Causa nro. CPE 1230/2011/TO1 (2522) caratulada: "SCHAFER, Ernesto Oscar s/contrabando"

Dra. LETICIA G. DIAZ de CALAON
SECRETARIA TRIBUNAL ORAL

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de julio del año dos mil quince, los integrantes del Tribunal Oral en lo Penal Económico nro. 2, Dres. César Osiris LEMOS, Luis Gustavo LOSADA y Claudio Javier GUTIERREZ de la CARCOVA, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Sra. Secretaria, Dra. Leticia DIAZ de CALAON, se encuentran reunidos a efectos de dar a conocimiento los argumentos de hecho y derecho del fallo registrado bajo el nro. 40– S en la **causa nro. 2522 caratulada: CPE 1230/2011/TO1 (2522) caratulada: "SCHAFER, Ernesto Oscar s/contrabando"** respecto a:

Ernesto Oscar SCHAFER, titular del DNI 8.382.885, argentino, nacido el 1 de julio de 1950, en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, hijo de Sebastián SCHAFER (f) y de María RASQUETE, viudo, despachante de aduana, con domicilio actual en la calle Yapeyú 243, de la localidad de Bernal, Provincia de Buenos Aires.

Intervinieron en el debate la Sra. Fiscal General, Dra. Marta BENAVENTE, las letradas patrocinantes de la querella AFIP/DGA, Dras. Gladys VARELA y Laura RODRÍGUEZ CAMPOS, y el Dr. Nicolás MACIEL letrado defensor del imputado Ernesto Oscar

De cuyas constancias,

RESULTA:

1. Que, a fs. 325 el Sr. Fiscal de Instrucción, Dr. Emilio M. GUERBEROFF, formuló requerimiento de elevación a juicio en la presente causa y le imputó a Ernesto Oscar SCHAFER, en calidad de autor (art. 45 del CP) por del delito que en abstracto prevén y reprimen los arts. 863, 865 inc. "f" y 871 del Código Aduanero, en orden al intento de ingresar al país mercadería amparada bajo las posiciones arancelarias 9401.69.00.900, 9403.60.00.190 y 9403.60.00.900, documentada mediante la destinación de

importación N° 11 001 IC04 112830 E, a la cual se adjuntó documentación falsa, puntualmente el Certificado de Importación de Productos Varios 4396/11, fechado el 20/05/11, emitido por la Secretaría de Industria y Comercio, del Ministerio de Industria de la Nación.

2. Que, en mérito de lo expuesto en tal requerimiento surge que, las actuaciones se iniciaron con motivo de la denuncia efectuada por la AFIP-DGA como consecuencia del la investigación llevada a cabo por la Sección Secretaría Prevencional 7/8, dependiente de la División Sumarios de Prevención del señalado organismo. Que, en dicho contexto se puso en conocimiento que en el marco de la operación amparada bajo el Despacho de Importación N° 11 001 IC04 112830 E (en el cual se consignó como importador a "Kaur Kanwaljit" y como despachante de aduana "Ernesto Oscar SCHAFER") se habría presentado ante el servicio aduanero, documentación irregular la cual se trató del Certificado de Importación de Productos Varios N° 4396/11, emitido el 20 de mayo de 2011, por la Secretaria de Industria y Comercio, del Ministerio de Industria de la Nación.

DR. LUIS GUSTAVO LASADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

Y CONSIDERANDO

I. Conclusiones de las partes durante el debate.

3. Que, al momento de alegar la letrada de la parte querellante, Dra. Laura RODRÍGUEZ CAMPOS, en representación de la AFIP – DGA, luego de realizar un pormenorizado relato de los hechos, manifestó que había quedado demostrado durante el debate que el delito que se juzgaba había sido descubierto y frustrado por el servicio aduanero en oportunidad de realizar un control documental de rutina. Que la maniobra había sido detectada por los verificadores Gustavo Daniel Pelegrina y Orlando Norberto Corso del punto operativo actuante en la Terminal 1,2 y 3 del Puerto de Buenos Aires, en oportunidad de practicar el control documental de rutina de la destinación de importación 11 001 IC04 112830 E, documentada

por el Despachante de Aduana, Ernesto Oscar SCHAFER a favor de la firma importadora KAUR KANWALJIT. Que los verificadores de mención refirieron que habían recibido la instrucción verbal de verificar la veracidad de los certificados de importación de productos varios debido a que se habían detectado casos en otras terminales en que se habrían presentado certificados falsos y, en razón de ello, habían ingresado a consultar el seguimiento del trámite en la página web del MECON, habilitada al efecto, y a partir del número de expediente se podía obtener la trazabilidad del documento, observándose que el expediente se encontraba en los inicios del trámite, surgiendo así una contradicción entre la emisión del certificado y los pasos registrados, motivo por el cual decidieron efectuar una consulta vía correo electrónico con fecha 21 de junio de 2011 a la Secretaría, de Industria y Comercio, consulta que fue evacuada por la Ingeniera Marta LEO quien informó que dicho certificado no había sido emitido a favor de la importadora Kanwaljit KAUR. Seguidamente, la representante de la querella señaló que los hechos que se encontraban probados y no controvertidos configuraban a su criterio, un contrabando calificado debido a que se había afectado el bien jurídico tutelado por el tipo penal descripto que era el adecuado ejercicio de las facultades de la Dirección General de Aduana referentes al control sobre las importaciones y exportaciones. Que cabía señalar que se encontraban reunidos en el caso los elementos que constituían la figura básica del delito de contrabando establecido en el art. 863 del Código Aduanero y que se había configurado la acción ardidosa constitutiva del engaño para impedir o dificultar el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero. Que en virtud del medio comisivo, del engaño, el hecho quedaba encuadrado en el delito de contrabando calificado previsto en el inciso f) del artículo 865 del Código Aduanero. Que tampoco estaba controvertido que Schafer fue quien obtuvo y presentó ante el servicio aduanero el certificado cuestionado. Que incluso el mismo Schafer en su declaración indagatoria tanto en instrucción como en este debate reconoció que

fue él quien retiró el certificado de la Secretaria de Industria, lo cual también había sido ratificado por el testimonio de su empleada Chiapparo y por Kaur Kanwaljit. Asimismo en las declaraciones señaladas también reconoció SCHAFER que fue él quien había oficializado la importación adjuntando el certificado apócrifo, hecho que además quedaba corroborado por la documental agregada a la causa en la que se observaba la firma y sello inserta en el despacho de importación, que reconoció como suyos en juicio. Que, el certificado de importación de productos varios era documentación necesaria para cumplimentar la operación aduanera debido a la naturaleza de la mercadería requería la extensión de una licencia no automática previa como lo era el Certificado referido para documentar la operación y que dicha condición había sido impuesta mediante resolución nº61/2009, punto 11 del Anexo II. Que esa necesidad había sido ratificada en la causa mediante respuesta de fs. 154 de la División Evaluación y Desarrollo normativo del Depto Técnica de Importación AFIP que sostuvo: la obtención del CIPV es necesaria para las destinaciones definitivas de importación para consumo que comprendan a las posiciones arancelarias correspondientes a la mercadería en cuestión 9403.60.00.190.E, 9403.60.00.900U, 9401.69.00.900 T, y por la totalidad de los testimonios vertidos en el debate tales como el de Chiapparo, Leo, Bianchi, Corso, Pelegrina y el propio Schafer con excepción de Nelson Pablo BRUNOTTO a quien no se le había preguntado acerca de la necesidad de presentación del certificado de mención. Seguidamente, hizo saber que se encontraba probado también que el certificado con el que se pretendió documentar la importación era falso, conforme la respuesta de la Secretaría de Industria y Comercio a fs. 132, suscripto por Bianchi –del que había reconocido durante el debate su firma- ,en ella se indicó además que existía una errónea consignación del Ministerio y de la Secretaria.Asimismo, la nombrada destacó que el certificado aludido era idóneo, útil para afectar el debido control del servicio aduanero, puesto que de sus características extrínsecas, no surgía un error grueso y fundamentó

