

EXPTE. 6.360 SALA 3 FD. N*

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES

BOL 57

DE LA PLATA.OF. DE JURISPRUDENCIA

PUBLICACIÓN EN SITIO WWW.PJN.GOV.AR

B 300_____

Carpeta PROCESAL PENAL

PRUEBA. NULIDADES. PRUEBA PERICIAL. FALTA DE NOTIFICACIÓN DE SU PRODUCCIÓN.VALIDÉZ:PRUEBA REPRODUCIBLE

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

//Plata, 22 de mayo de 2012. R.S.III T.88

F.176

AUTOS Y VISTOS: Este incidente n° 6360/III caratulado "Incidente de nulidad", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia nro. 2 de Lomas de Zamora;

Y CONSIDERANDO QUE:

I. La decisión recurrida y los agravios.

1. Llegan los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el representante de Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A...la resolución ...de este incidente que rechazó -con costas- el pedido de "nulidad de la pericia realizada por la Coordinación General de Conducción Operativa de Investigaciones de Delitos Complejos y Crimen Organizado de la Policía de la Provincia de Buenos Aires" .

En dicho planteo cuestionó el "informe contable"...de las actuaciones principales, argumentando que "esta parte nunca fue notificada de la orden judicial de producir la pericia que se impugna (...) y no ha podido participar de ella". Relató, asimismo, que anoticiado de un "'informe técnico' que debía ser elaborado en base a la documentación que los funcionarios de la preventora debían compulsar en las oficinas de Shell (parte de la cual (...), aún hoy se encuentra en la Aeroplanta de Shell ubicada en el

Aeropuerto Internacional de Ministro Pistarini de Ezeiza y que como se verá nunca fue compulsada)" se propuso un perito de parte...que "fracasó en su intento ante el personal policial para participar activamente en el informe". Agregó que tampoco existió orden judicial "concreta" que disponga la realización de dicho informe, y, en su caso, que los "peritos excedieron la limitada orden que se les dio". Concluyó entonces que "el informe pericial" no fue ordenado por el juez y "fue confeccionado no sólo sin la intervención del perito de parte, sino además, sin que los funcionarios firmantes contaran con la totalidad de la documentación". Subsidiariamente, "para el caso que se decidiese que no procede la nulidad solicitada (...), solicito en este mismo acto que se ordene la reproducción del acto impugnado". Finalmente, en su recurso, cuestionó la imposición de costas...

2. El señor agente fiscal se expidió...Allí entendió que "no debe hacerse lugar a la nulidad impetrada, sin imposición de costas". Ello pues, conforme el relato que efectuó de las actuaciones principales, estimó que: i) si bien "no se ha ordenado la realización de una pericia bajo los lineamientos dispuestos en el art. 260 del CPP, (...) y más allá de la desacertada referencia a una 'pericia' que en diversas oportunidades surge del sumario en relación con la medida instructoria en cuestión, siempre se ha tratado de un informe, cuyo contenido y conclusiones en cuanto a su valor probatorio deberá ser apreciado por el juez conforme al principio de la sana crítica"; y ii) "aún cuando pudiera considerársela una pericia, al tratarse de la compulsión de documentación, la misma deviene reproducible" careciendo de base entonces el planteo de nulidad.

II. Antecedentes de la causa principal. El informe cuestionado.

Poder Judicial de la Nación

1. Las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la denuncia efectuada por la Directora de Calidad Ambiental del Ministerio de Desarrollo Social el 10 de febrero de 2003 "por la posible contaminación acaecida en el establecimiento Aeroplanta Aeropuerto Ministro Pistarini, Ezeiza, por parte de la firma SHELL Compañía Argentina de Petróleo S.A. en su carácter de generadora de una pérdida de combustible JP 1 en su instalación de distribución de combustible a aeronaves en la plataforma operativa, Anillo de combustible, según constancias obrantes en el expediente administrativo n° ...del registro de mi representada"...

