

| | |
|----------------------|--------|
| REGISTRO NRO. | 661/11 |
|----------------------|--------|

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de mayo del año dos mil once, reunidos los integrantes de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por la doctora Liliana E. Catucci como presidente, y los doctores W. Gustavo Mitchell y Angela Ledesma como vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa nro. 13.081 del registro de esta Sala, caratulada: "Aróstegui, Gabriel Alejandro s/recurso de casación e inconstitucionalidad". Representa al Ministerio Público, el Fiscal General doctor Juan M. Romero Victorica, y a Miguel Pando por la querrela el doctor Luis Charró. Ejerce la defensa de Gabriel Aróstegui el doctor Guillermo Tiscornia.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor W. Gustavo Mitchell, en segundo lugar la doctora Liliana E. Catucci y, por último la doctora Angela E. Ledesma.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

PRIMERO:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº5, por veredicto glosado a fs.721 y vta., y fundamentos a fs. 725/762, por mayoría resolvió:

CONDENAR a GABRIEL ALEJANDRO AROSTEGUI, a lapena de dos años de prisión en suspenso, inhabilitación especial por el término de cuatro años y costas, por ser autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y exacciones ilegales, los cuales concurren en forma ideal, evento acaecido el día 20 de noviembre de 2006 (artículo 20, 20bis, 20ter, 29 inciso 3º, 40, 41, 45, 54, 248 y

266 del Código Penal; 398 y siguientes, 403 y 531 del Código Procesal Penal).

Disponer que el nombrado, durante el término de dos años proceda a:

a) Fijar residencia, comunicar cualquier cambio al señor Juez de Ejecución y someterse al control de un patronato en la forma y con la periodicidad que éste disponga;

b) Realizar tareas comunitarias no remuneradas, durante doce horas mensuales en el Centro de Jubilados y Pensionados "Rincón de la Amistad".

II.- Contra esa decisión, el doctor Guillermo Juan Tiscornia a fs. 766/800 dedujo recurso de casación, el que concedido a fs. 801, fue mantenido a fs. 812.

III.- El impugnante con invocación de los incisos 1º y 2º del art. 456 del C.P.P.N., sostuvo que el fallo adolece de vicios de procedimiento, y de errónea aplicación de la ley sustantiva.

Señaló que el fallo carece de fundamentación habida cuenta que la prueba recogida en el legajo fue valorada arbitrariamente.

Suscintamente, adujo que su asistido fue condenado por las "unilaterales e interesadas" expresiones formuladas por Miguel Ángel Pando, Marcelo Reynoso y Gustavo Fabián Martínez, todos ellos empleados de la firma Pando Miguel A. y Breitemberger Sociedad de hecho.

Adujo que el auxiliar administrativo Pablo Ferreiro, quien estuvo presente durante toda el acto verificadorio, declaró que nunca observó que Aróstegui le pidiera dinero a la empresa del despachante Pando para liberar a plaza la mercadería sin realizar observación alguna.

Indicó que no se encuentra probado por ningún medio que su asistido le haya dicho a Reynoso que "hable con el Gordo" en referencia a Pando, para arreglar y menos que el problema se podía solucionar con el 50% del valor de la mercadería.

Señaló que Reynoso le comunicó al dependiente Gustavo Fabián Martínez que concurra a la Terminal nº5 a ver a Aróstegui en cumplimiento con lo dispuesto por el art. 243 de la ley 22415, ocasión en la que le solicitó documentación complementaria relativa a la mercadería que pretendía importar.

Cámara Nacional de Casación Penal

A su entender, se encuentra acreditado que el pedido de Martínez de gestionar un certificado adicional ante la SEDRONAR resultaba inviable e ilegal, pues el certificado de importación expedido por el SEDRONAR para este tipo de importaciones, se extiende y debe especificar la cantidad exacta a importar, y que una vez agregado al despacho es imposible volver a pedir otro certificado complementario.

Añadió que la información comprometida en el Despacho de importación pasa a tener carácter de inalterable, sin que quepa la posibilidad de rectificación ulterior durante el curso de la verificación (art. 225 de la ley 22.415).

Alegó que resultó imposible acreditar que Aróstegui le haya hecho la misma supuesta exigencia de dinero a Martínez.

Señaló que su asistido concurrió a la sede de la División Verificación previo a diferir la continuidad del acto verificadorio y a extraer las muestras de la mercadería -art. 245 de la ley 22.415).

La falta de asentamiento del acto verificadorio y de la extracción de las muestras en el despacho de importación, no prueba ninguna irregularidad conforme las declaraciones de los testigos Alberto Giménez, Gladys Morando y Mónica Vergagni, y tampoco indica inobservancia de ninguna normativa específicamente aplicable.

En otro orden, el impugnante dijo que conforme la normativa aduanera cualquier ciudadano puede denunciar o querellar en defensa de sus legítimos derechos, pero no es posible hacerlo en nombre o representación de una sociedad sin estar autorizado por autoridad competente.

Remarcó que tanto al momento de formularse el expediente judicial del caso, como en la actualidad, la normativa de aplicación resulta ser muy clara en lo que respecta a los trámites de registro y actuación.

Indicó que en la División Registros del Departamento de Técnica de Importación Y Exportación no surge que Miguel Ángel Pando fuese apoderado de la Despachante Gabriel Breitenberger.

Añadió que el incidente y la ulterior denuncia que Pando formuló se produjo a partir de su intervención, en su

calidad de apoderado de la despachante, resultando que no se encuentra inscripto como tal ante la DGA, ni tampoco se encontraba en tal condición al momento en que él mismo formuló la denuncia ante Rolando Alfredo Mac Lean.