Dr. LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

sus dichos en el testimonio de Gustavo Daniel PELEGRINA, quien declaró que a simple vista no se destacaba ninguna irregularidad y que no lo hubiese advertido sino hubiese sido por la página web del Ministerio de Economía. Por otra parte hizo saber que dicha consulta pudo haberse realizado o no, tal como lo señalaran los testigos PELEGRINA y CORSO, al manifestar que había sido coyuntural puesto que en dicho momento se habían extremado los recaudos y que la verificación había sido azarosa. Que las declaraciones de SCHAFER acerca de que no podía pasar un certificado falso por los controles que había, perdía sustento ya que no existía una obligación protocolar ni normada de efectuar la verificación y que SCHAFER, conforme se había podido observar en su declaración, atento a que manifestó que concurría personalmente a la Secretaría, no sabía que se podía seguir el trámite por una página habilitada al efecto. Por ende, concluyó la letrada, mal podía prever que los verificadores iban a realizar la consulta como lo hicieron. Asimismo, la parte querellante hizo referencia a que SCHAFER era un despachante con 20 años de experiencia, que ya había tenido certificados de igual tenor, poniendo de resalto que durante el debate había reconocido que había tramitado tres certificados para la importadora Kanwaljit KAUR y que conforme surgía de su declaración, lo tuvo una semana en su poder. Que no podía desconocer la procedencia ilícita del certificado cuestionado, puesto que un taxista se lo había entregado en la Secretaria de Industria y que por dicho canal no iba a obtener documento alguno que fuese veraz. Seguidamente manifestó que se encontraban reunidos todos los elementos objetivos del tipo del contrabando calificado establecidos por el legislador, el cual quedó en grado de tentativa, no por voluntad o desistimiento de la acción de SCHAFER, sino por el accionar del personal aduaneroy que analizada la faz objetiva, la misma se encontraba comprobada y confesa. A continuación manifestó que el nombrado SCHAFER tanto en la etapa de instrucción como durante el debate, había intentado introducir argumentos para desbaratar la existencia del elemento subjetivo, introduciendo excusas y justificaciones a su accionar, a fin

de afectar la configuración del elemento subjetivo, tales como realizarle un favor a KAUR en atención a los problemas de salud que padecía su madre y que, durante el debate había cambiado el eje de su defensa y había sostenido que se encontraba afectado psicológicamente por la muerte de su esposa, que había estado internado por depresión y que en ese contexto había cometido un error. Hechos que valía resaltar, eran todos conocidos al momento de prestar declaración indagatoria y que sin embargo habían sido manifestados durante la etapa de instrucción, y por ende no fueron objeto de prueba. Que, no obstante ninguna de sus argumentos constituía un óbice para la configuración del elemento subjetivo, ya que no solo no estaban previstos en la figura específica del Código Aduanero ni en el art. 34 del CP como eximentes de la responsabilidad o causales de inimputabilidad, sino que son inverosímiles desde el punto de vista de la lógica, de la experiencia, del sentido común y de la sana crítica racional. Que existía una falta de credibilidad y veracidad en los dichos de SCHAFER, debido a que no existían pruebas de la existencia del gestor, habiéndose brindado únicamente un supuesto nombre y descripciones físicas. Que si bien coincidía con la información brindada por el sistema nosis, éste no tenía ninguna relevancia puesto que resultaba indistinto a los fines de la comisión del delito ya que la existencia de un 3ero no disminuía su responsabilidad, ya que la misma no requería la confección del documento falso, sino su presentación ante el servicio aduanero. Que sí hubiese sido relevante si el nombrado hubiese manifestado quien le había recomendado al gestor de mención, o se hubiese acercado nuevamente a la Secretaría de Industria para reprocharle a esta persona que le entregó el certificado. El motivo de que el nombrado SCHAFER contratara a un gestor fue una supuesta necesidad de apurar el trámite y destacó que de los dichos de la importadora, ésta refirió que no le había pedido a SCHAFER que apurara el trámite y que no existía justificación alguna que hiciera que SCHAFER debiera acceder al certificado por otros canales. Que en efecto, la mercadería se había embarcado el 23/4/11 y el inicio

DR. LUIS GUSTAVO POSADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

del trámite para obtener el certificado data del 4/5/11 es decir 8 días hábiles después. Que el propio Schafer ante preguntas de la querella al respecto sostuvo "puede ser que lo haya presentado un poco tardíamente", y asimismo, el nombrado había reconocido que la operación la oficializó aproximadamente un semana después de retirar el certificado. Que, entre ambos hechos imputables solo había una pérdida de 15 días, lo cual se contraponía con la supuesta y no justificada urgencia para saltarse la legalidad. Que según surgía del testimonio de Marta LEO, la nombrada manifestó que el plazo de espera máximo para que el certificado saliera era de 60 días, plazo establecido por la OMC, por lo que la querella sostuvo que debería haber salido la primera semana de julio de 2011. Que, la lógica indicaba que debería haber averiguado el estado del trámite. Que no obstante no hizo lo que la lógica indicaba, y sin entrar a informarse del estado del trámite "contrató" a un gestor taxista en la puerta de la Secretaría que le habían presentado en ese momento, que le dio el único papel de constancia de inicio del trámite que tenía en su poder y le pagó la cifra de 300 dólares por la gestión, sin llevarse siquiera un teléfono, una tarjeta, la patente del auto, algún dato que le diera un pequeño viso de seguridad a la operación, que le permitiera localizarlo. Que si consideraba el trámite demorado, tenía remedios a su alcance tales como el pronto despacho o un amparo con medida cautelar. Que aún no había transcurrido el plazo estipulado y que omitió los canales legales, decidiendo pagar por un trámite que era gratuito, quedando configurado la antieconomicidad del delito debido a que en mayo de 2011 el dólar valía 4,10 pesos y que 300 dólares equivalían a alrededor de 1200 pesos, lo cual era la totalidad de honorarios que iba a recibir y era un 20 % de los ingresos que SCHAFER percibía por mes, según lo declaró en su indagatoria meses después. Que, sin explicación alguna, SCHAFER había pagado para "despisar" el trámite, del cual ni siquiera había entrado a la Secretaría para ver si estaba listo. Que no había un solo paso que haya cumplido SCHAFER que fuera legal. Que según los dichos de SCHAFER él había recibido el certificado y posteriormente

revisado que estuviese bien consignado el monto pero que no había revisado la fecha, 20 de mayo de 2011 y que 11 días hábiles después, había realizado la presentación. Que una persona que tiene 20 años de experiencia, que contrató n taxista en la calle para que le entregaba el certificado, lejos estaba de la inocencia que pretendía la defensa y que siempre quiso continuar el trámite a como diera lugar. Su único argumento defensivo fue el apuro. Que, en la etapa de debate apareció un relato tendiente a demostrar que se encontraba afectado y desgastado por la muerte de su esposa, y que de la historia clínica presentada, no surgía prueba alguna que comprobara la muerte de su esposa, ni tampoco estaba probada la relación afectiva ni la afectación psicológica que le causó. Que del informe del Cuerpo Médico Forense, surgía que SCHAFER había padecido un síndrome vertiginoso, que el profesional informó según lo que le había contado el imputado de autos. Que del informe clínico surgía que el nombrado se encontraba lúcil y vigil. Que resultaba llamativo que nunca hubiese sido mencionada la afección que él padeció durante la etapa de instrucción, lo que dificultaba e impedía que se pudieran probar dichos hechos. Que podría considerarse como un atenuante de la pena pero no más que eso, ya que no existía prueba alguna que determinara que SCHAFER no comprendía la criminalidad de sus actos, ni la gravedad de los hechos y que no encuadraba en ninguna de las causales de inimputabilidad del art. 34 del CP. A continuación citó lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, en el caso "Murray c.Reino Unido" -decisión del 8/2/96-"como tiene dicho el Tribunal de Estrasburgo, la ausencia, la escasa verosimilitud o la manifiesta falsedad de las afirmaciones del imputado no deben ser tomadas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de las pruebas de cargo. Cuando estas últimas requieren una explicación razonable que el acusado debería ser capaz de dar, se puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna otra explicación posible". Seguidamente, la querella manifestó que se encontraban reunidos

Dr. LUIS GUSTAVO LOZADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

todos los elementos tanto en el aspecto objetivo como subjetivo y que se encontraba probado y confeso. Que, el nombrado obró con conocimiento y voluntad, detentado el dominio exclusivo del acto, a efectos de burlar el debido control del servicio aduanero. A continuación y por todo lo expuesto la querella manifestó que mantenía la acusación por la que requirió la elevación a juicio de Ernesto SCHAFER como autor de contrabando agravado en grado de tentativa en virtud de los arts. 863, 865 inciso f) y 871 CA y 45 del CP ,a 4 años de prisión, de cumplimiento efectivo más las penas accesorias contempladas en el art. 876 del C.A, concretamente la inhabilitación para ejercer el comercio establecida en el art. 876 inciso e) por el término de la condena, es decir por 4 años, en virtud a lo normado el art.12 CP. Por último, hizo protesta de casación e introdujo la reserva del caso federal.

