

Poder Judicial de la Nación

San Miguel de Tucumán, 10 de Mayo de 2010.

AUTOS Y VISTOS: para resolver el planteo de nulidad de la pericia química ambiental realizada por Gendarmería Nacional en la presente causa caratulada: "CITROMAX S.A.C.I. s/Infracción a la Ley n° 24.051", Expte. N° 880/06, y

CONSIDERANDO:

Que a fs. 276/281, comparece el Dr. Antonio Amado Augusto Fara por la defensa de Lucia Elena Antonieta Migliavacca y Eduardo Lucas Fornaciari y solicita se declare la nulidad de la pericia química ambiental realizada por Gendarmería Nacional, por haber incurrido dicha fuerza de seguridad en vicios formales y sustanciales que producen su nulidad absoluta e insalvable.

Afirma la defensa, que la pericial química ambiental (fs. 207/213) de Gendarmería Nacional, ha violado el derecho de defensa en juicio de sus defendidos, por cuanto se los privaron del control de ésta, la que, a su vez, fundamenta la citación a prestar declaración indagatoria de sus representados.

Aclara la defensa, que los vicios formales de la prueba pericial se evidencian en que: 1- las muestras fueron simplemente rotuladas y cerradas pero no lacradas; 2- los testigos no firmaron los mencionados rótulos; 3- los testigos Juarez y Leiva no ratificaron en sede judicial el contenido del acta de allanamiento; 4- la defensa ni sus representados conocen donde fueron guardadas las muestras, quien era el responsable de su custodia, ni como fueron remitidas a Buenos Aires; 5- si bien al momento de producirse el allanamiento y la posterior pericia química ambiental, no había imputados en la presente causa, por la importancia de ésta prueba, hubiera correspondido su control por parte de los posibles imputados o por Citromax, sin embargo no se hizo, vulnerando el derecho de defensa de los imputados al no poder ejercer el debido control sobre la misma.

Afirma la defensa, que el derecho de contralor de la prueba pericial química ambiental le ha sido negado a sus defendidos, por lo que es nula de nulidad absoluta, máxime cuando, como el caso de autos, no hay posibilidad

de hacer una contraprueba, por cuanto conforme lo informa Gendarmeria Nacional, fs. 210 vta, las muestras fueron consumidas en su totalidad.

Por otro lado, resalta la defensa, que la pericia química adolece de vicios sustanciales, ya que no se cumplieron en la toma de muestras y en la realización de los análisis, las condiciones exigidas por la Dirección General de Fiscalización Sanitaria, del Departamento de Fiscalización Ambiental, del Sistema Provincial de Salud, en su protocolo de gestión de muestras (ver fs. 278 vta. y 279), parámetros estos que no fueron seguidos por Gendarmeria Nacional, en la toma de muestras ordenadas por el Suscripto.

Por último, cuestiona la defensa la idoneidad del personal de Gendarmeria que intervino en la medida probatoria y el material utilizado por los nombrados.

Que del planteo de nulidad formulado por el Dr. Fara se corre vista a la Dirección de Policía Científica, Departamento Químico, de Gendarmeria Nacional.

Que a fs. 524 comparece el Sr. Fiscal Federal y manifiesta que la pericia química realizada no adolece de nulidad, conforme lo sostiene la defensa, ya que ésta descansa en un error.

Afirma el Sr. Fiscal Federal, que el bien jurídico protegido por la Ley 24051 es la salud pública; que la medida llevada adelante y atacada por la defensa, no fue una pericial, fue una orden de allanamiento; que el allanamiento es una medida judicial límite, que el Juez dispone cuando advierte que ningún otro medio judicial llevará a la verdad material que se pretende investigar, es decir, como último medio disponible y si todo antes ha fallado, es obviamente por una actitud evasiva de la ley del imputado; por lo tanto, el éxito del allanamiento es la sorpresa. Por eso, es librada con habilitación de día y hora, inaudita parte, etc.

Aclara, el Sr. Fiscal Federal, que palmariamente se desprende, que lo pretendido como nulo por la defensa, no es más, que el propio desenvolvimiento de la medida ordenada judicialmente, es decir, entrar a una propiedad privada, por orden judicial fundada y recoger todo lo que haga a la prueba del delito investigado y muestras de los vertidos industriales a las cuales no se puede acceder de otro modo.