Así el expediente fue promovido por un sujeto que carecía de entidad, representatividad y legitimidad para dirigirse al Servicio Aduanero.

Aseguró que si Mac Lean hubiera reparado en estas falencias esta causa no hubiera existido, y ello acarrea una grave responsabilidad penal y administrativa por cuanto no adoptó los recursos exigibles para corroborar la personería invocada por Pando.

En lo que respecta al incumplimiento funcional que se le atribuye a su asistido, el doctor Tiscornia señaló que su defendido ajustó su conducta en el desarrollo del acto verificatorio a los usos y costumbre habitualmente observadas.

Aseguró que el imputado cumplió con lo reglamentado en los arts. 240, 243, 245 del CA., y señaló los motivos por los cuales, a su entender, las Resoluciones nros. 3723/94, 44/98 y 1582 resultaban inaplicables al caso.

Añadió que no se encuentra acreditado que su asistido haya efectuado exigencia ilegal o indebida de dinero para concluir con el trámite de la importación.

Manifestó que los testigos César Carlos Falabella, Morando, Vergagni, Giménez y Ferreiro contradicen las disposiciones técnico jurídicas expuestas en el fallo.

Señaló que Falabella declaró en el debate que Arostegui lo consultó acerca de un sobrepeso en la partida de importación de baterías para motocicletas, ya que las cantidades declaradas en el certificado emitido por SEDROMAR no amparaban la cantidad verificada.

Declaró que en la Terminal nº 5 no había un elemento adecuado para efectuar la medición de toda la partida, y por ello le indicó al imputado que continuara la verificación el día siguiente, y que la carpeta del Despacho de Importación debía quedar en un armario bajo llave, al igual que la muestra representativa que había extraído.

En definitiva, sostuvo el recurrente que Falabella avaló el regular y legal temperamento observado por su asisti-

Cámara Nacional de Casación Penal

do.

Se disipa así, toda posibilidad de que el imputado haya pergeñado deliberadamente un esquema de informalidad para tener margen de acción para concretar una supuesta exigencia indebida.

Indicó que Pando, Martínez y Reynoso tenían un interés económico y pretendían que la mercadería fuere liberada a plaza sin objeción alguna de parte del servicio aduanero.

Reiteró que el auxiliar Ferreiro desmiente que Aróstegui haya pedido dinero, a lo que se suma que ningún otro funcionario escuchó ninguna conversación, en la que el imputado estuviera exigiendo dinero.

Añadió que el art. 1086 del CA establece un plazo de 48 hs. para que un funcionario verificador formule denuncia en caso de que advierta alguna irregularidad, y que su asistido no pudo cumplir con esa normativa atento a que fue separado a menos de 24hs de haberse iniciado el trámite de verificación.

Dijo que no existe registro alguno que permita conocer las conversaciones mantenidas entre Aróstegui y Martínez, vía "Nextel".

Aseguró que Gladys Morando fue contundente cuando señaló los motivos por los cuales correspondía aplicar al caso los arts. 243 y 245 del C.A., y excluirse la resolución 1582/04 -sobre muestras para análisis físico o químico de mercaderías-.

Asimismo, no se tuvo en cuenta que tanto Morando como Vergagni avalaron la legalidad de la actividad desplegada por su defendido durante el acto de verificación.

En otro aspecto señaló que no se encuentra acreditada la existencia de ninguna forma posible de concusión ni está mínimamente acreditado que el imputado efectuó una ilegal exigencia de dinero, ni tampoco se acreditó la tipicidad del delito de incumplimiento de funcionario público.

Señaló que de los dichos de Vergagni, Morando, Giménez y Falabella se desprende que su actuación fue legalmente realizada.

En razón de lo expuesto, solicitó que se declare la nulidad de la decisión condenatoria; en defecto se revoque el pronunciamiento y se decrete la absolución de culpa y cargo de

Arostegui.

Subsidiariamente, hizo reserva del caso federal.

IV.- En la etapa procesal prevista en los arts. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 *ibídem*, las parte no efectuaron ninguna presentación.

V.- A fs. 836 se dejó constancia de haberse superado la etapa prevista en el artículo 468 del C.P.P.N., y también, que el querellante Miguel Pando acompañó breves notas.

SEGUNDO:

El tribunal tuvo por probado que *“con fecha 20 de noviembre de 2006, en horas de la mañana, ingresaron a la Terminal n°5 de la Aduana de Buenos Aires dos contenedores con mercadería -consistente en distintos modelos de baterías de motocicleta cuyo empaque contenía bidones de ácido sulfúrico- pertenecientes a la firma ‘Tercom SRL’ registrada en el despacho de importación nro. 060011c041650511 al efecto de ser verificada.*

Que dicho procedimiento comenzó a las 11:00 horas aproximadamente con la intervención del señor Marcelo Reynoso, comisionista contratado por el dependiente de la Despachante de Aduana Graciela Mónica Breitenberger, y el Agente verificador de la Aduana de Buenos Aires, Gabriel Alejandro Arostegui.

Durante el acto de verificación, Arostegui advirtió que el ácido sulfúrico empacado en bidones junto a las baterías, a simple vista superaba la graduación del envase, es decir, contenía mayor líquido que, prorrateado por el total de baterías, le indicaba un total de ácido sulfúrico superior al autorizado en el certificado de importación n°A0007095 expedido por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR.) de fecha 14 de noviembre de 2006.

Con motivo de aquello, Arostegui le indicó a Reynoso que tenía que denunciar el embarque, sugiriéndole que hable con el ‘Gordo’ -en alusión a Pando- ‘para que vaya a arreglar’ porque el problema se podía solucionar con el 50 por ciento del valor de la mercadería (aproximadamente la suma de veintitrés mil dólares- U\$S 23.000).