4. Que, en su alegato la Sra. Fiscal General de Juicio Dra. Marta BENAVENTE quien luego de realizar un pormenorizado relato de los hechos, manifestó que el hecho se encontraba reprimido por los arts. 863, 865 inc. f) y 871 del Código Aduanero. La Sra. Fiscal sostuvo que la mercadería que se quería introducir al país era mobiliario de madera que había arribado al puerto de embarque conforme factura de fecha de abril de 2011, con un valor FOB de 4.100 dólares. Sostuvo que cabía tener por probado que SCHAFER fue el despachante de aduana, quien oficializó el despacho de importación mencionado y quien acompañó toda la documentación, entre la cual se encontraba el certificado de importación de productos varios, tal como él mismo lo reconociera en su declaración indagatoria. Que la actuación del nombrado también había sido corroborada por la importadora Kanwaljit KAUR, quién había depositado su confianza en SCHAFER, a fin de que éste efectuara los trámites correspondientes para la importación de la mercadería referida puesto que , a la fecha de los hechos, ella se encontraba en la India con motivo de la enfermedad que padecía su madre. Que según surgía del informe obrante a fs. 130 más lo manifestado por Marta Leo, el certificado era falso, no se registraban

antecedentes del certificado a nombre de KAUR. Sostuvo que el pedido del certificado se encontraba pendiente de firma, que existía una errónea consignación de la Secretaría de Industria y Comercio en el membrete del certificado cuestionado. Que era necesaria la presentación de dicho certificado, de conformidad con lo dispuesto mediante la resolución del Ministerio de Economía nro. 61/ 09 y que dicha necesidad fue corroborada por el informe de fs. 154. Consecuentemente, manifestó que se encontraban acreditados los elementos del tipo objetivo. Que respecto a la responsabilidad que le cabía a SCHAFER, en su carácter de despachante de aduana con más de 20 años de experiencia, relató que Kanwaljit KAUR quién era su cliente de muchos años se encontraba en la India. Que para agilizar la tramitación de dicho certificado y por recomendación de un conocido recurrió a un gestor Daniel Manforte,y que por él pagó 300 dólares, que representaba el 10 % de la mercadería y en un dia le entregó el certificado. Que SCHAFER había reconocido también que había intervenido en otras importaciones y manifestó que por sus problemas de salud no pudo advertir la falsedad del mismo. Que los dichos de SCHAFER no se condecían con la prueba reunida en la presente causa. Que resultaba inverosímil el relato del nombrado puesto que, en primer lugar, ya desde el año 2009 SCHAFER había documentado por lo menos 7 importaciones de mobiliario de madera, que también requerían la presentación de los correspondientes certificados, conforme las impresiones digitales de los despachos de importación nro. 10001IC04132748N, 10001IC044115049X y 10001IC04208702H, exhibidos en la audiencia y reconocidos por SCHAFER. Que SCHAFER estaba familiarizado con el trámite y conocía en que condiciones debía entregarse el certificado. Que Marta LEO al momento de prestar declaración testimonial había explicado todo el circuito administrativo y que el mismo era coincidente con el informe de fs. 130/135. Que el interesado debía ingresar la solicitud del certificado en la Secretaría de Industria junto con toda la documentación y que, una vez reunidos todos los requisitos, el certificado era firmado por el

Dr. LUIS G. [illegible]WO LOZADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

Secretario a fin de que luego fuese retirado por el despachante de aduana o por el apoderado designado al efecto. La Sra. Fiscal, destacó que conforme el testimonio de Marta LEO, el trámite no podía durar más de 60 días, plazo máximo establecido por la Organización Mundial de Comercio. Que, durante la declaración testimonial de CHIAPARRO, la nombrada había reconocido su firma en la presentación de solicitud del certificado de importación de productos varios y que luego se había desentendido del asunto. Que nunca había tenido que recurrir a un gestor ya que desde el año 2009 al 2011 había hecho por lo menos 7 importaciones. Que como se advierte del expediente, el mismo se había iniciado el día 4 de mayo de 2011, y que el certificado era de fecha 20 mayo de 2011, que era absolutamente inconsistente con el plazo que tardaba en emitirse el certificado, y que ya había tenido otros certificados en su poder y que no podía desconocerlo. Que era inconsistente su relato debido a que el certificado había sido entregado en la puerta de la Secretaría de Industria, que el trámite no estaba parado ni demorado, ni tampoco se lo había reclamado la importadora o se había efectuado el pago del mismo. Que no existía ninguna razón verosímil que hiciera que SCHAFER debiera incurrir en un gasto que nadie le había pedido y que el pago de dicho certificado licuaba sus honorarios. Asimismo, la Sra. Fiscal manifestó que si Daniel MONFORTE hubiese sido un gestor, solamente debía acelerar internamente el trámite, el cual estaba pendiente de firma, debiendo SCHAFER haberlo retirado por la Mesa de Entradas de la Secretaría de Industria y Comercio, bajo recibo. Que del cuadro descripto, ningún desconocimiento podía alegarse válidamente puesto que, SCHAFER era un experimentado despachante de aduana y era una actividad que venía desempeñando hacía años. Que no se podía admitir, ni siquiera como mínimo que no se hubiese representado la posibilidad de que el certificado fuere falso, conociendo SCHAFER que la entrega del certificado se efectuaba bajo recibo, y que no podría haber sido expedido en menos de 60 días, procediendo de tal forma como mínimo con dolo eventual. Que, pese al escaso valor

económico, no resultaba insignificante, que no se había configurado un beneficio económico sino que por la propia importación se había puesto en jaque el debido control del servicio aduanero. Asimismo, la Sra. Fiscal destacó que en el día de la fecha había sido agregada a la presente causa la historia clínica del nombrado, de la que surgía que el nombrado estuvo internado de fecha 18 a 21 de junio de 2011, por un síndrome vertiginoso. Que dicha internación fue posterior al hecho, un mes después, puesto que el pedido de certificado lo había iniciado el día 4 de mayo de 2011 y lo obtuvo el día 20 de mayo de dicho año. Por lo que se encontraba absolutamente acreditado el elemento subjetivo. Que el certificado era apócrifo y necesario para la operación. Respecto a la punibilidad, la Sra. Fiscal sostuvo que SCHAFER debía actuar conforme a derecho, que sólo tenía que aguardar los plazos para que se expidiera el certificado, que no había necesidad de cubrir ninguna urgencia. Que SCHAFER tenía amplias posibilidades de motivarse en la norma y que debía cumplir con su función de despachante de aduana, debiendo aguardar 60 días. Que, en cuanto a la determinación de la pena, tuvo en cuenta para agravar la pena la calidad de despachante de aduana de SCHAFER y como atenuante su falta de antecedentes y en virtud de los arts. 40 y 41 del CP, solicitó se condenara a Ernesto Oscar SCHAFER a una pena de CUATRO AÑOS de prisión, de cumplimiento efectivo por el delito de contrabando agravado en grado de tentativa, contemplado en los artículos 863 y 865 inc. f) del Código Aduanero, a DOS AÑOS de inhabilitación para el comercio y la inhabilitación permanente para desempeñarse como despachante de aduana. Seguidamente, la Sra. Fiscal solicitó la extracción de testimonios de los despachos de importación nro. 10001|C04132748N y 10001|C044115049X, debido a que se advertía que en ambos despachos se había adjuntado un certificado el cual estaba identificado con el mismo número pero hacía referencia a distintas mercaderías. Por último, hizo reserva de casación y de caso federal.

5. Que, en su alegato, el letrado defensor del imputado

Dr. LUIS GUSTAVO POSADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

SCHAFER, Dr. Nicolás MACIEL manifestó que recibidos los alegatos de la partes acusadoras, iba a dividir el alegato en dos argumentos, el primero menor y el segundo mayor, sin perjuicio de lo cual ambos conllevan importantes y relevantes cuestiones constitucionales. La primera era la falta de idoneidad en el engaño y la segunda es la ley penal más benigna. Señaló que tanto la querella como la fiscalía habían hecho grandes esfuerzos para demostrar que SCHAFER había mentido y que contrató a un gestor sin conocerlo, que no se fijó la fecha, que no se fijó en el membrete del certificado, que a SACHFER no lo apuraban las fechas del embarque, ni los 60 días que demoraba el certificado y que tampoco lo apremiaba la importadora KAUR. Que SCHAFER era el imptuado en esta causa, no estaba obligado a nada, no estaba obligado al control aduanero, ya que eso dependía del personal aduanero, quienes fueron testigos en este debate. Que cabía en el caso atenerse a lo que es público y notorio y que en 2011 el puerto estaba virtualmente parado, por una decisión política como lo dijo el secretario de industria en el debate. Que respecto a la persona sindicada por SCHAFER como la que le había hecho la función de gestor, no era suficiente la única medida que se había ordenado en instrucción para su identificación que fue el informe de NOSIS. Que tampoco SCHAFER estaba obligado a presentar la historia clínica, que toda esa situación no podía ser achacada y ser tomada como contradicciones de SCHAFER. Que en cuanto a lo referido por las acusadoras, respecto a que debió darse cuenta al ver la fecha del certificado, señaló que la fecha era tan falsa como el certificado, e hizo una analogía de dicha falsedad como la de un billete de 3 pesos, ya que ni siquiera el membrete en el certificado era correcto. Que SCHAFER al momento del hecho no podía discernir lo que era falso, él tenía un viaje a Europa programado para ver a sus hijos y no pudo hacerlo. Que la instrucción de esta causa había sido magra, que MONFORTE mereció más que un NOSIS, y que esa situación en la que no se había investigado correctamente agraviaba a la defensa, el debido proceso y defensa en juicio. Se remitió a las explicaciones acerca del tipo