MARIO AGUSTIN RACEDO
JUEZ FEDERAL G. B. MOGANTE
JUGADA FEDERAL Nº 2
TUCUMAN

Poder Judicial de la Nación

Que entrando al análisis de la cuestión, cabe previamente señalar, siguiendo a Marcelo Mamugot quien, con cita de Colombo, expresa que *"no hay nulidad por la nulidad misma dictada en el sólo interés de la ley cuando no beneficie a parte alguna, cuando importa un excesivo formulismo, o cuando va en desmedro de la idea de la justicia"* (Nulidades en el Proceso Penal, Sergio Gabriel Torres, pág. 43).

Por su parte Claría Olmedo enseña que *"el tema de las nulidades debe enfocarse desde un interés social, ya que un criterio formalista no favorece en absoluto ninguna garantía, sino que por el contrario, la entorpece"* (Nulidades en el Proceso Penal, Sergio Gabriel Torres, pág. 45).

Así también, debemos recordar que las sanciones procesales son consecuentes con la garantía que recubre la cláusula constitucional rectora del proceso penal, consagrada en el art. 18 de la Carta Magna.

Por estas razones, para que un acto acarree nulidad, debe tener un efecto en la causa capaz de producir alguna afectación a la defensa en juicio.

Resulta indiferente para una eventual declaración de nulidad la naturaleza de ésta, expresa, genérica, virtual o desde otro análisis absoluta o relativa, ya que los principios de conservación o trascendencia, plasmado éste en la antigua máxima *"pas de nullité sans grief"*, impiden la aplicación de dicha sanción si el acto atacado logró su finalidad y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado.

Que el principio de trascendencia de las nulidades implica que ellas no deben ser declaradas si no media suficiente interés jurídico concreto que reparar, es decir, que debe mediar un perjuicio efectivo o haberse producido la frustración de un derecho.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa *"Romero Severo César A."* (sentencia de fecha 31/03/99) ha señalado: *"es doctrina de esta Corte que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (conf. doctrina de Fallos: 295:961; 298:312 –La Ley, 1978 B, 693, J. Agrup. caso 3057, entre otros), ya que resulta inaceptable en el ámbito del Derecho Procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554)"; "la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo*

9

interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia" (in re "CASTRO ROBERTS, OSCAR ALBERTO s/ Robo de Automotor en concurso real con tentativa de Robo", Causa N° 8786, 15/11/88)"; "la garantía de la defensa en juicio tiene desde antiguo carácter sustancial (Fallos 189:306 y 391; 192:240 y 308; 193:487, entre muchos otros) y por ello exige de parte de quien la invoca, la demostración del concepto de perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto (Fallos 298:279 y 498)".

pa
no
tie
C.
co
ca.
em
No
dej
nu.
ext

Por su lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha enrolado en similar temperamento a través de la doctrina del "harmless error", aplicable cuando se produce una irregularidad esencial en el proceso pero que, en definitiva, no causa perjuicio alguno (Cfr. Torres, Sergio Gabriel, Nulidades en el Proceso Penal, ps. 35 y 36).

ado
cau
Ba

A su vez, cabe aclarar que, la facultad del imputado, de participar de todos los actos en la Instrucción, se genera en un derecho absoluto únicamente en relación a aquellos denominados definitivos e irrepetibles. De allí que la facultad de intervenir en ciertos actos procesales pueda ser denegada y de allí también que no se invalidará el acto, para ser valorado en decisiones tomadas durante esta etapa de investigación, cuyo fin será procurar elementos de prueba que puedan fundar ya una acusación, ya un pedido de sobreseimiento.

sim
47.
ley
las
en
leg

Es dable aclarar, que la estructura del proceso penal, la cual es armónica y establece que la dirección del mismo estará a cargo del juez, quien, conforme a las normas del Código se prevé la publicidad de la misma para las partes, salvo excepciones en que se ordene el secreto del sumario pero por resolución fundada y nunca para *actos definitivos e irreproducibles*, posibilita que los defensores asistan a todos los actos de instrucción y con el derecho a asistir a los actos definitivos e irreproducibles, bajo pena de nulidad, etc.. Es decir, el imputado y su defensa cuentan con una serie de garantías fundadas en las garantías constitucionales del juez natural, del debido proceso legal y de defensa en juicio.

