. A su vez no se ha indicado alguna razón por la que corresponda hacer excepción a ese principio general y tampoco se ha demostrado que la prueba incorporada al proceso vulnere de manera directa y concreta algún derecho fundamental de los imputados. En efecto, la regla fue por primera vez aplicada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos(27) y ese mismo tribunal ha establecido que no están cubiertas por la regla de exclusión las pruebas obtenidas por particulares y luego utilizadas en un proceso penal(28). A su vez tanto en el fallo "Montenegro" como en "Rayford", se efectúan ciertas referencias a los encargados de resguardar el cumplimiento de la ley que "sugieren con bastante claridad que de lo que se habla es de métodos de ejecución de la ley por parte de quienes deben hacerla cumplir, esto es los funcionarios públicos"(29). Criterio que también ha sido seguido por la Cámara Federal de Casación Penal y la Cámara Criminal y Correccional Federal(30). 16°) Que, además, del examen de los archivos entregados por las autoridades francesas a la Administración Federal de Ingresos Públicos surge que se refieren a datos relativos a la tenencia de activos depositados en cuentas bancarias, a sus beneficiarios y titulares, el tipo de tenencias, movimientos y saldo al cierre del ejercicio(31), es decir, información que no integra el ámbito de reserva absoluto de los ciudadanos (artículo 19 de la CN). El secreto bancario no es oponible a la autoridad fiscal de nuestro país, más aún las tenencias de activos depositadas en el circuito bancario local, según la legislación vigente deben ser informadas por tales entidades a la Administración Federal de Ingresos Públicos. En efecto, el art. 39 de la ley N° 21.526 expresamente dispone que no rige para las entidades bancarias el deber de guardar reserva respecto de los requerimientos de información que formule la Administración Federal de Ingresos Públicos(32); a su vez la ley 11.683(33) impone a las entidades bancarias la obligación de suministrar a las autoridades fiscales la información necesaria para la determinación y percepción de los impuestos. Al respecto ha de ponerse de relieve que la Resolución General 3211 de la AFIP -régimen vigente a la fecha de los hechos e incluso, con modificaciones, en la actualidad(34)- dispone que las entidades financieras comprendidas en la ley 21.526 deben informar al fisco, entre otros datos, el monto de las acreditaciones mensuales efectuadas en cuentas corrientes y cajas de ahorro constituidas en el país. También, en función del régimen de autoliquidación de los impuestos que establece la ley 11.683 los contribuyentes tienen el deber de exteriorizar ante el fisco los datos tributariamente relevantes, entre los que se encuentran las tenencias de activos en entidades bancarias, justamente a fin de hacer efectivo el deber constitucional de contribuir a los gastos del Estado (art. 4 de la CN). En este sentido ha de destacarse que "...se previó una excepción al secreto ... para que éste no se erigiese en una valla a la necesaria facultad de los organismos recaudadores de verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los responsables, lo que conduce en última instancia a hacer efectivo el mandato constitucional referido a que los ciudadanos soporten los impuestos con arreglo al principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional)...? (Fallos: 302:1119). 17°) Que, por lo demás, debe destacarse que los documentos en cuestión no presentan un contenido confesorio(35) de parte de los aquí imputados obtenido forzosamente que eventualmente permita asimilarlos a la prueba obtenida mediante tormentos tal como se equipara en algunas de las presentaciones en análisis. 18°) Que, en tales antecedentes, corresponde rechazar el planteo de nulidad articulado por las partes al que se hizo referencia en el punto (i) del considerando 3° de la presente, pues por los fundamentos expuestos, no se verifica alguna violación a las garantías constitucionales de la defensa en juicio e inviolabilidad de los papeles privados, ni los derechos a la intimidad y privacidad de los imputados (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional; artículo 11, inciso 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). 19°) Que, por otro lado, los doctores Marcos SALT y Natalia SERGI en las presentaciones de fs. 108/115, 116/122 y 343/349 indicaron que en las planillas impresas por la AFIP como sustento de la denuncia se advierte la utilización de supuestas comunicaciones vía electrónica aparentemente entre agentes del banco y los clientes y que ello implica una intromisión en la correspondencia efectuada sin orden judicial y, como tal, en violación a la protección constitucional establecida en el artículo 18