penal y agravante dada por las partes acusadores e indicó que iba a detenerse en la res 61/11, que entró en vigencia el 5 de marzo de 2009 y fue derogada el 25 de enero de 2013 por la 2013. Señaló que la idoneidad en el engaño de un certificado que importa la presentación, estaba en sus cualidades intrínsecas y en el caso conforme las declaraciones de BIANCHI y LEO el rótulo era errado, que además según surgía del informe de fs. 132, en el primer párrafo existía una errónea consignación en el Ministerio y Secretaría. Señaló que los testigos fueron claros en determinar que el rótulo salía del sistema. Entendió por eso que el servicio aduanero, no podía no haberlo advertido. Que, por cualidades intrínsecas, este certificado sólo podía ser calificado como un billete de tres pesos. Que no hubo idoneidad para engañar al servicio aduanero, ya que estaba mal consignada la fecha, el membrete y el nro. del certificado, por lo que el documento no era idóneo para configurar el delito de contrabando ya que dicha figura requería el despliegue de un ardid, por lo que esa maniobra tenía que ser idónea. Que BIANCHI, al prestar declaración testimonial había manifestado que había realizado una pericia, que el defensor estimaba que había sido privada o genérica para poder enfrentar la presentación de estos certificados apócrifos. Reiteró la falta de idoneidad del certificado para engañar al servicio aduanero, ya que no coincidía el número con el nombre de la importadora y el rótulo del mismo, y por lo que habían explicado los testigos, especialmente LEO los peticionarios podían descifrar que estaba a la firma o por salir el certificado si llegaba devuelta a determinada oficina. Que si se consideraba el agravante, la cuestión debía ceñirse al segundo argumento, la ley penal más benigna, que también engloba a la figura básica del contrabando. Que lo importante había sido que el certificado que fuera exigido por la res. 61/2009 luego fue derogado por la 11/2013. La querella dijo al argumentar su falta de consentimiento para conceder la suspensión de juicio a prueba que el tipo penal siguió estando complementado por las nuevas DJAI, lo cierto era que no se había visto una explicación clara completa y autosuficiente sobre esa

Dr. LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

reglamentación, que tampoco era carga de esa defensa. Que la fecha de la imposición de las DJAI no concordaba porque fueron impuestas en el 2012, que una cosa eran los certificados que eran documentación complementaria, tal como lo señaló CORSO, y las DJAI que eran integrantes del despacho de importación, que no era posible parchar la acusación sin caer en un arbitrio flagrante, existiendo así a su entender una vulneración a la legalidad. Que, en el delito de contrabando la mayoría eran leyes penales en blanco, que iba a realizar un paralelismo con la ley penal cambiaria, porque además de ser leyes penales en blanco, la ley penal cambiaria en su art. 20 prohibía expresamente la aplicación de la ley penal más benigna. Señaló que litigando en este fuero en la causa DOCUPRINT, dieron por tierra con aquella expresión antidogmática, antijurídica y anticonstitucional. Que la Corte fue poniendo freno a la actividad arbitraria del Poder Judicial. Señaló que para el contrabando, el delito estaba complementado por la existencia de este certificado, 865 inc. f del CA y la exigencia de este certificado fue derogado por la administración. Que el antecedente DOCUPRINT, derivaba del fallo de la CSJN AYERZA de la disidencia de Petracchi y sobre la obligatoria aplicación de la ley penal más benigna, de conformidad con el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica y el pacto de derechos civiles y políticos. Que estaba probado que la resolución 61/09 complementaba el 863, 865 inc. f del CA pues era la documentación necesaria, así lo había explicado el fiscal Guerboff, en su requerimiento de elevación a juicio. Que, las DJAI fueron impuestas en el 2012 y de ninguna manera habían suplantado las licencias no automáticas, que una era una documentación complementaria y la otra era otra cosa. Que Oscar SCHAFER había tenido una conducta única en este proceso, admitió haber hecho lo que no tenía que hacer, admitió todo a tal punto que admitió no haber estado en condiciones y no haber revisado el certificado que era tan falso. Que SCHAFER no debía controlarlo, sino la aduana y que por lo falso del documento, no había manera de que pasara el control aduanero. Que estábamos ante un caso de inidoneidad del

medio ardidoso. Para concluir solicitó que se tuviera en cuenta la situación de SCHAFER en aquel momento, a los efectos de tener en cuenta que no controló la veracidad del certificado, a pesar de que el control le correspondía a la aduana. Que, además se tenga en cuenta que el certificado no tuvo la idoneidad para generar el más mínimo atisbo de engaño. Reiteró la solicitud de aplicación del art 2 del CP y a partir de la falta de idoneidad, formuló también las reservas de casación y caso extraordinario federal por la afectación al principio de legalidad, a la defensa en juicio y a los principios de inocencia que han sido afectados con todo este juicio que se inició en el 2011 y que a SCHAFER no podía exigírsele lo que debe realizar la Aduana. Por último manifestó que mantenía el pedido de suspensión de juicio a prueba.

6. Que, oportunamente fue cedida la palabra a las partes para formular su derecho a réplica. Que, al respecto la representante de la querella manifestó que la defensa era contradictoria al señalar que el certificado no era idóneo para engañar a la Aduana pero si a SCHAFER. Que no era cierta la falta de obligación de SCHAFER de controlar la veracidad de la documentación, ya que en su carácter de auxiliar del servicio aduanero debía hacerlo. Que el testigo PELEGRINA había señalado que a simple vista no se observaba ninguna irregularidad en el certificado. Que respecto a la aplicación de la ley penal más benigna había quedado claro en el debate que los certificados fueron reemplazados por las DJAI, que lo único que había variado era la forma de presentación. Por último manifestó que mantenía la acusación en todos sus términos. Por su parte la representante del Ministerio Público Fiscal, adhirió a lo manifestado por la querella y también mantuvo su acusación. Por último la defensa manifestó que la calidad de auxiliar del servicio aduanero de SCHAFER, no escapaba a la defensa, sin perjuicio el control aduanero estaba a cargo de lo Servicio Aduanero, el auxiliar debía cumplir con la labor de presentar el certificado y él presentó un certificado que creyó que era verídico.

7. Que, se preguntó al imputado si tenía algo que

GUSTAVO LOZADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

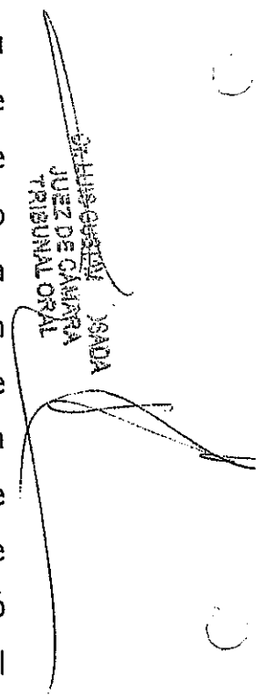
agregar, previo al dictado del fallo. Haciendo uso de su derecho

Elementos de convicción reunidos en el debate.

a)Declaración indagatoria prestada por el imputado Ernesto Oscar SCHAFER.

8. El imputado *Ernesto Oscar SCHAFER* sostuvo que Kanwaljit KAUR, le hizo llegar una factura proforma y con eso gestionó un Certificado de Importación de Productos Varios. Que para que pudiera oficializar el despacho de importación primero tenía que ser expedido el certificado y éstos siempre tardaban en salir. Que la importadora había viajado al exterior y el dicente tenía muchos inconvenientes personales, había fallecido su esposa, y su hija se había ido a vivir fuera del país, quedándose solo, que esta situación lo hizo estar en un estado de depresión por la cual, deseaba salir a la calle y no permanecer en su oficina. Señaló SCHAFER, que tenía un viaje programado para el 27 de julio de 2011 para ir a visitar a sus hijos. Que en esas oportunidades en que salía de la oficina, iba a la Secretaria de Industria para preguntar acerca del Certificado de Importación de Productos Varios que estaba tramitando. Manifestó que en una ocasión en la que concurrió a la Secretaría, se encontró con un conocido y comenzaron a charlar acerca de lo que demoraban en salir los certificados, en ese momento esta persona le señaló que tenía un contacto adentro de la Secretaria para obtener el certificado y en ese momento se lo presentó. Que se acercó a esta persona, le dio la copia de la presentación realizada en la Secretaria que tenía en su poder y así fue como este gestor le hizo el certificado. Que cuando hubo que oficializar el despacho el dicente no estaba en lo oficina porque había sido internado, razón por la cual le dio las instrucciones correspondientes a sus empleados para que presentaran el despacho en la aduana. Que el dicente nunca sospechó que ese certificado iba a ser falso. Consideraba una estupidez presentar ante la aduana un certificado falso, sabiendo que se controlaba toda la documentación presentada. Que el dicente no iba a ser tan estúpido de presentar ante esa dependencia un documento que no fuera legal. Que no