2. Impulsada la acción penal, el a quo designó como fuerza policial preventora a la División de Operaciones del Departamento Delitos Ambientales de la Policía Federal Argentina. En ese marco, dicha agencia especializada produjo una serie informes a lo largo de la instrucción de las presentes actuaciones. Así, desde el "informe técnico n° 032/03" respecto de "la importancia de los hidrocarburos como modificadores (afectación) no sólo de la salud humana, sino del medio ambiente, particularmente en lo que respecta al suelo y la napa freática"...; sucesivas tareas investigativas fueron realizadas e informadas al magistrado en declaraciones y certificaciones de instrucción...o bajo la modalidad "informes técnicos"...

3. La investigación contable.

Es precisamente este último informe -..que obra...- el que da inicio al *iter* que culmina con el "informe contable" que aquí se cuestiona. Allí se plasman las tareas investigativas realizadas respecto de la existencia "de nuevos materiales contaminantes del suelo" en el Aeropuerto internacional de Ezeiza, y se concluye "claramente que en el área afectada por la contaminación producida por Shell, surge un muy significativo incremento en las cantidades de combustible derramado en el subsuelo". Dicho informe fue

cuestionado por el representante de Shell C.A.P.S.A. mediante el escrito que obra..., y frente a ello se citó a declarar a..., firmante del documento técnico a quien se le requirió se pronuncie sobre los descargos formulados por Shell... ..reafirmó en esa oportunidad lo expresado en el informe, y en consecuencia el a quo designó "como preventora a Delitos Complejos y Crimen Organizado de la Policía de la Provincia de Buenos Aires" a fin de que "practique tareas encubiertas" para esclarecer las causas, magnitud y responsabilidades del incremento de combustible derramado en el Aeropuerto de Ezeiza... En ese marco, miembros de la Coordinación General de Conducción Operativa de investigaciones de delitos complejos y crimen organizado produjeron un informe en el que se propuso un esquema de investigación y se recomendó, en lo que aquí interesa, que "con el objeto de determinar cantidad fehaciente de hidrocarburo volcado a la napa superficial y recuperado de la misma a los efectos de determinar el saneamiento realizado, modo de transporte a la planta refinadora de Dock Sud, tratamiento efectuado sobre el mismo y su ulterior comercialización, sería menester que un numerario del cuerpo de contadores de este elemento realice un informe técnico al respecto"...

En el primer informe contable efectuado se señaló que "es llamativo, que no se encuentre agregado a la presente, las auditorias contables de stock de producto, que se realizan a diario, por medio de mediciones en los tanques, confrontados con las recepciones de productos y sus correspondientes embarques o entregas a los distintos clientes que posee Shell. Dicho análisis (...) es lo que normalmente se realiza en una estación de servicio automotriz, a fin de practicar la rendición de dinero por turno y evitar faltantes, tanto de producto como de dinero. Por este medio, se obtendría, en forma exacta, la cantidad de litros faltantes que se habrían derramado"...

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

...el a quo dispuso entonces, el allanamiento de las "oficinas administrativas de la empresa Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A., emplazada en el Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini de la ciudad de Ezeiza, (...) con el objeto de obtener Libro Diario, libros de inventario y balance, auditorías internas y externas de stock, remitos y facturas de recepción (...) y/o cualquier otro elemento o documentación que pueda resultar de interés (...) con el objeto de ahondar contablemente en la presente investigación"; y la "planta de abastecimiento de combustible de la empresa Shell Argentina S.A. emplazada en el Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini de la ciudad de Ezeiza". Las actas que plasman dichos procedimientos obran...se presenta el representante de Shell S.A. y aporta nueva documentación que considera necesario evaluar. Dicha documentación fue remitida a la prevención para su examen...

Finalmente, en relación al informe contable que había quedado trunco..., se dispuso que "atento a que la documental contable que resulta necesaria para concluir el informe técnico oportunamente solicitado (...) se encontraría en las oficinas de la firma Shell (...), ubicadas en la calle., considero que la preventora deberá hacerse presente en dichas oficinas a los fines de tomar vista y/o extraer las fotocopias que resulten necesarias para la culminación de la pericia ordenada" ...