CN. De la lectura de las fichas agregadas a la causa, efectuadas con relación a Alfredo Alberto ROMÁN, Ivana Karina ROMAN, Silvina Verónica ROMAN, Andrea Mariela ROMAN, Gabriela Nancy ROMAN, Hilda Margarita KOWANZ, Hugo Sergio LOMBARDO y Gustavo Guillermo GELDART, traducidas al idioma español, surge que se consignaron instrucciones sobre la realización de ciertas operaciones que habrían sido efectuadas por personas supuestamente autorizadas para operar en cuentas bancarias. En el caso de la ficha confeccionada con relación a Alejandro Raúl PEREZ DUICH, si bien no fue traducida al idioma español, se advierte que el contenido en idioma extranjero es igual a las de Hugo Sergio LOMBARDO y Gustavo Guillermo GELDART. No obra en las fichas en cuestión, ni en las demás constancias del legajo, alguna comunicación interpersonal(36), que tampoco fue individualizada en la presentación efectuada por la defensa, cuyo resguardo garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional(37). Además, en las fichas efectuadas con relación a Bernardo Marcelo YUNGMAN, Doba KAGAN RAPOPORT y Vanesa Dora YUNGMAN de CABULI, también asistidos por los doctores SALT y SERGI, que obran agregadas a la causa, traducidas al idioma español, no se consignó ningún tipo de referencia adicional a los datos generales a los que se hizo referencia en el considerando 10°. 20°) Que, por otro lado, la defensa de Roberto Alfredo PUSTILNICK hizo referencia a que FALCIANI habría revisado los correos electrónicos del personal y los registros de las comunicaciones telefónicas (cfr. fs. 292 vta.).

En primer lugar, cabe destacar que la defensa ha efectuado una referencia de orden general, sin individualizar en concreto los correos electrónicos y las comunicaciones telefónicas que habrían sido interceptadas. Con independencia de ello, cabe destacar que el tramo de la ficha a la que se refiere la defensa no fue traducida al idioma español, motivo por el cual no corresponde, a esta altura, efectuar algún tipo de consideración con relación a su contenido. 21°) Que, con relación al argumento expuesto por los doctores Marcos SALT y Natalia SERGI en cuanto a que la protección de datos bancarios no se deriva solo del derecho a la intimidad y los papeles privados sino que tiene una protección constitucional específica en el artículo 43, tercer párrafo, de la CN, cabe aclarar que en dicha disposición de la Constitución Nacional se ha consagrado el derecho de toda persona a interponer una acción expedita y rápida -habeas data- para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, contenidos en registros o bancos de datos públicos y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir su supresión, rectificación, actualización y confidencialidad (Fallos: 322:259). No hay duda de que el objeto tutelado por el habeas data no es el dato en sí mismo sino en la medida que afecte la intimidad o privacidad de la persona y en particular, quedan fuera de la protección del habeas data los datos de interés público, tales como aquéllos que se refieran a la actividad económica, empresarial, etc.(38) 22°) Que, con relación al planteo detallado en el punto (ii) del considerando 3°, de las constancias incorporadas a las actuaciones surge que la documentación secuestrada en poder de Hervé FALCIANI formaba parte de los elementos que debían secuestrarse de acuerdo a la rogatoria internacional cursada por las autoridades suizas, sin que se haya agregado a las actuaciones, al menos hasta este momento, alguna constancia que controvierta las circunstancias de hecho que surgen de los distintos pronunciamientos agregados a las actuaciones (39). 23°) Que, en otro orden de ideas, las objeciones planteadas con relación a la presunta violación de la cadena de custodia y la posible contaminación de la documentación aportada por la República Francesa no resultan cuestiones normativamente vinculadas a la validez de esos documentos sino que, por el contrario, guardan relación con el valor probatorio que jurisdiccionalmente pueda asignárseles. Por ello, la eventual verificación de las inobservancias alegadas por las defensas no comportan per se una causal de nulidad, sino que podrían eventualmente incidir en la fuerza probatoria con la que se valoren esos elementos. En otras palabras, se trata de una cuestión de grado en su función demostrativa y no de su naturaleza como acto jurídico válido. En este punto, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha sostenido que "...Lo mismo en relación a la conservación de la cadena de custodia [...] que es susceptible de corroboración. Y cualquier dificultad sobre ello, tendrá incidencia directa al momento de valorar el alcance de la prueba, más por sí solo no torna aplicable el instituto aludido [nulidad]?(40). Similar abordaje jurídico se le dio a las consecuencias de la presunta inobservancia de las reglas del artículo 233 del ordenamiento nacional adjetivo, por las Salas IV y VI del mismo tribunal(41). En conclusión, al no corresponder un juicio anticipado y aislado sobre el mérito de la documentación acompañada por la República Francesa, el análisis de las objeciones y planteos desarrollados por el acápite (ii) del considerando 3° excede el marco de la presente incidencia(42). 24°) Que, con relación a la falta de legalización mediante apostilla y de firmas de algún funcionario público francés, debe decirse que tratándose de documentos privados secuestrados en poder de un particular, tales recaudos no constituyen un requisito de validez sin perjuicio de su valor probatorio, tal como se indicó por los considerandos que anteceden. En cuanto a la falta de traducción consta en las actuaciones las distintas traducciones llevadas a cabo durante la instrucción(43) por lo que, sin perjuicio de las traducciones que puedan llevarse a cabo en lo sucesivo, la invocación genérica de tal omisión no requiere mayores consideraciones. Por lo demás, este juzgado no coincide con los planteos de las distintas defensas en cuanto a que se les imposibilitó el efectivo control sobre la producción e incorporación en esta causa N° 1652/2014 de la documentación aportada por la República Francesa. Obrar agregadas al presente expediente constancias indicativas del procedimiento mediante el cual el gobierno francés adquirió esa documentación, los trámites seguidos