podía dejar de pensar en eso que pasó, en la forma en que se dejó engañar. Que en algún momento iba a salir el CIPV, en otra oportunidad había presentado un Certificado de mas de diez mil dólares y había salido. Que como la importadora estaba en el exterior y el se iba de viaje quería acortar un poco los tiempos. Que ya había tramitado un certificado para esa firma y había salido, le hicieron entrega del mismo en la Secretaría, que fue un idiota por no haber comparado los certificados, pero que en ese momento no estaba en condiciones de hacer correctamente su trabajo, no tenía ni la lucidez ni la paz necesaria para estar concentrado en su trabajo. Que estuvo internado no recordando exactamente la fecha de su internación pero que había sido alrededor del 16 o el 17 de junio de 2011 por stress y depresión que desencadenó en síndrome vertiginoso. Manifestó que se encontró en la Secretaría con un chico que conocía de ir a los depósitos fiscales y a la aduana, que no sabía el nombre de esta persona, que eran conocidos por encontrarse en diferentes lugares relativos a sus profesiones como despachantes de aduana y que después del hecho no lo volvió a encontrar ya que en la actualidad la mayoría de los trámites no los hace él. Señaló que este gestor que conoció en la Secretaría de Industria le dijo que le podía sacar el certificado y lo citó para el día siguiente, le cobró trescientos dólares (U$S 300 dólares), que primero le quiso cobrar el 1% de la factura, pero que después negociaron en la referida suma. Dijo SCHAFER que a la importadora por su trabajo como despachante le cobraba entre $ 1500 y $ 2000, que si bien era una suma similar a la que pagó al gestor, KAUR, era una cliente de muchos años y consideraba que una atención para su cliente era conveniente. Le fue exhibido el Despacho de Importación N ° 11 001 IC04 112830 y reconoció su firma. Asimismo le fue exhibido el Certificado de Importación de Productos Varios 4394/11. Manifestó SCHAFER que sin el Certificado no se podía oficializar el despacho. Que el exhibido era el certificado que le entregó el gestor en la puerta de la Secretaría. Que en otra oportunidad había tramitado un certificado y había demorado menos de dos meses. Le fueron



exhibidas las copias digitalizadas de los despachos de importación N° 1001IC041150449X ,1001IC04132748N y 1001IC04208702H, y manifestó que en esa oportunidad no notó las diferencias entre los certificados acompañados en los despachos exhibidos y el de la presente causa. Que tenía la cabeza en otro lado. Señaló que estuvo tan mal que al día siguiente al hecho fue internado. Que en el momento en que retiró el certificado no estaba lúcido por lo que no pudo darse cuenta que era apócrifo. Que la persona a la que hizo referencia como el gestor se presentó como Daniel MANFORTE. Que el trámite para obtener el certificado por lo general lo iniciaba una empleada del dicente llamada Marta CHIAPPARO. Que normalmente no se seguía la tramitación sino que se esperaba hasta que se les informase que había salido, pero tal como ya lo señaló, el estado en que se encontraba lo hacía estar fuera de la oficina razón por la cual concurría en esa época a la Secretaría para averiguar si había salido del certificado. Que como lo manifestó el dicente debía viajar el 27 de junio de 2011 a ver a sus hijos a España, que tenía el pasaje para esa fecha pero que después debió cambiarlo para el mes de septiembre porque estuvo internado. Que la presentación para solicitar el Certificado se realizó el 4 de mayo y que la mercadería arribó al puerto el 3 de junio y el despacho también se oficializó en junio. Que, si bien sabía que la mercadería estaba pagando un depósito ese no era el problema ya que la mercadería pesaba muy poco, no había mucho gasto de almacenaje. El problema era el hecho de poder irse de viaje tranquilo, sabiendo que este tema estaba solucionado. Que era viudo, y no mantenía ninguna relación afectiva. Que el domicilio de la calle Yapeyú N° 243 de la localidad de Bernal, Provincia de Buenos Aires, era de su propiedad, que poseía unos ingresos mensuales aproximados, de entre 20000 y 25000 pesos. Que había sido suspendido por la Dirección General de Aduanas para ejercer su profesión durante 90 días. Que tenía dos hijos mayores y que ambos vivían en España. Que en la actualidad su madre de 90 años vivía con él. Que además del domicilio en la calle Yapeyú tenía como bien registrable una oficina en la calle

10

Belgrano y un automóvil Renault Kangoo. Que se recibió de despachante de aduanas en el año 1989 y empezó a ejercer en el año 1990. Que se especializaba mas bien en la importación de máquinas. Que tenía como empleada a CHIPPARO y al momento del hecho también tenía un empleado llamado Andrés MARQUEZ. Que quien controlaba la documentación necesaria para la importación, por lo general era él. Que respecto al gestor que le entregó el certificado se lo presentaron como una persona que lo podía ayudar con el CIPV ya que tenía mucha llegada adentro de la Secretaría, que cuando hablaba de llegada se refería a vinculación con gente que trabajaba en la Secretaría. Que el dicente nunca había necesitado un gestor, que todos los trámites los hacía él, pero que ésta fue una situación particular por su estado anímico y su necesidad de viajar. Que por lo que pudo ver MANFORTE, manejaba un taxi. Que en ese momento no le llamó la atención nada, por la depresión grande que estaba atravesando. Que ahora que estaba bien hubiese considerado muchas más cosas, pero que en ese momento no lo pudo hacer. Que el certificado lo retiró el taxista, que tampoco esa circunstancia en ese momento le llamó la atención. Que no observó la fecha, no vio el membrete y tampoco el importe. Que no conocía ni CABALLERO, ni a VIDAL, ni a Alfonsina BLANQUEZ.

b) <u>Introducción por lectura:</u>

9. Oportunamente, se introdujo por lectura al debate la siguiente documentación: Sumario de prevención nro. 11011SP01000372V, agregado a fs. 49/92; Informe remitido por la Inspección General de Justicia, glosado a fs. 111/112; Informe aportado por la División Evaluación y Desarrollo Normativo del Dpto. Técnica de Importación – A.F.I.P., que glosa a fs. 148/154; Informe enviado por Pluscargo Argentina, incorporado a fs. 221; Informe acompañado por el Dpto. Programas y Normas de Procedimiento de la Recaudación Aduanera, A.F.I.P. – D.G.A.-, obrante a fs. 224/238; Informe de la Secretaria de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, de fs. 242; Constancias de consulta efectuada al sistema Nosis, respecto de Daniel Monforte, que obra a

fs. 244/262; Informe de la Secretaría de Comercio Exterior, mediante la cual remite el Expte. S01:0162008/11, iniciado por Kuar Kanwaljit ante el Ministerio de Industria, glosado fs. 278/283; la Nota SIyC nro. 163/11 (expte. S01:0436340/2011) suscripta por el Secretario de Industria y Comercio de fs. 219/220 junto a la documentación remitida agregada a fs. 190/218; Actuaciones obrantes a fs. 1/43; Sumario de Prevención nro. 11001SP01000372V de fs. 48/90 junto a la nota nro. 801/11 de elevación de fs. 91/2; Informe elevado por la Secretaría de Industria y Comercio de fs. 130/135; Oficio suscripto por la Sra. Fiscal Dra. Carolina ROBIGLIO, glosado a fs. 158; Oficio suscripto por el Sr. Fiscal Dr. Roberto H. LEANZA, glosado a fs. 171; Decreto de fs. 267; Acta de declaración indagatoria brindada por Kanwaljit KAUR a fs. 272/3 y todo aquello que ha sido incorporado al momento de la instrucción suplementaria, incluyendo a los informes de fs. 528/543.

c) Declaración de los testigos en la audiencia de debate.

10. Que previo a prestar declaración todos los testigos fueron interrogados sobre sus datos personales, se les impuso de las penas con que la ley reprime el delito de falso testimonio, se les tomó juramento en legal forma y fueron preguntados por las generales de la ley.

11. Que, la testigo **Kanwaljit KAUR**, manifestó ser comerciante, en el rubro de muebles y decoración. Que conocía a SCHAFER desde hacía alrededor de 20 años atrás, porque el nombrado era su despachante, que tenía una muy buena opinión profesional de SCHAFER como despachante, que nunca había tenido ningún inconveniente con él, siempre le facturó los honorarios, nunca tuvo nada sospechoso. Que ya no era despachante de la dicente porque en la actualidad esta importando muy poco. Que, la firma a la que representaba era importadora y esta registrada ante la Aduana. Manifestó que conocía un poco la reglamentación administrativa para realizar una importación. Que la reglamentación que hacía exigible el certificado de Importación de Productos Varios

hoy en día no seguía vigente. Que en Mayo de 2011 la dicente estaba en India, su país de origen, porque estaba muy mal su papá. Que SCHAFER era quien manejaba toda la documentación, ya que la testigo estaba en la India. Que cuando la llamaron a declarar y le preguntó que había pasado a SCHAFER, éste le dijo que no pudo sacar la mercadería por un problema con los papeles. Manifestó que tenía un problema de salud, y por eso no podía tener ninguna tensión, y que ni había preguntado porqué la habían citado. Que ella como importadora lo que hacía era entregarle al despachante el bill of lading y la factura, que de todo el resto se encargaba SCHAFER. Que no recordaba la fecha exacta de la embarcación de autos pero que por lo general tardaban cincuenta días en llegar. Que la costumbre era embarcar la mercadería e inmediatamente comunicárselo al despachante para que iniciara la documentación necesaria. Que siempre quería que la documentación no tardara en salir para acortar los costos porque la Terminal salía mucha plata. Que su despachante en ese sentido siempre fue muy eficiente. Que SCHAFER no le cobró esta operación, porque siempre cobraba después de sacar la mercadería y en este caso no la habían podido sacar. Que cuando eran operaciones exitosas recuerda que cobraba poco, entre 1% o 0,5 % más los gastos. Que los U$S 300 que le pagó al gestor no se los cobró a ella. Que esta operación se trataba de una operación normal en el giro comercial de su negocio. Que ella era una importadora muy chiquita y que como tenía a sus papas enfermos ya prácticamente no estaba importando.