5 -
Fis
de
flu.

Que el análisis químico de las muestras líquidas extraídas producto de la orden de allanamiento ordenada por el Suscripto, se hizo sin anoticiarse a las

Poder Judicial de la Nación

partes, quienes fueron privados el ejercitar el control de la misma, con lo cual no se respetaron los derechos de la defensa y del debido proceso legal que tienen los imputados en autos, especialmente previsto en el art. 258 del C.P.P.N., el cual reza: *"El juez designará de oficio a un perito, salvo que considere indispensable que sean más. Lo hará entre los que tengan el carácter de peritos oficiales; si no los hubiere, entre los habilitados para emitir dictamen acerca del hecho o circunstancia que se quiere establecer. Notificará esta resolución al ministerio fiscal, a la parte querellante y a los defensores antes que se inicien las operaciones periciales, bajo apena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple"*.

Que en este sentido debe mencionarse y destacarse el temperamento adoptado por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en la causa N° 49.180 (sentencia de fecha 18/09/08) caratulada "Frigorífico La Barraca s/ infracción a la ley 24.051":

"Conforme al criterio seguido por este miembro del Tribunal en causas similares ("González Juan Antonio s/ infracción a la ley 24.051, Expte. N° 47.958) y sin perjuicio de la plena operatividad de la norma del art. 26 de la ley 24.946 en tanto actividad del Ministerio Público Fiscal reglada por ley, las investigaciones preliminares son actos cuya finalidad es ser introducidos en un proceso, por lo que deben respetar en su realización los principios legales y constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio.

En este orden de ideas, analizada la Actuación Preliminar Na 39 - folio 5 - año 2004, se advierte que en algunas de las diligencias realizadas por el Fiscal General en dicha investigación no se observa afectación del derecho de defensa.

Diferente es la situación que se produce con la toma de muestras de los fluidos ... y su posterior análisis.

Entiendo que la realización de estas últimas medidas periciales ... sin el debido control de la parte, lesiona el principio del debido proceso y defensa en juicio debiendo declararse la nulidad de la recepción de muestras y análisis periciales practicados en las actuaciones preliminares mencionadas, dejando subsistente las mismas en lo que se refiere a informes vertidos por organismos oficiales y testimonios de vecinos" (del voto del Dr. Ernesto C.

Wayar al que adhieren los doctores Graciela Fernández Vecino y Raúl David Mender).

Que en base a las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al planteo de nulidad solicitado por la defensa a fs. 276/281 de autos y, en consecuencia, declarar la nulidad de la prueba química pericial efectuada por el Departamento Químico Ambiental de Gendarmería Nacional de fs. 207/222, ello de conformidad a lo normado por el art. 166 ss y cc del CPPN y, en consecuencia, del dictamen del Sr. Fiscal Federal de fs. 225, la declaración indagatoria de Lucia Elena Antonieta Migliavacca (fs. 247/248) y de Eduardo Lucas Fornaciari (fs. 250).

Por lo que, se

RESUELVE:

- **I) HACER LUGAR** al planteo de nulidad solicitado por la defensa de Lucia Elena Antonieta Migliavacca y Eduardo Lucas Fornaciari a fs. 276/281 y, en consecuencia, declarar la nulidad de la la prueba química pericial efectuada por el Departamento Químico Ambiental de Gendarmería Nacional de fs. 207/222, en mérito a lo considerado y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 166 y 172 del CPPN y, en consecuencia, del dictamen del Sr. Fiscal Federal de fs. 225, la declaración indagatoria de Lucia Elena Antonieta Migliavacca (fs. 247/248) y de Eduardo Lucas Fornaciari (fs. 250). (arts. 166 y 172 del CPPN).

HÁGASE SABER.

ANTE MÍ: /
 p.c. /
 MARIO ARGUELLO
 SECRETARIO
 JUDICIAL DE TUCUMÁN

MARIO AGUSTIN RACEDO
 JUEZ FEDERAL SUBROGANTE
 JUZGADO FEDERAL Nº 2
 TUCUMÁN

se 11/05/10 se notifica al Sr. Fiscal Federal - /

ARGUELLO
 SECRETARIO FEDERAL DE TUCUMÁN

DIC

SEÑ

CAU

Nº1

com

evac

auto

MBF

Medias x Helio mismo.