para su entrega a AFIP/DGI y el acta que da cuenta de su entrega y los resguardos de seguridad observados(44). En efecto, tales constancias posibilitaron a las partes efectuar el análisis sobre la validez del origen e incorporación de esos elementos y proponer los planteos nulificantes que fueron tratados en el marco del presente incidente. De este modo, no se advierte en este punto una afectación a la garantía constitucional de defensa en juicio consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional. 25°) Que, en punto a los planteos desarrollados por los acápites (iv) y (vi) del considerando 3°, conviene recordar que la prueba impugnada fue entregada al otrora Administrador Federal de AFIP por la similar agencia francesa -Dirección General de Finanzas Públicas- en el marco del "Convenio entre la República Argentina y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio", aprobado internamente por nuestro Congreso Nacional mediante la ley 22.357. Aquel tratado internacional cuenta con un Protocolo modificatorio, también aprobado -con el mismo carácter- por la ley 26.267. El artículo 27 de la convención señalada dispone "Las autoridades competentes de los Estados intercambiarán las informaciones que sean necesarias para la aplicación de las disposiciones del presente Convenio, o aquellas de la legislación interna de los Estados relativas a los impuestos comprendidos por el Convenio, en la medida en que la imposición que ella prevé no sea contraria al Convenio. Dicho intercambio de información no se verá restringido por las disposiciones del Artículo 1. Las informaciones que reciba un Estado serán mantenidas en secreto de la misma manera que los intercambios obtenidos por aplicación de la legislación interna de ese Estado y sólo se entregará a las personas o autoridades (incluso tribunales y órganos administrativos) a quienes compete el establecimiento o recaudación de los impuestos comprendidos en el Convenio, o la sustanciación de causas judiciales o apelaciones relativas a impuestos" (el resaltado corresponde a la presente). A su vez, de la lectura de los artículos 1° y 3 se desprende que el tratado se aplica a personas (personas físicas, sociedades y toda otra agrupación de personas) que son residentes de uno o de ambos Estados, entendiéndose por "residente de un Estado" a "... toda persona que, en virtud de la legislación de este Estado, esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga" (cfr. artículo 4 -el resaltado me pertenece-). Por el artículo 2, el convenio determina su aplicación "... a los impuestos sobre la renta o sobre el patrimonio exigibles por un Estado o sus subdivisiones políticas, cualquiera fuera el sistema de percepción". En el caso de la República Argentina, se especifica en su apartado 3 las especies de tributos alcanzadas: "...i) el impuesto a las ganancias; ii) el impuesto sobre los bienes personales..." (texto según Protocolo Modificatorio). En este contexto, y de acuerdo al objeto procesal de la causa N° 1652/2014, se advierte que, en lo que aquí interesa, se investiga la presunta evasión del pago del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto sobre los Bienes Personales, de residentes en Argentina que serían titulares de cuentas en el HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA, por ende contribuyentes de acuerdo a las leyes nacionales (cfr. artículos 5 de la ley 11.683; 1° de la ley 20.628; 16, 17 y 20 de la ley 23.966). El convenio se limita a señalar cuáles son los sujetos y tributos alcanzados, los que en el intercambio de información analizado se ajustan a las previsiones del tratado internacional en cuestión. Por lo demás, la Dirección General de Finanzas Públicas de la República Francesa hizo entrega de documentación que adquirió a raíz de un allanamiento llevado a cabo por autoridades policiales y judiciales francesas dentro de su territorio (Castellar, Niza) -y por lo tanto sometido a su jurisdicción y soberanía-, por lo que no se advierte una vulneración a los límites territoriales respecto del cual el convenio surte efectos. En función de lo expuesto, toda vez que el intercambio de información cuestionado se ajustó a las pautas establecidas por dicho tratado, la intervención o aprobación de la Confederación Suiza no constituía un requisito necesario para su celebración ni tampoco se verifica una violación a la regla internacional "pacta sunt servanda", teniendo en consideración los derechos y obligaciones internacionales contraídas por Argentina y Francia. 26°) Que, con relación al argumento reseñado por el punto (v) del considerando 3°, este juzgado entiende que las previsiones del "Convenio entre la República Argentina y la Confederación Suiza para Evitar la Doble Imposición en Materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio", aprobado por nuestro país por la ley 27.010, no surten efectos respecto del intercambio cuestionado que, se reitera, fue efectuado en el marco del convenio celebrado entre la República Francesa y la República Argentina y en estricto cumplimiento de sus pautas. Por lo demás, tampoco el planteo articulado podría prosperar ya que la sanción y publicación en el Boletín Oficial de la ley 27.010 fueron llevadas a cabo con posterioridad al intercambio de información impugnado (25 de septiembre de 2014), a saber, los días 12 de noviembre y 11 de diciembre de 2014, respectivamente. 27°) Que, por último, con relación a lo solicitado por las defensas técnicas de algunos imputados en cuanto a que se produzcan las medidas probatorias que infra son detalladas(45), sin perjuicio de que la dirección de la investigación se encuentra delegada en el señor Fiscal en los términos del artículo 196 del CPPN, toda vez que aquéllas no resultan conducentes ni útiles para la resolución del presente incidente en función de los argumentos hasta aquí expuestos, no corresponde ordenar su producción (artículo 341 del CPPN). Por lo expuesto, oídas las partes y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal y por la querrela, SE RESUELVE: I.- NO HACER LUGAR A LOS PLANTEOS DE NULIDAD articulados por las defensas técnicas de los imputados a los que se hace referencia en los considerandos 1° y 2° del presente (artículo 166, en sentido contrario, del CPPN). II.- CON COSTAS (artículos 530 y 531, del CPPN). III.- NO