12. Que, la testigo **Martha Fabiana CHIAPPARO**, manifestó que trabajaba hacía muchos años para SCHAFER. Que conocía a KAUR desde que trabajaba con SCHAFER ya que la misma era cliente del nombrado, era una importadora. Que había tramitado varios CIPV, que su función era presentarlos en la Mesa de Entradas de la Secretaria y luego retirarlos también por esa dependencia, que los certificados tardaban más o menos 30 días en salir. Indicó que en el caso del CIPV de autos, ella solamente lo había presentado, pero que después el trámite lo había seguido y retirado su jefe Oscar

Dr. LUIS GIL JOLONDA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

SCHAFER. Que el Certificado se retiraba en la Secretaria y para poder hacerlo había que firmar el retiro. Que se averiguaba si el certificado había salido o no, yendo a la secretaría. Le fue exhibido el Despacho de Importación N° 11 001 IC04 112830 E, el Certificado de Importación de Productos Varios N° 4396/11 y el expediente N° S01: 0162008/2011 de la Secretaría de Comercio y reconoció su firma en este último, manifestó que ella fue quien presentó ese trámite ante la Secretaría. Que a la fecha del hecho, mayo del año 2011, SCHAFER no estuvo pasando por un buen momento, salía mucho de la oficina por ese motivo y aprovechando sus salidas de la oficina quiso terminar él el trámite. Que no conocía a Guillermo VIDAL, a CABALLERO a BLANQUEZ ni a IRRIBARRE. Señaló que no todas las mercaderías a importar requerían certificado. Que la mujer de SCHAFER había fallecido en diciembre de 2010 y que el nombrado estuvo muy deprimido. Que en la época de los hechos su jefe había estado internado en Quilmes. Que no recordaba cuánto tiempo exactamente había estado internado SCHAFER, pero que podían haber sido dos o tres semanas. Que la importación de autos no se trataba de una operación importante, por lo que no había ningún motivo como para apurar el trámite, ni para presentar uno falso, por esa razón consideraba que no se justificaba la falsedad del certificado. Que SCHAFER contrató ese gestor para obtener el certificado más rápido. Señaló que en la actualidad no se requería más el CIPV para importar mercadería. Que los requisitos que se exigían ahora era la DJAI – Declaración Jurada Anticipada de Importación -, declarar el valor FOB de la mercadería, flete y seguro, y esperar que le den la autorización. Que toda esa documentación era tramitada y aportada por el despachante de aduana.

13. Que, el testigo **Gustavo Daniel PELEGRINA**, manifestó ser ingeniero civil, que a la fecha del hecho se desempeñaba como Supervisor de la División Verificación de la AFIP/DGA, en la Terminal 1, 2 y 3 del puerto de Buenos Aires. Le fue exhibida la denuncia de fs. 49/50 y copia de los correos electrónicos de fs. 51/52 reconociendo su firma en ellos. Asimismo

le fue exhibido el Certificado de Importación de Productos Varios n° 4396/11 de fs. 53/60. Señaló que su función era hacer un control documental del despacho y de la mercadería. Que se controló especialmente la documental relativa a las licencias no automáticas ya que se habían presentado en otras oficinas estos certificados adulterados. Que en este caso, entraron en la página del Ministerio de Economía y visualizaron el seguimiento del expediente, de la que surgían sus movimientos, allí notaron comparando con otros certificados que este expediente no había recorrido el trámite normal que hacía el resto de los expedientes ya que registraba un solo movimiento que era el ingreso a la mesa de entradas y nunca había pasado por la firma. Señaló que les pareció una contradicción que estuviera el certificado adjuntado como documentación complementaria cuando en la página del Ministerio de Economía solo había avanzado un paso. Que por esa razón enviaron el correo electrónico que le fuera exhibido a Marta LEO y les informó que esa licencia no había tenido trámite, por eso elevó la novedad a Jefatura porque se encontraban en presencia de un certificado apócrifo. Que no existía un protocolo de la Aduana que indicara que había que confirmar la veracidad de las licencias no automáticas, pero como habían habido otros casos les prestaban mas atención. Que en la actualidad las licencias no automáticas dejaron de estar vigentes y fueron reemplazadas por otra resolución y luego comenzaron a entrar en vigencia las DJAI - Declaración Jurada Anticipada de Importación. Que las DJAI también son emitidas por un organismo externo a la Aduana y que la diferencia que existía con lo que eran las licencias no automáticas era que las DJAI se hacían mediante sistema. Que al momento de los hechos la resolución que se encontraba vigente era la 61/09. Por último le fue exhibida la resolución 11/13 del Ministerio de Economía y manifestó que esa era la resolución a la que había hecho referencia que derogaba las licencias no automáticas.

14. Que, el testigo **Orlando Norberto CORSO** manifestó ser a la fecha del hecho técnico Supervisor de la División Verificación

DR. LUC. JUSTAVO LASADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

de la AFIP/DGA, en la Terminal 1, 2 y 3 del puerto de Buenos Aires le fue exhibido el despacho de importación N° 11 001 IC04 112830 E y la denuncia de fs. 49/50 y reconoció la firma en esta última. Señaló respecto a la denuncia que realizaron que al hacer el control de documentación del despacho entraron a la página del Ministerio de Economía y figuraba el movimiento del Certificado de Importación de Productos Varios como que estaba sin movimiento. Le fue exhibido el CIPV 4396/11 y manifestó que llevaba un tiempo obtener el certificado, uno o dos meses. Le fue exhibido el correo electrónico obrante a fs. 51, y manifestó que en la Terminal donde el dicente despeñaba funciones no hubieron otros CIPV falsos pero que supo que hubo casos de CIPV apócrifos en otras terminales, razón por la cual se prestaba especial atención a los mismos. Que el certificado tuvo vigencia hasta que fue reemplazado por las DJAI. Que las licencias no automáticas y las DJAI eran licencias para poder hacer importaciones de mercadería y que la diferencia entre ellas es que el CIPV era un documento escrito que formaba parte de la documentación complementaria del despacho y que ahora las DJAI se vinculaban informáticamente al despacho de importación que solo se podía oficializar cuando se obtenía el documento.

15. Que, la testigo **Marta Estela LEO**, manifestó que trabajaba desde hacía muchos años en la Secretaría de Industria. Señaló que a la fecha de los hechos se desempeñaba como Directora de Importaciones de la Secretaría de Industria y Comercio. Explicó como se tramitaba una licencia no automática y dijo que cualquier interesado de tramitar una licencia no automática en este caso CIPV, previamente debía presentar la documentación de la empresa importadora, estatutos, acta de directorio, constancia de inscripción en la AFIP, poder para tramitar el certificado y retirarlo. Que esa documentación, se presentaba por mesa de entrada, llegaba a la dirección importaciones, se giraba al área de legales, y de ahí podía volver con observaciones u aprobadas. Que una vez aprobada, la empresa estaba en condiciones de retirar el certificado. Que el tiempo estimativo por lo general para expedir el certificado era de 60

días, que era lo que les permitía la OMC, pero podía extenderse más. Que los interesados se podían enterar que ya estaba el certificado para retirar, entrando al sistema y viendo el movimiento del expediente, o mediante fax que se remitía dentro de las 48 hs de expedido el certificado. El expediente se terminaba una vez expedido el certificado se agregaba una copia del mismo y constancia de su retiro por la persona autorizada. La persona que podía consultar el estado del tramite no podía retirar el certificado. Le fue exhibido el correo electrónico de fs. 52 y 53 y el CIPV N° 4396/11, la testigo ratificó el contenido del correo electrónico y dijo que la pregunta fue puntal y ella contestó puntal ese expediente no estaba registrado como firmado sino como que estaba aún tramitando. Señaló que cuando se dictó la resolución 61/09 por el Ministerio de Producción se establecieron las licencias no automáticas entre ellas el Certificado de Importación de Productos Varios, que luego hubieron sucesivos cambios, sobre todo en el Ministerio de Producción, fue cambiando el nombre. Que el trámite del CIPV no tenía ningún costo y que la fecha en la que se expedía era la fecha de la firma del mismo. Que en la Dirección de Importaciones se confeccionaba todo el certificado y se enviaba a la firma del Secretario de Industria y allí este lo firmaba, sellaba y colocaba la fecha. Que los expedientes quedaban en la Dirección de Importaciones, que si el interesado decía que tenía la mercadería en el puerto quizás se podía tomar la decisión de firmar el certificado en menos tiempo. Que los CIPV se aprobaban en la medida que cumplieran los requisitos referidos, que eran simplemente documentales. Que no recordaba que en el 2011 hubieran gestores que tramitaran los CIPV, que por el contrario si recordaba situaciones donde los certificados eran tramitados por los presidentes o socios gerentes de empresas, que estos se acercaban a ventanilla donde había atención al público. Que no conocía a Daniel MANFORTE, tampoco a Alfonsina BLANQUEZ ni a Joaquín IRRIBARREN. Que los formularios se hacían con el membrete vigente a la fecha que se expedía. Que el membrete estaba puesto por sistema. Que cuando cambiaba la denominación de la Secretaría

DR. LUIS GUS... LOSADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

también se cambiaba por sistema el membrete de los certificados Que las licencias no automáticas fueron derogados a través de Resolución número 11 del 25 de enero de 2013. Que, la dirección de importaciones ya no tenía nada que ver con las DJAI, que en un momento las licencias no automáticas y las DJAI coexistieron. Que las DJAI las administraba la AFIP y licencias no automáticas las administraba la Secretaria. Que la resolución 11/14 derogó todo régimen que estaba vigente, todos aquellos pedidos de CIPV al ser derogada esta disposición se archivaron. Que el día que entró en vigencia la norma, la aduana ya no le exigió más el CIPJ y quedaron las DJAI. Le fue exhibido el expediente N° S01: 0162008/2011 y manifestó que desconocía lo que había sucedido con el trámite del mismo, que lo único que conocía es que se la había consultado acerca de la expedición del certificado y se había contestado mediante correo electrónico lo que explicara.