Así las cosas, Reynoso se comunicó telefónicamente

con Miguel Ángel Pando, y éste último hizo lo mismo con el comisionista Gustavo Fabián Martínez para que concurra a la Terminal 5 del Puerto.

Constituido Martínez en las oficinas de la terminal 5 e informado del problema, que a su modo de ver podía solucionarse gestionándose un certificado ampliatorio del SEDRONAR, Aróstegui no aceptó esa posibilidad, para volver a reiterar que la solución era el 50 por ciento del valor de la mercadería. Asimismo, le indicó que se dirigía a la Oficina de Verificación de la Aduana, sita en la calle Hipólito Irigoyen 440, y que su jefe, en alusión a Pando, concurra entre las 14.00 y 14.30 horas que lo estaría aguardando.

Cerrado y precintado el contenedor, Gabriel Alejandro Aróstegui, detuvo el embarque y extrajo muestras de los modelos de las baterías y sus bidones adjuntos, en un número que no se logró determinar, circunstancias éstas que no fueron asentadas en el cuerpo del despacho y en el sistema informático "María", ni informadas a sus superiores.

Que Miguel Ángel Pando concurrió al lugar en el horario indicado, y se entrevistó con Gabriel Alejandro Aróstegui, quien con el objeto de demostrarle el excedente de ácido sulfúrico, llevó al primero a los baños del lugar y abrió un bidón del empaque de una batería para verter su contenido en una botellita, tras lo cual le indicó 'No demos más vueltas, son ustedes, sé como trabajan, hace muchos años trabajan en ese oficio, bueno el 30% del SIF', refiriéndose al valor de la mercadería, seguro y costos de flete internacional, lo que implicaría la entrega de una suma cercana a los quince mil dólares (U\$S 15.000).

Con el argumento de tener que consultar al importador, Miguel Ángel Pando no le brindó una respuesta concreta al ofrecimiento, y se retiró de la oficina de Aróstegui ya con la determinación de denunciarlo ante sus superiores.

En esa inteligencia Pando se apersonó a las 15.00 horas en el despacho de Rolando Alfredo Mac Lean, Jefe de la División Verificación del Departamento Operacional Aduanero, con quien recién se entrevistó cerca de las 19.00 horas, interin durante el cual fue informado por Gustavo Fabián

Martínez que Aróstegui lo llamaba con insistencia para saber qué habían decidido, circunstancia ésta que se prolongó hasta las 17.00 o 18.00 horas en que le envió un alerta a su aparato 'Nextel', el que no fue respondido por indicaciones de Pando.

Expuestos los hechos por Miguel Ángel Pando a Rolando Alfredo Mac Lean, éste le indicó que concurriese al día siguiente a concretar su denuncia frente a la necesidad de tomar vista del expediente de despacho y obtener explicaciones del personal dependiente. Finalmente, el día 21 de noviembre de 2006 Pando concretó el acta denuncia que motivara el inicio de éstas actuaciones".

Establecido el marco fáctico fijado por el *a quo*, me abocaré a dar respuesta a los agravios impetrados, adelantando que de adverso a lo sostenido por el recurrente se advierte que el fallo cuenta con suficientes fundamentos para tener por probadas las conductas atribuidas al imputado, conclusión a la que se arribó luego de valorar el plexo cargoso, conforme el método de la sana crítica racional.

Asimismo, los argumentos expuestos por la defensa, constituyen meras conjeturas, y carecen de la entidad suficiente para modificar el pronunciamiento impugnado.

Ello es así, desde que se advierte que los jueces dieron las razones por las cuales consideraron creíbles y contestes entre sí los dichos de Marcelo Reynoso, Gustavo Fabián Martínez y Pando relativos a las circunstancias como acontecieron los hechos, concretamente tuvieron por cierto que el funcionario aduanero Arostegui valiéndose de su cargo, e incumpliendo con la normativa aduanera, les efectuó un pedido de dinero con el objeto de autorizar la salida de la mercadería registrada bajo el despacho de importación nro. 0600IIC0416505-1L, a pesar de que había advertido una considerable diferencia entre la cantidad de ácido sulfúrico destinada a baterías de motocicletas, declarado en ese documento y el que fue examinado.

Para llegar a esta conclusión demostraron los jueces que sus expresiones se encontraban amparados por las restantes pruebas incorporadas al *sub examine*.

En efecto, tuvieron en cuenta que Reynoso, quien estuvo presente al momento de efectuarse la verificación,

Cámara Nacional de Casación Penal

relató que Aróstegui le señaló que correspondía realizar una denuncia como consecuencia de haber advertido aquella diferencia de ácido sulfúrico, pero que a fin de evitar una instancia más delicada resultaba necesario que hable con Pando, y que el problema se solucionaba con el pago del 50% del valor de la mercadería.

Comunicada esta novedad a Pando, éste dispuso que concurriese a esa terminal Martínez, a quien Aróstegui también le reiteró la demanda de dinero a cambio de liberar el despacho, y le dijo que iba a esperar a Pando en la División Verificadores de la ANA.

Por su parte, Pando dijo que concurrió a esa oficina, que se entrevistó con el imputado, quien luego de llevarlo a uno de los baños, tiró parte de una de las muestras para demostrarle la anormalidad, para luego decirle que "No demos más vueltas, son ustedes, sé como trabajan, hace muchos años que trabajan en este oficio, bueno el 30% del SIF".

Pando, a su vez, añadió que se retiró decidido a denunciar lo que había acontecido, por lo que concurrió a la oficina del jefe de la División Verificación del Departamento Operacional Aduanero, en aquel momento a cargo de Ronaldo Alfredo Mac Lean, con quien logró entrevistarse recién a las 19 hs.