HACER LUGAR a la producción de las medidas de prueba a las que se hace referencia en el considerando 26° de la presente (artículo 341 del CPPN). Regístrese, protocolícese, notifíquese a los imputados y sus defensas técnicas, a la querrela y al señor representante del Ministerio Público Fiscal mediante cédulas electrónicas. Fecha de firma: 07/03/2017 Firmado por: MARIA VERONICA STRACCIA, JUEZ DE IRA. INSTANCIA Firmado (ante mi) por: MARIA DESIREE BARCZUK, SECRETARIA DE JUZGADO Correlaciones: D. M. C. F. s/INFRACCIÓN LEY 24.769 - Cám. Nac. Penal Ec.- Sala B - 11/07/2018 - Cita digital IUSJU030122E Notas: (1:) Si bien las defensas técnicas de Stella ESSES y Amalia AMOEDO efectuaron presentaciones en el marco del presente incidente (cfr. fs. 106 y 166/vta.), por la resolución dictada el 7 de julio de 2016, las nombradas fueron sobreseídas en los términos del artículo 336, inciso 2°, del CPPN, en orden a los hechos por los que fueron denunciadas (cfr. fs. 5352/5361 del expediente principal). Aquella resolución se encuentra firme al día de la fecha.

(2:) Aprobado por la ley N° 22.357 (ver, además, la modificación introducida por la ley N° 26.276).