En relación a esa medida Shell S.A. se presentó e informó que la documentación requerida se encuentra "archivada en la aeroplanta Shell" de Ezeiza...y por otro lado propuso "perito de parte"...

Cumplida la medida, se produjo el informe contable...

4. El informe cuestionado.

Este informe contable fechado el...concluye que "de todo el análisis efectuado por los peritos, en los

balances aludidos, (...) no existió pérdida de 1.700.000 lts. de combustible de aviación de la planta Ezeiza, y tampoco su posterior recupero por la cantidad de 1.400.000 lts. que fueran destinados a la refinería de Dock Sud para su tratamiento”...

III. Consideración de los agravios.

1. De principio, corresponde recordar el marco normativo que regula el caso bajo examen.

El art. 200 del Código Procesal Penal de la Nación, reglamenta uno de los aspectos del derecho constitucional a la defensa en juicio, aquél que se refiere a la posibilidad de ofrecer y controlar prueba (CN art. 18; CADH art. 8). Así, establece que “los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a (...) pericias e inspecciones (...) *siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles*” (énfasis añadido). Consecuentemente, el art. 201 sanciona con la nulidad la falta de notificación, entre otros, a los defensores de los actos que menciona el art. 200. Por su parte, el artículo 258 del código de forma -en la parte que interesa- dispone que “el juez designará de oficio a un perito (...) entre los que tengan el carácter de peritos oficiales; si no los hubiere, entre los funcionarios públicos que, en razón de su título profesional o de su competencia, se encuentren 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 pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia, que pueden hacer examinar sus resultados por medio de otro perito y pedir, si fuere posible, su reproducción” posibilidades estas últimas reguladas en el artículo 259.

Poder Judicial de la Nación

La notificación prevista por el art. 258 del Código Procesal como así también la posibilidad de proponer otro perito a la que alude el art. 259 del mismo cuerpo tienen por fundamento el carácter esencialmente contradictorio de la prueba pericial y la necesidad de que, con arreglo a aquél, las partes tengan la oportunidad de intervenir en la operación que realice el perito nombrado por el juez y de fiscalizar sus comprobaciones y conclusiones mediante el asesoramiento técnico de otro experto de su confianza (véase Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II in re "B., R. M. s/recurso de casación" sent. del 06/12/2001, publicado en "JA" 2002 II, 725 y en "La Ley" 2002 D- 70).

No obstante, dicha regla admite excepciones. Así, según surge de la norma antes transcripta, se podrá omitir la notificación previa del decreto que ordena el peritaje, cuando haya suma urgencia, o la indagación sea extremadamente simple (art. 258). Habrá suma urgencia sólo cuando la demora signifique una verdadera renuncia a los resultados que se persiguen. Ello ocurrirá cuando el retardo de la operación para practicar todas las notificaciones o alguna de ellas, o para que se designe perito, cree un efectivo peligro de que desaparezca o se altere el material objeto del peritaje (véase Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, in re "G., F. R. y otro", sent. del 31/08/2000, publicado en "La Ley" 2000 F- 939, con nota de Francisco J. D'Albora, "Pesquisa y urgencia").

En otros términos, por mandato de aquella norma se prevén expresamente dos hipótesis en las cuales corresponde la declaración de nulidad: a) el primer supuesto está constituido por la ausencia de notificación a las partes de la resolución por la cual se designa al perito. Sin embargo, por la misma disposición se establecen las excepciones a este principio general: "...a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple..." y b) la

segunda hipótesis se configura cuando, en estos últimos casos, se omite la notificación a las partes de la realización de la medida, de la facultad de hacer examinar sus resultados por medio de otro perito, y de la posibilidad de pedir su reproducción.

2. Constituye un consolidado criterio con sustento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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, entre otros), ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma ("Fallos" 303:554; 322:507, consid. 3°). Esta situación, por lo que se dirá, aparece en la especie.

3. La medida probatoria del...-llámesela informe o resultados de peritaje- consistió, como se reseñó, en un análisis de la documentación contable que fuera encontrada por la prevención en las oficinas de Shell de la calle..., y en la que se concluyó que con esa base documental no puede establecerse que haya existido una pérdida de combustible y tampoco su recupero posterior.