Se ponderó que durante ese lapso de espera, Pando expresó que Aróstegui lo llamó reiteradamente a Martínez para conocer si ya se había tomado algún tipo de decisión con respecto al pedido que él había realizado.

Estas versiones, a su vez, se encuentran ratificadas por los dichos de Mac Lean, quien confirmó que se reunió con Pando, quien le comentó lo acontecido, y quien le solicitó que concurriese al día siguiente para realizar la denuncia. A la vez que añadió que "no encontró explicaciones lógicas al actuar del imputado".

Asimismo, se acreditó que el causante se comunicó con Gustavo Martínez al abonado Nextel 11-6098-5201 ID 418*1036, a las 15:00:24, 15:07:23, 15:07:39 y 17:24:40 horas.

Si bien se desconoce el tenor de las comunicaciones, Arostegui no pudo explicar ni justificar debidamente los

motivos por los cuales en un horario desatinado intentó insistentemente comunicarse con Pando, y menos aún cuando el imputado ya se había reunido con éste, y había verificado la existencia de irregularidades, tomado las muestras, y además carecía de los instrumentos indispensables para analizarlos.

También el tribunal valoró que el causante durante y después de la verificación, impidió que el importador gestione un certificado ampliatorio del SEDRONAR relativo al ácido faltante, bajo el pretexto de que no tenía sentido su producción; sin embargo, conforme surge de fs. 9 y de la Resolución de PLA, número 5434 que luce a fs. 18 de la actuación nº12144-926-2006 de la AFIP, esa posibilidad era factible de concretar, y contribuyó en dar una solución a la anomalía detectada.

Además, a lo expuesto, cabe adunar que el *a quo* también probó que el imputado omitió dolosamente dejar consignado en el despacho de importación y en el Sistema Informático María su decisión de detener la carga y diferir la continuidad de la verificación para el día siguiente.

Asimismo omitió dar cuenta a sus superiores, de las anomalías detectadas, y tampoco hizo saber que había adoptado la decisión de extraer muestras del material, de retirarlas de la Terminal portuaria, y llevarlas a la División Verificadores.

En concreto los jueces entendieron que infringió el art. 1084 del Código Aduanero que dispone que el funcionario aduanero que en el ejercicio de sus funciones tomare conocimiento de la comisión de una infracción aduanera está obligado a denunciarla.

Sobre este aspecto se valoraron los dichos de Mac Lean, quien al momento de los hechos ocupaba el cargo de Jefe de Verificación del Departamento Operacional Aduanero, y que al referirse sobre el procedimiento llevado a cabo por el imputado señaló que *“Arostegui debió detener el despacho, si en la verificación física de la mercadería constató una diferencia, aún no conociendo con exactitud la cantidad, debió adoptar las medidas para conocerla, de manera inmediata, y dejando constancia de ello o de cualquier detención. Puede suceder que mediante acuerdo entre el verificador y el despachante, tenga éste último que proporcionar documental o que se tenga que hacer consultas técnicas sobre clasificaciones, pero de todo*

Cámara Nacional de Casación Penal

ello debe dejarse la correspondiente constancia en forma inmediata". Aclaró que en cada Terminal hay un Supervisor que depende de la División Verificadores.

También se tuvo en cuenta que Eduardo Alfredo Bernardio, Jefe del Departamento Fiscalización Aduanera Metropolitana, informó que cuando un verificador concluye un giro en la Terminal y tiene una verificación pendiente, administrativamente tiene que asentar los trámites que le quedan pendientes para el otro día, y dar conocimiento al Supervisor de la Terminal para que eventualmente siga el control aduanero, y llegado el caso, efectuar un contra giro para que un compañero continúe la tarea al día siguiente.

Añadió que no es habitual que un mismo verificador prosiga con la misma operación al día siguiente.

Mónica Cristina Vergagni empleada de la Dirección General de Aduana señaló que el imputado no tuvo razones de índole operativas para no bloquear el despacho de importación, y que por el contrario, ello le permitía definir la propuesta ilegítima que había trasladado, liberar el despacho de importación o denunciarlo según su arbitrio.

Por su parte, Alberto Ernesto Giménez puntualizó "que si uno encuentra una diferencia se le informa al interesado y se procede a bloquear el embarque en el sistema informático hasta que se solucione el inconveniente". Y agregó que "no se entiende que, si Arostegui tenía dudas en relación a la diferencia de ácido sulfúrico, ni siquiera bloqueó la mercadería, más allá de si luego realizó la pertinente denuncia o no".

Asimismo, el art. 1086 del C.A. obliga a comunicar de manera inmediata al administrador la medida cautelar que se dispuso, mientras que el art. 245 del mismo cuerpo legislativo dispone que si en el curso del despacho se comprobare *prima facie* la comisión de un ilícito aduanero procederá a formular la pertinente denuncia al administrador de aduana o a quien ejerciere sus funciones y a suspender su trámite, con la extracción en su caso de las muestras representativas para avalar la seriedad o verosimilitud de la misma.

Es decir que frente a la posible comisión de una infracción, en primer lugar deberá formularse la "pertinente"

denuncia y suspender el trámite del despacho. Conforme las constancias ingresadas al legajo la primera de estas medidas no fue llevada a cabo, mientras que bloqueó o difirió la destinación, ni la detuvo en el sistema informático, ni dejó constancia en el documento aduanero, ni formuló la denuncia frente a la irregularidad que él mismo señaló que había advertido a simple vista.