16. Que, al testigo **Nelson Pablo BRUNOTTO,** le fue exhibida la denuncia de fs. 91/92 y reconoció su firma, manifestó que era el jefe de la División Sumarios de Prevención, y que entre sus funciones era la de conocer e intervenir frente a delitos aduanero. Que los conocía de dos formas a veces en forma in fraganti, o cuando el hecho ya ocurrido era comunicado por algún área de la Aduana, se comprobaba la verosimilitud, si veían que era verosímil, se formulaba la denuncia. Que ésta se sorteaba en el fuero Penal Económico y se quedaba a disposición de las órdenes que pudiera emitir el Juez de instrucción.

17. Que, el testigo **Eduardo Dante BIANCHI,** manifestó ser economista, docente e investigador. Que en mayo de 2011 era Secretario de Industria y Comercio. Que había cambiando varias veces de denominación esa dependencia, que primero fue Secretaría de Industria Comercio y Pymes, después de Industria y Comercio y después solo Industria. Que el tipo de control que ejercían los Certificados de Importación de Productos Varios era la de hacer un control del ingreso al país de mercadería, que para eso se hacía un análisis de la misma y que había que cumplimentar ciertos

requisitos legales, Se fijaban a los efectos de conceder la licencia las características de mercadería y precio y si era mercadería que competía con productores argentinos sensibles. Que dentro de ese contexto podía denegarse el certificado u observarse el mismo. Que se firmaba el CIPV y volvía al área de importaciones, que la fecha se colocaba el día que se firmaba. Que quien podía tramitarlo era la persona que estaba acreditaba en el expediente que se armaba. Le fue exhibido el informe de fs. 130/5 y manifestó que había una firma que parecía ser la suya. Señaló que el trámite no tenía ningún costo. Que si habían gestores informales en la Secretaría él no lo sabía. Le fue exhibido el certificado obrante a fs. 52 y 53 manifestó que parecía su firma, tenía toda la apariencia de serlo. Que tuvo conocimiento de otras falsificaciones ya que había tenido que venir a Tribubales a en tres o cuatro oportunidades e incluso había realizado una pericia caligráfica. Que el sello obrante en el certificado también era similar.

Los Dres. César Osiris LEMOS y Claudio Javier GUTIERREZ de la CÁRCOVA dijeron:

III. El pedido de suspensión de juicio a prueba

18. El Sr. Defensor, con anterioridad a los alegatos, solicitó la suspensión del juicio a prueba respecto al imputado SCHAFER en mérito de estimar que no correspondía la aplicación de la agravante del art. 865 inc. "f" del CA por lo cual, quedando sólo el encuadre del art. 863 del mismo texto legal, tal beneficio era procedente, a mérito de la doctrina de la CSJN en el caso "Acosta Alejandro Esteban" (23/04/08).

19. La querella solicitó el rechazo de tal suspensión por dos (2) motivos. El primero relacionado con la oportunidad de tal presentación, en tanto consideró que había ya precluído la misma al iniciarse el debate. Además, no compartió el cambio de calificación legal, manteniendo la agravante del citado art. 865 inc. "f" del CA y, por consiguiente, al no ser posible una eventual pena de prisión de cumplimiento suspendido, solicitó el rechazo del beneficio solicitado.

20. A su turno, la Sra. Fiscal General de Juicio también

DR. LUIS C. TAVO LOZADA
JUEZ CAMARA
TRIBUNAL ORAL

requirió que no se hiciera lugar a la suspensión del juicio pretendida en tanto la calificación de los hechos –arts. 863 y 865 inc. "f" del CA- impedía una hipotética pena de prisión de cumplimiento suspendido, requisito mínimo para su procedencia.

21. El Tribunal, por mayoría, difirió el tratamiento de la cuestión a las resultas del fallo definitivo.

22. Posterior a los alegatos de los acusadores, en donde se ratificó el encuadre de los hechos en los arts. 863 y 865 inc. "f" del CA, el Sr. Defensor mantuvo su solicitud de suspensión del juicio.

23. En lo relativo a la oportunidad de su deducción, el Tribunal tiene establecido que incluso la misma puede realizarse durante el debate ("De Biase Antonio y otros", decisión del 30/04/13, reg. nº 25-S/2013"). En la medida que el CP no contiene un plazo expreso en ese sentido, habrá de preferirse la interpretación que mejor tutele el derecho del imputado a tal beneficio (principio pro homine), en tanto sea conciliable con la propia finalidad del instituto. Si el juicio naturalmente concluye con la sentencia definitiva, durante todo su trámite anterior puede deducirse la suspensión de juicio a prueba, máxime cuando del respectivo desarrollo del debate puede modificarse la correspondiente calificación legal y permitir, a partir de ello, su procedencia (ver en ese sentido, CFCP in re "Ayala Zulma Viviana y otros", sala II, decisión del 18/11/13, reg. 2033).

24. Con todo, es requisito esencial para la concesión del beneficio la conformidad del Ministerio Público, vinculando al Tribunal su oposición debidamente fundada (art. 76 bis párrafo 4to. del CP y 69 del CPP y doctrina plenaria de la CFCP en el caso "Kosuta Teresa"). En ese sentido, la Sra. Fiscal General de Juicio se opuso a la procedencia del beneficio con argumentos que, al margen de su error o de su acierto, resultaron fundados debidamente y por ello mismo vinculan al Tribunal.

25. En tales condiciones, no se hará lugar a la suspensión de juicio a prueba solicitada a favor del imputado SCHAFER.

IV. Aplicación de la ley más benigna

26. Que, corresponde analizar el planteo formulado por la defensa de SCHAFER en cuanto a que era de aplicación al caso la ley más benigna toda vez que al haberse derogado mediante la Resolución ME 11/2013 las licencias no automáticas – que incluyen el Certificado de Importación de Productos Varios- correspondía aplicar retroactivamente esa norma y así quitar el agravante del art. 865 inc. f) del CA.

27. Que en ese sentido la CSJN en el fallo "Cristalux", señaló que la ley penal más benigna debía aplicarse cuando la modificación de la norma complementaria fuera sustancial. En el presente caso, la variación que hizo la resolución del Ministerio de Economía Nº 11/2013 al derogar las Licencias No Automáticas, fue reemplazarlas por las Declaraciones Juradas Anticipadas de Importación, esto se concluye cuando se observa que estos dos requisitos tienen la misma finalidad que es la de controlar el comercio internacional. Tal es así que se puede señalar en antecedentes jurisprudenciales en el fuero Contencioso Administrativo Federal en los que por ejemplo se sostuvo que la finalidad tenida en miras al momento de dictar la Resol. 3252/12 es idéntica a la de que fuera considerada cuando se dispusiera la exigencia de "licencias". ("Yudigar Argentina S.A c/ EN -Mº Economía- Resol. 3252/12 - SCI (Exp. 12211/2012) s/ Amparo Ley 16.986", votto Dr. Gallergos Fedriani).

28. Que por ello de aplicarse en el caso retroctivamente la norma reglamentaria que derogó las Licencias No Automáticas, se estaría despojando a esas leyes de toda eficacia, pues al ser concebidas para regular situaciones eminentemente variables quedarían desactualizadas rápidamente por disposiciones posteriores y por lo que resultarían inocuas para proteger el bien jurídico para el que fueron sancionadas (conf. fallo CSJN 321:824 "Ayerza")

29. En ese sentido, se advierte que lo derogado en el caso -Resolución ME 11/2013 - se trata de una norma extrapenal, con lo

JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

cual la revocatoria de la misma no puede desincriminar la conducta que deriva el delito de contrabando. Se trata de normas con un carácter especialmente variable y transitorio, que complementan leyes penales en blanco que requieren de otras disposiciones a las que implícitamente se remiten que hacen que no sea aplicable el principio de ley más benigna.