(3:) Que establece: ?Intercambio de información. 1. Las autoridades competentes de los Estados intercambiarán las informaciones que sean necesarias para la aplicación de las disposiciones del presente Convenio, o aquellas de la legislación interna de los Estados relativas a los impuestos comprendidos por el Convenio, en la medida en que la imposición que ella prevé no sea contraria al Convenio. Dicho intercambio de información no se verá restringido por las disposiciones del Artículo 1. Las informaciones que reciba un Estado serán mantenidas en secreto de la misma manera que los intercambios obtenidos por aplicación de la legislación interna de ese Estado y sólo se entregará a las personas o autoridades (incluso tribunales y órganos administrativos) a quienes compete el establecimiento o recaudación de los impuestos comprendidos en el Convenio, o la sustanciación de causas judiciales o apelaciones relativas a impuestos, o para las decisiones sobre los recursos concernientes a esos impuestos. Estas personas o autoridades sólo usarán estos informes para estos fines. Podrán revelar las informaciones en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales. 2. En ningún caso deberá interpretarse que las disposiciones del apartado 1 obligan a un Estado a: a) Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o a sus prácticas administrativas o contrarias a las del otro Estado; b) Suministrar información que no puede obtenerse de acuerdo con su propia legislación o con su práctica administrativa habitual, o con las del otro Estado; c) Suministrar información que revele un secreto comercial, empresario, industrial o profesional, o un procedimiento comercial, o cuya revelación fuere contraria al orden público...?.

(4:) En cuanto dispone que

por autoridad competente debe entenderse al Ministro de Economía y Finanzas Públicas.

(5:) Conf. fs. 323/327

de los autos principales.

(6:) Confr. fs. 18 vta. de los autos principales.

(7:) Confr. fs. 242 de

los autos principales.

(8:) Confr. fs. 244 de los autos principales.

(9:) Nota de fecha

17/9/2014, de la cual se desprende, entre otras cuestiones, que el artículo 27 del convenio antes aludido permite a los Estados contratantes brindarse asistencia mutua en forma de intercambio de información tributaria y de sus disposiciones surge que las informaciones podrán ser intercambiadas en su más amplia legislación tributaria interna de los Estados contratantes y para la aplicación de las disposiciones particulares del convenio, remitiéndose además al párrafo 2 del comentario al Artículo 26 del Modelo OCDE. Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, p. 411. ?OECD PUBLICATIONS?, Paris, 2010. Por aquélla se señaló que, en general, es aceptado internacionalmente que la cláusula de intercambio de información tributaria en un convenio para evitar la doble imposición permite proceder a un intercambio, entre otros casos, ?...c) espontáneamente, por ejemplo, cuando un Estado ha obtenido en el curso de determinadas investigaciones, datos que supone pueden resultar de interés para el otro Estado...?, remitiéndose al párrafo 9 del comentario al artículo del Modelo OCDE antes aludido, obrante en la p. 414 de la mencionada publicación (confr. fs. 245/248 de los autos principales, especialmente fs. 246 y ver, asimismo, fs. 261/277).

(10:) Del día 18/9/2014. Confr. fs. 308/311 de los autos principales.

(11:) De fecha 18/9/2014. Confr.

fs. 312/313 de los autos principales.

(12:) Del día 19/9/2014. Confr. fs. 314/316 de los autos principales.

(13:) Confr. fs. 296/297 de los autos principales.

(14:) Confr. la Actuación SIGEA N°

13288-1070-2014/3 de fecha 30/9/2014 suscripta por el Administrador Federal obrante a fs. 317/319 de los autos principales.

(15:) Confr. el acta obrante a fs. 321/322 de los autos principales.

(16:) Confr. notas agregadas a fs.

478/524. La traducción de las sentencias obra a fs. 531/562.

(17:) Aportada por el Consejero de Finanzas en la

República Argentina de la Embajada de España en nuestro país, así como también se informó un link oficial del que pueden obtenerse la mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales Españoles.

(18:) Confr. fs. 548.

(19:) Confr. fs. 548 vta.

(20:) HAIRABEDIÁN Maximiliano, ?Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas

en el proceso penal?, Ad-Hoc, 2ª edición, págs. 41 y 241.

(21:) CFCP, Sala IV, Causa N° 847, rta. 30/10/98.

(22:) Cfr. Fallos 311:2045, de fecha 04/10/1988; y el dictamen del Procurador Fiscal de la Nación al cual el Máximo Tribunal hizo remisión en el caso ?Paulino, Oscar Ceferino?.

(23:) Fallos: 46:36, 303:1938, 310:1847, 306:1752,

308:733, P. 1666. XLI. RECURSO DE HECHO Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ infr. Ley 23.737 causa N° 50.176, 333:1674 y P.

