

El fin de la negociación con la DGI (La Filmación que hizo Tenfield de la reunión con los Cres. de DGI en sus oficinas)

Hace unos días, la prensa informó que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo habría admitido la agregación con carácter probatorio de un DVD que contenía la filmación de una reunión realizada en las oficinas de Tenfield S.A., en la cual participaron representantes de la empresa y dos funcionarios de la DGI.

La grabación fue realizada sin el conocimiento ni el consentimiento de los inspectores de la DGI, lo que determinó que esta se opusiera a la admisibilidad de dicha prueba, la que calificó de clandestina e ilícita.

Trascribimos a continuación los párrafos medulares de la sentencia que resuelve admitir la prueba, para que el lector pueda apreciarla de primera mano:

"2) se abrió la causa a prueba, ofreciendo la actora, la que luce a fs. 1, destacándose entre la prueba documental ofrecida: La copia del DVD de la visita solicitada por la DGI a las oficinas de la empresa Tenfield, el día 17 de febrero de 2008.

3) Emerge de estos obrados, que se tuvo por agregada la prueba en soporte magnético (Decreto No. 9210/2010) y la demandada dedujo oposición.

4) El "quid" de la cuestión incidental planteada, consiste en adoptar posición de si se accede a la recepción del referido documento -DVD- y si el mismo configura un medio de prueba lícito o si el mismo es ilícito, como lo sostiene la demandada.

(...)

CONSIDERANDO: II) De si el medio de prueba cuestionado por la demandada, es prueba ilícita.

Concretamente, el Tribunal debe abordar la controvertida cuestión: si la grabación de la reunión efectuada entre los Contadores de la DGI ...y los Directores de la empresa Tenfield, de fecha 17 de febrero de 2008 fue lícita o no. Dilucidar esto, significa resolver la cuestión incidental. La Administración, sostiene que el DVD que la actora pretende hacer ingresar al juicio, como medio de prueba, configura "prueba ilícita", por estos argumentos:

a) Porque la reunión no fue fijada por los Contadores actuantes;

b) Porque esos funcionarios no consintieron la grabación y no fueron advertidos que se estaba grabando dicha reunión;

c) Que la empresa demandante actuó con "absoluta clandestinidad";

d) Que la reproducción en soporte magnético de las resultancias emergentes de la reunión, no fue completa, poniendo de manifiesto la manipulación de la prueba que realizó la actora "violando elementales principios que rigen la conducta de las partes en el proceso y tiñendo de ilicitud el medio propuesto.

(...)

"IV) En función de lo expuesto, corresponde plantear: En la especie, nos encontramos ante un supuesto de violación o atentado a la intimidad de los funcionarios que en la referida reunión, representaban a la DGI?....

Si bien los Ministros acordantes de la presente, reconocen la opinabilidad del tema debatido y exaltan la fundada opinión de dos distinguidos miembros de la Corporación, entienden que la resistida grabación no representa "prima facie" una violación al derecho a la intimidad de los Sres. Contadores que asistieron a la reunión, en representación del Organismo demandado; y ello porque los mencionados contadores asistieron en su calidad de funcionarios públicos -y por lo que surge de las expresiones de las partes, lo hicieron en observancia de las indicaciones impartidas por las autoridades del Ente recaudador-. Prueba de ello, es que la propia DGI admite "haber acordado dicha reunión por su iniciativa, por lo cual resulta difícil admitir una oposición, que violentaría el derecho a la intimidad, ya que, de acuerdo a la opinión del

Profesor Miguel Torres "no existen obstáculos legales para que las labores de investigación, se extiendan a la captación de imágenes de personas, de manera vedada o subrepticia: **el interés público que subyace en la investigación, justifica no las injerencias en la vida privada, ni a los atentados a la intimidad o dignidad pero sí un seguimiento de los pasos de determinadas personas** (Cf. Torres Morato, Miguel, ob. cit.).