En el mismo sentido se expresa Tosi, para quien “se faculta al denunciante a detener el curso del despacho y la extracción de muestras para continuar investigando, debiendo ser presentadas al instructor del sumario, si hubiere ordenado tal actuación” (Jorge Luis Tosi “Código Aduanero -comentado y anotado-“).

A la vez, corresponde aclarar que la toma de las muestras dispuesta en la referida normativa, tiene como propósito otorgarle mayor entidad a la denuncia, y siendo que en el caso no formuló ninguna denuncia, cabe concluir que tanto el modo como las circunstancias que rodaron su extracción acreditan la existencia de una actividad ilícita.

Se confirma entonces que la necesidad de dar conocimiento o denunciar los hechos al superior, y que éste disponga las medidas a realizar, es al sólo efecto de garantizar los derechos del interesado.

Tampoco al art. 1086 del CA tiene el alcance y la interpretación que pretende darle el recurrente, sino que dispone que las medidas cautelares que se adopten deben ser comunicadas de “inmediato” al administrador, a cuya disposición se pondrá la mercadería objeto de las mismas dentro de las cuarenta y ocho horas.

En efecto el término “inmediato” es el plazo para comunicar a los superiores la medida cautelar adoptada, mientras que el plazo de 48 hs., es el período para poner a disposición la mercadería incautada, como así también las actuaciones que se labraron.

Por otra parte, comparto las razones proporcionadas por el *a quo* para rechazar el descargo del imputado. Es que aún cuando se tenga por acreditada la consulta que éste le hizo a Falabella, ello no lo eximía de comunicar lo acontecido a sus superiores, al igual que las medidas que había dispuesto.

Cámara Nacional de Casación Penal

Máxime cuando no se hizo cargo de dar motivos suficientes y razonables por las que estando presente en la terminal portuaria un supervisor, a quien obviamente había que encausarle todas las dudas sobre el procedimiento a seguir, prefirió realizársela a un empleado sin la jerarquía ni el conocimiento requerido para la ocasión.

Sostener que se llevó las muestras de la terminal para determinar la cantidad exacta y el perjuicio fiscal, solamente ratifica que el imputado estaba absolutamente convencido de la existencia de una irregularidad.

Señaló el recurrente que se tomó una muestra representativa de cada uno de los modelos de baterías, medida que se realizó sin la presencia de los interesados, y de la autoridad aduanera, y de lo cual tampoco se dejó asentado en el despacho de importación. Tan es así que el propio tribunal sostuvo que se desconoce cuántas muestras se tomaron.

Asimismo tengo en cuenta que de acuerdo a las constancias y testimonios recogidos en caso de haberse proseguido el trámite, un nuevo verificador hubiera tenido que continuar con la tramitación del despacho de importación, en cambio la falta de asentamiento de cualquier irregularidad hacía posible que un mismo verificador continuara con ese procedimiento.

Conforme el sistema de giros, el 20 de noviembre de 2006 terminaba el correspondiente a Aróstegui que tenía asignado por sistema, motivo por el cual para volver sobre esa mercadería necesitaba contar con una autorización expedida por su superior jerárquico.

Los testigos Morando y Giménez fueron coincidentes al señalar que nunca observaron una muestra en la oficina de verificación, pues la inspección se realiza en la misma terminal aduanera, por lo que no resulta necesario trasladar aquellas muestras representativas obtenidas.

A pesar de lo expuesto, las muestras se trasladaron sin contar con una autorización específica, ni siquiera se dejó asentada ninguna constancias, además de que fueron guardadas en un placard.

Respecto de los dichos del auxiliar Pablo Ferreiro,

quien señaló que en todo el operativo estuvo junto a Arostegui y que nunca escuchó que éste formulara una propuesta ilegal, entiendo en primer lugar que por lo prologando del trámite, sumado a que el mismo se realizó en una terminal portuaria, las reglas de la experiencia indican que aquel diálogo perfectamente podía producirse sin la presencia de testigos, lo mismo que aconteció en la sede del edificio de Hipólito Yrigoyen.

A ello cabe añadir lo sostenido por el *a quo* en cuanto a la falta de memoria en que incurrió el nombrado respecto a sucesos que resultaban significativos que el testigo no recordó.

Claramente el imputado no dio cumplimiento de lo acontecido a sus superiores, ni tampoco tomó los recaudos legales necesarios como dejar asentado lo acontecido en el despacho y en los sistemas informáticos de la aduana.

Por otra parte, la extracción de las muestras representativas, se realizó obviando la más mínima y elemental formalidad que ordenaba al menos poner en conocimiento de lo actuados a sus superiores, dejar asentado ello en los documentos aduaneros, convocar a los interesados, y realizar las pruebas en la misma terminal portuaria, evitando el retiro del material, y su traslado sin ningún tipo de control.

Resulta evidente que Arostegui ejerció discrecionalmente un poder que no tenía en absoluto acordado, actuando por fuera de los límites permitidos por las leyes.

Ello descarta lo alegado por la defensa quien señaló que Pando formuló la denuncia como consecuencia de las irregularidades que advirtió su asistido, y el perjuicio económico que ello le ocasionó, las medidas que el denunciante llevo a cabo y la prontitud en su actuación demuestra todo lo contrario.

Resulta necesario poner de resalto que luego de denunciados los hechos, se practicó una nueva verificación sobre la mercadería en cuestión, y una vez ratificadas la existencia de irregularidades, la sociedad pagó los aranceles correspondientes.

En definitiva la decisión recurrida cuenta con fundamentación suficiente, y una correcta aplicación de las leyes. Asimismo, no puede inferirse la existencia de hipótesis alternativa alguna que permita poner en duda la conclusión a la que arribó el *a quo*.