528. XLVI. Paulino, Oscar Ceferino s/recurso extraordinario federal?. (24:) HAIRABEDIÁN, ob. cit., pág. 241.
- (25:) Fundamentos que retomó en ?Fiorentino? (cfr. considerando 7°), ?Rayford? (cfr. considerando 5°), ?Ruiz? (cfr. considerando 10°), ?Francomano? (cfr. considerando 5°) y ?Paulino? (cfr. acápite III del dictamen del Procurador Fiscal al cual el Máximo Tribunal hizo remisión). CARRIÓ, Alejandro D., ?Garantías constitucionales en el proceso penal?, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 5ª edición, pág. 307/308. (26:) Ver, en particular, considerandos 6° y 7°.
- (27:) En el caso Weeks v. United States, en el que se estableció que no procede la admisión de la prueba obtenida mediante un allanamiento y registro realizados sin la correspondiente orden judicial, pues su incorporación y valoración implicaría una vulneración de las garantías establecidas por la IV Enmienda a la Constitución Federal (protección del domicilio, papeles y efectos contra búsquedas y secuestros irrazonables). GUARIGLIA Fabricio, ?Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación?, Del Puerto, 1ª edición, pág. 13. (28:) Confr. Burdeau v. Mc. Dowell, 256 us 465 (1921), citado por CARRIÓ, ob. cit., nota 67, pág.348/349. (29:) CARRIÓ, ob. cit., pág. 347. (30:) BOVINO Alberto y PINTO Federico, ?La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal?, en ?Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia?, Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan (comps.), Del Puerto, 1ª edición, pág. 279 y siguientes. (31:) Conf. detalle efectuado en el considerando 10°. (32:) Ley N° 21.526, artículo 39: ?Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen. Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran: a) Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas; b) El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones; c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales sobre la base de las siguientes condiciones: - Debe referirse a un responsable determinado; - Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y - Debe haber sido requerido formal y previamente. Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso....? (lo destacado es de la presente). (33:) Ley 11.683, artículo 107: ?Los organismos y entes estatales y privados, incluidos bancos, bolsas y mercados, tienen la obligación de suministrar a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS a pedido de los jueces administrativos a que se refieren los artículos 9°, punto 1, inciso b) y 10 del Decreto N° 618/97, todas las informaciones que se les soliciten para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a su cargo.... La información solicitada no podrá denegarse invocando lo dispuesto en las leyes, cartas orgánicas o reglamentaciones que hayan determinado la creación o rijan el funcionamiento de los referidos Organismos y entes estatales Fecha de firma: 07/03/2017 o privados...?. (34:) Con las modificaciones de las RG N° 3460/1992 y 3807/1994, entre otras. (35:) Se trata de prueba documental y como tal constituye una expresión gráfica del documentador o sea de quien lo escribió u operó en su grabación, filmación, y puede tratarse de una expresión confesoria si su autor es parte de ese proceso y el hecho documentado lo perjudica (CLARIÁ OLMEDO Jorge A., ?Tratado de Derecho Procesal Penal?, Ediar, 1966, Tomo V, págs. 59/61). (36:) No fue impreso, ni transcripto, ni copiado, ni almacenado algún tipo de comunicación interpersonal. (37:) Sobre la protección constitucional de las comunicaciones interpersonales GARCÍA Luis M., ?La vigilancia de las telecomunicaciones y otras comunicaciones interpersonales según la jurisprudencia elaborada en torno al Código Procesal Penal de la Nación? en ?Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia?, ob. cit., pág. 303 y siguientes. (38:) BIDART CAMPOS, ?Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino?, Ediar, Tomo II-A, 2003, págs. 310, 318 y sgtes. (39:) La Cámara de Apelaciones de París al rechazar un planteo de nulidad de la investigación preliminar abierta el 26 de junio de 2009 por parte del Fiscal de Estado de Niza y la subsiguiente instrucción, articulado por la propia HSBC PRIVATE BANK (SUISSE) SA, afirmó ?...las autoridades policiales y judiciales francesas tuvieron acceso a los datos contenidos en la computadora de Hervé Falciani en el marco del cumplimiento de un exhorto internacional librado por iniciativa de las autoridades judiciales helvéticas, procediendo por tal pedido y en presencia de un magistrado suizo a un allanamiento en el domicilio de los padres del interesado [FALCIANI], sito en el territorio nacional, en Castelar, en la jurisdicción de la Fiscalía de Niza, el 20 de enero de 2009.... Que la autoridad judicial francesa tomó de este modo posesión de los archivos correspondientes, luego de allanamiento legalmente efectuado en el domicilio del Sr. Falciani...? (cfr. fs. 532/550). Ver también las resoluciones de fs. 487/493, 3947/3967 y 4581/4598, de los autos principales y fs. 672/681 del presente. (40:) CCC, Sala V, causa n° 37489 ?Ponce, Claudia s/ ley 11.823?, rta. el 31/08/2009; e ?Incidente de nulidad? formado en la causa n° 14546/2010/2 ?Colli, Matías Gabriel?, rto. el 11/09/2015. (41:) CCC, Sala IV, causa n° 2019/11 ?Schneider, Fabio F.?, rta. el 08/02/2012; Sala VI, causa n° 42.887/11 ?Rodríguez, Hernán s/procesamiento?, rta. el 19/12/2011 y causa n° 29907/13 ?Mangeri, Jorge Néstor s/nulidad?, rta. el 06/09/2013. (42:) Así lo entendió, incluso, la defensa de Horacio Fabián TORRES, Severo Ignacio RIZZO, Ricardo Miguel Pablo TRUCCO,