V) En la cuestión incidental aquí planteada, corresponde actuar por etapas: Al no vislumbrarse "prima facie" que el medio magnetofónico que se pretende agregar a la causa, constituya "prueba ilícita" **el principio o regla es la admisibilidad de ese medio probatorio**; harina de otro costal **significa evaluar su real eficacia probatoria, al momento de dictarse la sentencia definitiva**; recién en esa etapa del proceso, corresponderá evaluar si las condiciones en que fue efectuada la referida filmación y la forma en que fue seleccionada, sólo una parte de la misma, sirve o no como medio hábil convictivo o si su eficacia se desvanece o se excluye, en función de las resultancias probatorias emergentes de la causa...

Y en páginas precedentes destacaba Couture: "**El proceso del derecho** debe mantener su natural paralelismo con el **progreso de la ciencia**, negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho" (Couture, ob. cit. p. 262)".

Desde el punto de vista procesal, la sentencia concluye que la prueba no es ilícita a pesar de que la filmación fue realizada de manera clandestina, esto es, sin el conocimiento de los funcionarios que estaban siendo grabados, sosteniendo entre otros argumentos de derecho, que los mismos concurren voluntariamente a la reunión acordada por iniciativa de la DGI y en su condición de funcionarios públicos.

A nuestro juicio, si bien **la condición de funcionarios públicos de quienes fueron filmados en ejercicio de la función pública, es el elemento determinante para sostener que no se violentó el derecho a la intimidad**, existe otro elemento al cual la jurisprudencia le ha dado trascendencia a la hora de calificar una grabación como prueba ilícita. En el caso, la grabación fue realizada por una de las partes que participó en la reunión, sin recurrir a medios cuestionablemente **ilícitos**, como es la **intercepción de las llamadas telefónicas sin orden judicial o mediante la colocación de micrófonos en la propiedad ajena**. Existen sentencias que consideraron como pruebas ilícitas, grabaciones obtenidas por parte de uno de los cónyuges que coloca un aparato en la línea telefónica del hogar conyugal, para probar el adulterio de su mujer o el cónyuge que deja un grabador oculto en su casa y obtiene así una conversación de su pareja con un tercero, donde esta reconoce el adulterio. Pero en esos casos, el factor determinante a la hora de resolver si existió una violación ilícita al derecho a la intimidad, es la participación en la conversación de quien obtuvo la grabación de forma clandestina.

En el caso comentado, al hecho de que la filmación fue realizada por una de las partes de la reunión, se suma que quienes fueron grabados -clandestinamente- estaban cumpliendo funciones públicas, lo que refuerza la admisibilidad de la prueba. En efecto, **no puede invocarse como defensa la violación de derecho a la intimidad, porque es el Estado quien está actuando a través de los inspectores y esa actividad estatal es esencialmente pública**.

Sin perjuicio de la trascendencia de la cuestión procesal mas allá de este caso concreto, creemos que esta sentencia habrá de incidir definitivamente en la conducta de la DGI durante la etapa de negociación que siempre existe luego de culminada una inspección. Parece obvio, que las posibilidades de llegar a un acuerdo con la DGI, en situaciones donde existen aspectos opinables, mediante un proceso de negociación donde las partes discuten sobre la razonabilidad de los criterios fiscales aplicables y la forma de cuantificar la deuda, se verán afectadas seriamente. Es razonable pensar, que ya ningún funcionario de la DGI estaría dispuesto a entrar en conversaciones y negociaciones con el contribuyente, cuando existe la posibilidad de que esté siendo grabado.

En la próxima nota, analizaremos las similitudes -paradójicamente- que tiene la argumentación de la DGI al oponerse a una prueba obtenida clandestinamente, violentando el derecho a la intimidad de los inspectores, con los fundamentos invocados por las instituciones de enseñanza privada que se oponen a brindar información sobre sus estudiantes, alegando que dicha solicitud vulnera el derecho a la intimidad de estos y sus familias.

Nota: Los subrayados y negrillas son puestas por Cr. Horacio Ferreyra