Por último, también coincido con el tribunal, en

Cámara Nacional de Casación Penal

cuanto a que el cumplimiento estricto de la ley, esta por encima de la costumbre, máxime cuando el recurrente no se hizo cargo de demostrar cuál fue la complejidad ni la urgencia para infringirla.

Establecer mecanismos laxos de control y de procedimiento que no están autorizados por ninguna reglamentación aduanera, ni supervisados, ni aprobados por las autoridades aduaneras, en beneficio del personal aduanero no resulta ser un argumento válido para haber omitido injustificadamente cumplir las leyes.

En definitiva las irregularidades en su actuación sólo encuentran explicación en la propuesta ilícita que trasladó al nombrado Pando, y que para ello incumplió dolosamente con las leyes vigentes.

Por consiguiente, propongo al Acuerdo: a) Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Gabriel Aróstegui, con costas (arts. 471 "a contrario sensu", 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

La señora juez Liliana Elena Catucci dijo:

La Sra. Juez **Dra. Liliana Elena Catucci** dijo:

He de adherir al voto del Dr. Mitchell, en cuanto a que el fallo por medio del cual se condenó a Gabriel Alejandro Aróstegui, como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y exacciones ilegales, los cuales concurren en forma ideal, a la pena de dos años de prisión en suspenso, inhabilitación especial por el término de cuatro años y costas (arts. 20, 20 bis, 20 ter., 29, inc. 3º, 40, 41, 45, 54, 248 y 266 del Código Penal; 398 y ss., 403 y 531 del C.P.P.N.); se encuentra al amparo de la tacha de arbitrariedad, habida cuenta que está suficientemente motivado, conforme con las reglas de la sana crítica racional (art. 123 del C.P.P.N.) en lo atinente a la prueba del hecho, y a la

responsabilidad penal de Aróstegui.

En efecto, los argumentos de la defensa sólo evidencian su discrepancia con la valoración de la prueba y con el resultado alcanzado, sin lograr demostrar cuáles serían los defectos de motivación del pronunciamiento o, un apartamiento de las reglas de la sana crítica racional que pudieran debilitarlo. Por el contrario, se han ponderado y razonado en el fallo las pruebas colectadas, de modo de permitir en esta instancia casatoria la verificación del control de logicidad que aleja el pronunciamiento del absurdo o arbitrariedad.

Tal es mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Tal como viene decidida la cuestión, por la opinión coincidente de los colegas que me preceden en la votación, sólo interesa marcar que no comparto las soluciones a las que arriban, en virtud de los siguientes motivos.

a) De conformidad con lo destacado por el Sr. magistrado que se expidió en disidencia en la resolución objetada -Dr. Hergott-, se observa que de acuerdo a los dichos de los testigos que declararon en el debate público, no resulta factible arribar a un juicio de certeza irrefutable, en torno a la acreditación de los hechos atribuidos al encartado Aróstegui -repassados por el Dr. Mitchell en el considerando segundo de su exposición-; veamos.

El mencionado juez del tribunal oral, indicó -luego de evocar el contenido de múltiples testimonios de personal dependiente de la Dirección General de Aduanas, a los que me remito para sintetizar (ver fs. 757 vta./759)- que *“la valoración de la prueba testifical revela que la normativa vinculada a los despachos de ingresos de mercadería era interpretada con amplitud y de acuerdo con los usos y costumbres de la labor cotidiana.”*.

Agregó que *“de adverso a la pretensión acusatoria, la normativa aduanera (art. 245 de la ley 22.415), no fue incumplida por el imputado fuere porque la denuncia interrumpió el designio criminal que se le atribuye, fuere porque la conducta criminal requiere del dolo como elemento esencial de la figura.”* -fs. 759-.

Compete recordar aquí, que la referida norma legal establece que *“El agente del servicio aduanero que en el curso*

Cámara Nacional de Casación Penal

del despacho comprobare prima facie la comisión de algún ilícito aduanero procederá a formular la pertinente denuncia al administrador de la aduana o a quien ejerciere sus funciones y a suspender su trámite, con la extracción, en su caso, de la muestras representativas necesarias para evaluar la seriedad o verosimilitud de la misma."

Pues bien, volviendo al sufragio comentado, observamos que allí también se marcó -entre otras cosas- que "Aróstegui realizó una actividad laboral en compañía de su asistente (Ferreiro) que corroboró cada una de las actuaciones labradas en esa oportunidad, y el hecho de llevar una muestra de la irregularidad -prima facie advertida- hacia la sede de Plaza de Mayo, ha quedado demostrado que era una práctica habitual de todos los verificadores."

Además, afirmó el Dr. Hergott que "La normativa citada tiene como núcleo verbal la acción de "comprobar" y esta realidad demuestra que dicha comprobación en realidad pudo concretarse -según dichos de Falabella- al día siguiente pues no había elementos suficientes para acreditar la sospecha.", y que "Falabella tenía conocimiento de la existencia de un despacho con dificultades en su ingreso y, aún así, consintió que la cuestión se difiriera para más adelante y a cargo del encausado." -fs. 759 y vta.-.

Añadió que "la carpeta donde se había omitido dejar constancia de las actuaciones observadas -reprochablemente en sede administrativa- no indica que el verificador ya hubiese dispuesto aprobar el despacho ante una eventual aceptación de la suma de dinero que se reprocha como exigida."

Asimismo, aseveró que "tampoco puede descartarse que el denunciante Miguel Ángel Pando y los testigos de la vindicta pública también detentaban un móvil para la queja, desde que sabían que cualquier observación en el ingreso de la importación de marras, implicaba el aumento del gasto para su contratante ante el estancamiento de la mercadería en el puerto."