Luis María CORSIGLIA, Guillermo Ricardo GAMBLE y Adelmo Juan José GABBI, la cual sostuvo: ¿En cuanto a la imposibilidad de utilizar la prueba aportada por la AFIP en razón de su falta de autenticación y porque ha sido manipulada con antelación por el citado Falciani, si bien comparto en su totalidad los argumentos esbozados por el Dr. Beraldi, estimo que no es una cuestión a debatir en este incidente? (cfr. fs. 75 vta. -el resaltado corresponde a la presente-). (43:) Conf. fs. 575/577, 1321, 1553, 1569 y 1575 y 2146 de los autos principales. (44:) Conf. fs. 242/244 y 321/326 de los autos principales; 1275 de las actuaciones formadas para el seguimiento de las medidas dispuestas en autos y su traducción al español a fs. 5562/5563 de los autos principales. (45:) Por el apartado III de la presentación incorporada a fs. 14/23, el Dr. BERALDI solicitó el libramiento de una rogatoria internacional a Suiza para que remita los antecedentes obrantes respecto de causas penales que tramitan allí respecto de FALCIANI. Asimismo, el letrado propuso llevar a cabo un peritaje a fin de determinar si la evidencia digital incorporada a la causa fue recogida en base a los estándares y protocolos internacionales en la materia. Por otro lado, mediante el escrito agregado a fs. 28/29, el mismo abogado solicitó que se amplié el exhorto dirigido a la Confederación Helvética y se peticione a la autoridad judicial suiza la recepción de una declaración testimonial a Jacques de Watteville, Secretario de Estado sobre Cuestiones financieras Internacionales del Departamento Federal de Finanzas Suizo, respecto de las declaraciones hechas por aquel funcionario al Diario Perfil. Asimismo, en el apartado V. 4° y 5° de las presentaciones de fs. 34/57 y 285/299, los Dres. CORNEJO COSTAS y TESSIO propusieron que se convoque a FALCIANI a prestar declaración testimonial a fin de que informe de qué manera obtuvo los elementos informáticos provenientes del HSBC PRIVATE BANK SUISSE. Además, solicitaron que se exhorte a la República Francesa a efectos de pedir la remisión del soporte original de la prueba cuestionada y los ordenadores utilizados por FALCIANI para sustraer la información, a fin de poder peritarlos. A su vez, por el acápite T del escrito agregado a fs. 77/105, el Dr. TISCORNIA solicitó que se determine quiénes fueron los periodistas que redactaron notas en el diario La Nación, así como en los portales www.nexoflin.com.ar y www.telam.com.ar, las cuales darían cuenta de un encuentro celebrado entre Ricardo ECHEGARAY y FALCIANI; para luego recibirles declaración testimonial. También pidió que se libré un exhorto internacional a Suiza respecto de FALCIANI en términos similares a los oportunamente solicitados por el Dr. BERALDI. Por último, si bien por la presentación incorporada a fs. 123/125 el Dr. Marcelo Antonio SGRO adhirió a la prueba producida por los letrados señalados en los primeros tres párrafos de la presente nota, en cuanto al peritaje de la evidencia digital postuló su ampliación a fin de establecer si la información sufrió modificaciones desde que fue recibida por AFIP/DGI.

041843E