Según se advierte, se trata de una medida probatoria que, por su naturaleza y características no resulta definitiva o irreproducible, razón por la cual la notificación a las partes previa a su realización, que se prevé por el art. 201 del ordenamiento procesal como regla general, no constituye un requisito que haga a la validez de la medida. Incluso, más allá de esta regla, de las constancias de la causa surge que el informe de mayo de 2011 viene a concretar una medida investigativa que está pendiente desde septiembre de 2010, y desde aquel momento hasta su realización fue notificada a la empresa una orden de allanamiento con el objeto de encontrar documentación a los fines "de ahondar contablemente en la presente investigación";

Poder Judicial de la Nación

ante ello la empresa se presentó luego a aportar otra documentación que entendió era necesario evaluar; y posteriormente, volvió a presentarse...para informar que la documentación que pretendía encontrarse en las oficinas de la calle..., no se encontraba allí sino en "la aeroplanta" que otrora fuera allanada precisamente con el objetivo de hallar esa documentación que ahora se ofrecía. Es decir, que en este marco fáctico, y teniendo en cuenta tanto el tiempo transcurrido, como las presentaciones del representante de Shell y su contradictoria colaboración en la investigación, no puede admitirse la conclusión de que la empresa desconocía la medida probatoria o que no haya podido controlarla de manera que se vulnere derecho constitucional alguno.

La defensa, entonces, se encuentra en condiciones de ejercer la facultad de controlar los resultados y conclusiones del peritaje conforme lo prevé el art. 258, tercer párrafo, del Código de forma mediante la designación de un perito de su confianza, a cuyos efectos bastaría con proponer al magistrado instructor tal diligencia probatoria, en los términos del art. 199 del mismo texto legal. Esta posibilidad también podría ser ejercida eventualmente en oportunidad de celebrarse la audiencia de debate, de conformidad con lo dispuesto en el art. 383 del rito.

4. Una última consideración habrá de realizarse para concluir el análisis de este punto.

No obstante el resultado al que se arriba -y que conduce a desestimar el planteo de nulidad formulado por la defensa- el Tribunal no puede dejar de señalar que el señor juez *a quo* debió procurar la observancia regular de las disposiciones formales previstas por el ordenamiento de rito, como forma de evitar eventuales nulidades y/o planteos sustentados en inobservancias de formas, que aunque no justifiquen la adopción de aquellas sanciones procesales, contribuyen a la demora

en el trámite de la causa con desmedro del derecho que le asiste al imputado de contar con una decisión en un plazo razonable.

Esta Sala ha intervenido en numerosas causas originadas en planteos análogos al presente que extienden la ya dilatada duración de los procesos y son, por cierto, evitables con el escrupuloso cumplimiento de la notificación prevista por el citado art. 258. "La finalidad última del proceso penal -dice la Corte- consiste en conducir las actuaciones del modo más rápido posible que brinde a la acusación la vía para obtener una condena, y para el imputado, conseguir su sobreseimiento o absolución, en armonía con el deber de preservar la libertad de quien durante su curso goza de la presunción de inocencia. No puede olvidarse que si los tribunales pudieran dilatar sin término la decisión referente al caso controvertido, los derechos podrían quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e injustificado perjuicio de quienes los invocan y vulneración de la defensa en juicio (Fallos: 308:694; 315:1553, entre otros)".

5. Respecto del planteo del recurrente dirigido a cuestionar la imposición de costas, dada la solución a la que se arriba y no advirtiéndose razones suficientes para apartarse de la regla prevista en el art. 531 del código de forma, corresponde confirmar la imposición de costas a cargo de la parte vencida.

IV. En mérito a las consideraciones que anteceden, **SE RESUELVE:** Confirmar la resolución...de este incidente en todo cuanto fuera motivo de agravio.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fdo.:Jueces Sala III Dres.Antonio Pacilio. Carlos Alberto Nogueira. Carlos Alberto Vallefín. Ante mí:Dra. María Alejandra Martín.Secretaria.