Concluyó el punto asegurando que *“el comportamiento doloso reprochado estaba sujeto a la tipicidad de las exigencias constitutivas del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario y del debate -sin descartar, a mayor abundamiento, los dichos de Aróstegui- aparece una actuación administrativa que presentaba falencias relativas ya que nunca se había completado la medición de los ácidos autorizados por el Sedronar.”* -fs. 759 vta./760-.

Por otro lado, consideró que tampoco se constató la espúrea solicitud de dinero argüida por el denunciante, resaltando que *“el testigo Pablo Enrique Ferreiro -quien manifestó no separarse en ningún momento del lado de Aróstegui- negó terminantemente ese hecho y corroboró la versión del imputado, la cual lejos de mostrar fisuras, acredita que el hecho central del supuesto pedido de dinero, no habría existido.”*, y que cuando Ferreiro describió *“el momento de las entrevistas que mantuvieron con los representantes de Pando (Martínez y otra persona descripta como un “joven rubiecito”) aseveró no haber escuchado ningún pedido de dinero e indicó con sus manos...frente [al] Tribunal, la distancia que lo separaba del imputado, siendo ésta no mayor a cincuenta centímetros de proximidad...que impediría desconocer la conversación mantenida en el lugar.”*.

Finalmente, precisó que *“En orden a otros aspectos que puedan acreditar el supuesto pedido de pago, debe meritarse que la Fiscalía, a cuyo cargo se encuentra el deber de probar el hecho delictivo, omitió hacer comparecer al jefe directo del imputado, es decir a Abel Horacio Ferriño, quien bien podía haber revelado aquellos aspectos que se dan por ciertos, aunque aparecen como dudosos o contradictorios.”*.

En definitiva, el magistrado entendió que las pruebas producidas en la causa *“no clarifican, ni dan por comprobada la transgresión normativa pretendida ni tampoco la suma de dinero impetrada y, en consecuencia, la responsabilidad que se le atribuye al imputado. Sobre todo, porque la prueba de cargo producida no ofreció los resultados esperados pues ha sido contradicha por aquella producida por la defensa.”* -ver fs. 760/761 vta.-.

b) Sin entrar a evaluar el grado de credibilidad que los Sres. jueces del tribunal asignaron a las declaraciones de los testigos, producidas ante sus estrados, dado que ello

Cámara Nacional de Casación Penal

constituye el fruto de la inmediación y, por ende, ajeno a esta instancia revisora, lo cierto es que -más allá de la disparidad de criterios que al respecto contiene la sentencia examinada, en las dos posturas allí plasmadas (mayoría, reseñada por el Dr. Mitchell, y minoría, reflejada en el punto a) que antecede)- se verifican notables contradicciones entre los testigos presentados por las partes.

Mientras que los aludidos Pando y Martínez -que según se marcó en el voto disidente, tendrían interés particular en la causa- habrían hecho referencia al pedido ilícito de dinero por parte del sindicato Aróstegui, el testigo Ferreiro afirmó haber estado junto a éste, en todo momento, durante el transcurso de la diligencia y negó que aquél hubiera formulado dicho requerimiento espúreo al denunciante, corroborando la versión del procesado.

Nos encontramos así con estos testimonios contradictorios, sin que se haya producido en el debate público, ningún otro elementos de convicción que objetivamente informe sobre el extremo en concreto, que permita develar el aspecto señalado.

c) Por otra parte, en lo que atañe al supuesto incumplimiento de los deberes de funcionario público que se le atribuye al encausado Aróstegui, tampoco se llega a revelar, en los términos de la postura que predomina en el fallo impugnado, cuál habría sido la normativa que infringió el nombrado.

En el pronunciamiento objetado se especificó que, en el debate público el enjuiciado "*Aróstegui reconoció haber participado del procedimiento de verificación que se llevó a cabo el día 20 de noviembre de 2006 a las 11:00 horas aproximadamente en la Terminal 5 de la Aduana de Buenos Aires.*", y "*precisó que suspendió el trámite porque notó a simple vista que había un exceso de ácido sulfúrico, extrayendo muestras representativas de la mercadería, más precisamente una cantidad aproximada de 16 ó 17 baterías con los respectivos envases de ácido sulfúrico que depositó en los armarios de la Terminal, mientras que al despachante le entregó sólo 1 ó 2 muestras*".

Asimismo, se consignó que el imputado explicó -entre otras cosas que no interesa aquí remarcar- que "a las 14:00 ó 14:30 horas se dirigió a las oficinas de Hipólito Irigoyen 440 y le comentó al Jefe del Ramo Electricidad sobre la verificación que había realizado, ocasión en la que Falabella le hizo saber que iba a conseguir un instrumento para medir el ácido sulfúrico el día siguiente.", que "alrededor de las 15:00 horas, se entrevistó con...Pando en las oficinas de la calle Hipólito Irigoyen, quien concurrió con una de las baterías que extrajo como muestra.", que "Ante los insistentes pedidos de éste, accedió a realizar un muestreo en el baño para corroborar el exceso de sustancia en el envase.", que "Pando le sugirió extender el certificado que confeccionó la SEDRONAR, a lo que respondió que no era posible porque dicho certificado era previo a la oficialización.", y que "siendo las 17:30 horas aproximadamente, dejó el cuerpo del despacho en las referidas oficinas y se retiró a su domicilio."

Se agregó además que el susodicho Aróstegui señaló que "Al día siguiente, cuando se estaba dirigiendo a la División Verificación, le informaron que Mac Lean requería su presencia, tomando conocimiento por este último que Pando había realizado una denuncia.", y que "dicha circunstancia (dado que Mac Lean tenía el despacho en su poder), sumado a que el día anterior no pudo terminar la verificación porque no contaba con la herramienta pertinente, hicieron imposible que cumpla con la resolución n° 1957/05 (reglamenta la denuncia en el Sistema Informático María); añadiendo sobre el punto que dicho registro requiere el ingreso de datos específicos que al ser ingresados se valida la denuncia y automáticamente se bloquea el trámite."

Por último, se destacó que el encartado "explicó que sólo con autorización de la Jefatura podía terminar él la verificación al día siguiente, pues el día martes se cambia el giro y se asignan nuevas verificaciones.", y que "arregló con Falabella terminar la verificación al día siguiente, siendo por ese motivo que a la mañana del día 21 de noviembre de 2006 se dirigió directamente a las oficinas de la calle Hipólito Irigoyen." -ver fs. 726/727-.

En primer lugar, observo -tal como se reseñó en el punto a)- que la versión aportada por el acriminado, se corrobora en los tramos pertinentes, con los dichos de los aludidos Ferreiro y Falabella, otorgando así mayor consistencia

Cámara Nacional de Casación Penal

al contenido de la narración efectuada por aquél.

En segundo lugar, se debe tener en consideración que la Resolución General nº 1957 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, que regula el registro en el Sistema Informático María (SIM) de las denuncias resultantes del control de las operaciones/destinaciones aduaneras -mencionada por el imputado-, establece en la parte pertinente de su Anexo II, relativo a los datos que debe ingresar el denunciante -entre otras cosas- una descripción sucinta de la situación que motiva la denuncia y la cantidad resultante de la mercadería controlada.

Pues entonces, y sin entrar a formular un análisis más pormenorizado de esta normativa -dado que ello excedería nuestro marco de análisis- resulta atendible la explicación brindada por el sindicado Aróstegui, al decir que no pudo completar la verificación en cuestión, ante la falta del instrumento adecuado para realizar la medición del fluido y que por ello no formuló la denuncia respectiva aquél día 20 de noviembre de 2006.

Ahora, retomando las reflexiones expuestas por el Sr. magistrado que se pronunció en disidencia, en cuanto a que no se constató un incumplimiento por parte del encartado del dispositivo contenido en el art. 245 del Código Aduanero, ya sea porque la denuncia interrumpió el designio criminal, o porque no se verificó el dolo exigido por la figura legal involucrada, no cabe otra alternativa -en el particular contexto constatado en el caso- que compartir estas consideraciones.

Es que, la presentación de la denuncia efectuada el día subsiguiente -21 del mismo mes y año- en horas de la mañana (conf. fs. 1/7), impidió conocer cuál habría sido el proceder del encartado, como para -eventualmente- asignarle a su conducta una maniobra con entidad delictiva, más allá de una irregularidad o desprolijidad administrativa, tal como se expone a fs. 759 vta./760.

En resumidas cuentas y sin que amerite explayarme en demasía, en derredor a estas aristas dado que -tal como se anticipó, la cuestión viene decidida por la opinión de los colegas que se expidieron con antelación- entiendo que el fallo impugnado no contiene un marco probatorio unívoco sobre los sucesos denunciados, más bien se nos abre un cuadro incierto, dudoso, con un amplio margen de posibilidades, que no satisface el requisito de certeza apodíctica exigido a todo veredicto de condena; presentándose un supuesto de ausencia de pruebas de cargo para sostener la imputación efectuada -actividad ésta que le compete exclusiva y excluyentemente al acusador-, y que no puede ser suplida por la actividad jurisdiccional de este Tribunal. De esta manera, el tema se reduce a un problema de prueba en el cual rige el principio del *in dubio pro reo* (cfr. Donna, Edgardo A.: *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Bs. As., 1997, pág. 35 y Kaufmann, Armin: *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y la legislación*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, Ed. Depalma, Bs. As, pág. 20 y ss.).

Resulta pertinente recordar, que todo veredicto de condena, se debe cimentar en una multiplicidad de pruebas homogéneas, unívocas y unidireccionales que acrediten, con el grado de certeza necesario, la recreación histórica de los acontecimientos y la responsabilidad penal del o los autores del hecho ilícito; extremos no verificados en la especie.

En tal sentido, Ferrajoli considera que la previsión del Código Procesal Penal italiano, artículo 192, al prescribir “una pluralidad de datos probatorios ‘graves, precisos y concordantes’ ha legalizado la necesidad epistemológica de una pluralidad de confirmaciones según el esquema del *modus ponens*”. Y agrega que “en segundo lugar, la previsión, en el mismo artículo 192, de la obligación del juez de ‘dar cuenta de la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados’ equivale a la prescripción de que la motivación explicita todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de las contra pruebas y las refutaciones por *modus tollens*” (Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón: teoría del garantismo penal”, Trotta, Madrid, 1995, pág. 155).

En atención a los motivos expuestos, por imperativo

Cámara Nacional de Casación Penal

de lo dispuesto en el art. 3° del código de rito, corresponde hacer lugar al recurso de la defensa -sin costas-, anular la sentencia en crisis, y absolver de culpa y cargo al imputado Aróstegui, en orden al suceso juzgado (arts. 18 de la C.N.; 11:1 de la D.U.D.H.; 8:2., primera parte de la C.A.D.H.; 14:2. del P.I.D.C. y P.; 3°, 123, 398, 404 inc. 2°, 456, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría **RESUELVE:**

RECHAZAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el doctor Guillermo Juan Tiscornia, letrado defensor de Gabriel Alejandro Aróstegui, con costas (arts. 470, 471 ambos "a contrario sensu", 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones al Tribunal de origen sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.-

Fdo: Liliana Elena Catucci, W. Gustavo Mitchell y Angela E Ledesma. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.