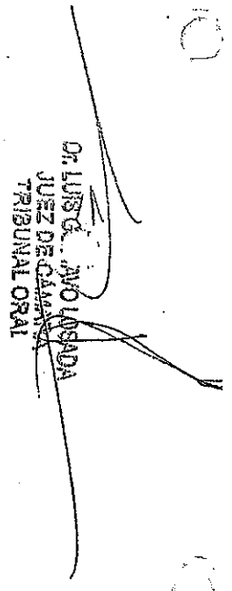
V. Valoración de la prueba y conducta atribuible

30. En primer término cabe precisar que el aspecto objetivo del ilícito en trato se encuentra debidamente probado. Consecuentemente, en base a los elementos de prueba ya señalados, se tiene por acreditado el intento de ingresar al país de mercadería amparada bajo las posiciones arancelarias 9401.69.00.900, 9403.60.00.190 y 9403.60.00.900, documentada mediante la destinación de importación N° 11 001 IC04 112830 E, a la cual se adjuntó documentación falsa, puntualmente el Certificado de Importación de Productos Varios 4396/11, fechado el 20/05/11, emitido por la Secretaría de Industria y Comercio, del Ministerio de Industria de la Nación.

31. Que también se encuentra acreditado que el Certificado de Importación de Productos Varios en cuestión era falso, esto surge de en primer lugar de la contestación del correo electrónico por parte de Marta LEO, Directora de Importaciones de la Secretaría de Industria Comercio obrante a fs. 52 y ratificado en el debate por la nombrada del que surge que "En respuesta a la consulta, se informa que según los registros de esta Dirección, el Certificado de Importación de Productos Varios Nº 4396/11, no fue emitido a favor de la firma Kaur Kanwalkit". Asimismo obra la nota de fs. 130, firmada por BIANCHI, Secretario de Industria a la fecha de los hechos, de la que surge que no se registran antecedentes relacionados a la emisión del certificado en cuestión y agregó además que el expediente citado en la carátula remitida por el Servicio Aduanero correspondía a un pedido de CIPV pendiente de firma efectuado por la empresa en cuestión y tanto el valor FOB

como las posiciones arancelarias y el origen informado por el organismo consultante era coincidentes con lo consignado en las solicitudes que conformaban dicho expediente. Asimismo informó que en el primer párrafo del certificado presentado existía una errónea consignación del Ministerio y Secretaría, no coincidentes con su actual denominación.

32. También se acreditó que el certificado apócrifo presentado se trataba de documentación necesaria para realizar la importación. Así como surge del ya referido informe de fs. 130 en el que se indicó que el CIPV era un documento público que consistía en un acto administrativo y que era un certificado exigido al importador por la AFIP a través de la DGA como documentación necesaria para llevar a cabo las destinaciones aduaneras. También dicha necesariedad surge de la propia resolución 61/09.



V. La idoneidad del documento para conducir a engaño.

33. El Sr. Defensor hubo reiterado en su alegato el argumento relacionado con la inidoneidad del ardid del caso –presentación ante el servicio aduanero de una documentación falsa- y, a su partir, estimar que el hecho imputado resultaba atípico (una consideración similar la había ya realizado en la instrucción –ver fs. 300.-).

34. En el delito de estafa, cabe descartar su comisión si no media relación causal entre el engaño y el error si este último deriva de una negligencia culpable de la víctima en tanto es exigible un cierto nivel de diligencia que permita al sujeto descubrir el fraude. Sin embargo, en el delito de contrabando, en cuya redacción también participan los medios de ardid o engaño (art. 863 del CA) la relación se establece entre el autor y el sujeto pasivo del delito (el servicio aduanero) siendo indiferente su mayor o menor capacidad para advertir el ardid o el engaño pues, aún cuando tales medios abusen de los defectos de tal servicio, el delito se habrá cometido. El bien jurídico protegido por el delito de contrabando es el adecuado

control del servicio aduanero respecto a la importación y exportación de mercaderías (CSJN Fallos 312:1920) y no el patrimonio como en el delito de estafa.

35. En un antiguo fallo, se aludió en forma expresa a la diferenciación entre los distintos fraudes entre los delitos de contrabando y estafa. Así, se sostuvo " ...que el distingo que quizá pueda hallarse justificado en el campo de la figura de la estafa no tiene objeto en el delito de contrabando. No hay aquí peligro de turbar la seguridad de las transacciones comerciales y civiles ordinarias si no se hace diferencia entre engaños de un género y de otro, entre fraude civil y fraude penal: todo engaño que persiga la frustración del control aduanero lesiona el bien jurídico tutelado por el art. 187 de la Ley de Aduanas y la punición de todos estos actos sin excepción no entraña peligro para otros bienes objeto de protección jurídica. ....al faltar por completo en el contrabando el conjunto de circunstancias que sustentan la inteligencia limitativa de la noción de ardid o engaño en la estafa, la misma carece de sentido respecto del primero de estos delitos...parece claro que cualquier engaño destinado a burlar el debido control aduanero, aun cuando sea aprovechando las deficiencias organizativas del servicio, es punible con arreglo al art. 187 inc. f) de la citada Ley de Aduanas ..." (dictamen del Procurador General ante la CSJN en el caso de Fallos 296:473).

36. Por lo demás, en el caso concreto, cabe rechazar la supuesta inidoneidad del ardid empleado –documentación falsa- pues el respectivo control no surgió de la sospecha fundada del servicio aduanero a su respecto sino que se trató de una consulta general a la Secretaría de Comercio sobre la veracidad del mismo (ver atestaciones en el debate de los verificadores PELEGRINA y CORSO). De no haber mediado tal situación, la documentación del caso hubiera sido considerada válida para la respectiva importación de los muebles del caso. La inidoneidad de un determinado ardid o engaño tiene que surgir en forma patente e inequívoca.

37. Lo expuesto torna permitido rechazar tal supuesto de

inidoneidad y, como consecuencia (aunque no se lo dijera expresamente) la posibilidad de un delito imposible (art. 44 del CP).

VII. La responsabilidad en el hecho de Ernesto Oscar SCHAFER

38. En el análisis de la conducta del imputado, debe partirse de la maniobra objetiva puesta al descubierto. En sí, una tentativa de contrabando de importación utilizando documentación apócrifa. Que dicha documentación, como se dijo, resultaba necesaria para concretar la operación aduanera.

39. Que se encuentra probado que SCHAFER intervino en la maniobra en su calidad de despachante de aduana y que fue él quien presentó la documentación ante el Servicio Aduanero. Asimismo, también está acreditado que fue SCHAFER quien obtuvo y presentó el CIPV Nº4396/11, esta circunstancia surge de los dichos de la importadora de la mercadería, testigo en el debate, KAUR KANWALJIT y del propio reconocimiento del imputado SCHAFER.

40. El hecho aludido precedentemente se encuentra, como se dijera, acreditado en forma objetiva, de manera directa, atento las pruebas que los sustentan. En cambio, no media igual objetividad respecto a los sucesos anteriores pues al respecto sólo se cuentan con los exclusivos dichos del imputado. En tales condiciones, el Tribunal se halla limitado a considerar la verosimilitud de tales dichos a fin de juzgar la conducta llevada a cabo por SCHAFER.

41. La sana crítica racional importa formar la convicción de acuerdo a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia según el orden natural y ordinario de las cosas y a los conocimientos científicos aplicables al caso. En el sentido expuesto, la propia CSJN ha precisado las reglas que conforman dicha valoración al establecer el método histórico como referencia idónea para el análisis sobre los hechos que se deben reconstruir a través de la intermediación probatoria, esto es, la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado (Fallos 328:3399). Por lo demás, el Alto Tribunal ha establecido que la apreciación del resultado de las pruebas para la convicción total del Juez no debe ser empírica,

DR. GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

fragmentaria o aislada, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su visión de conjunto (Fallos 308:641).

42. Que, durante el debate, el imputado SCHAFER, brindó su versión de los hechos, destacando su ajenidad en el hecho ilícito enrostrado y el desconocimiento de que el CIPV presentado como documentación complementaria al despacho que presentó era falso. Que, evaluadas las pruebas reunidas en la causa y las apreciadas en el debate, de conformidad con las reglas de la sana crítica, la experiencia y el sentido común, cabe descreer de tales dichos por considerárselos inverosímiles.

Ello, en atención a las siguientes circunstancias que permiten descartar dichos argumentos:

a) sostuvo que Kanwaljit KAUR, le hizo llegar una factura proforma y con eso gestionó un Certificado de Importación de Productos Varios. Que para que pudiera oficializar el despacho de importación primero tenía que ser expedido el certificado y éstos siempre tardaban en salir. Que la importadora había viajado al exterior y el dicente tenía muchos inconvenientes personales, había fallecido su esposa, y su hija se había ido a vivir fuera del país, quedándose solo, que esta situación lo hizo estar en un estado de depresión por la cual, deseaba salir a la calle y no permanecer en su oficina. Que tenía un viaje programado para el 27 de julio de 2011 para ir a visitar a sus hijos.

b) También señaló que en esas oportunidades en que salía de la oficina, iba a la Secretaria de Industria para preguntar acerca del Certificado de Importación de Productos Varios que estaba tramitando. En una ocasión en la que concurrió a la Secretaría, se encontró con un conocido y comenzaron a charlar acerca de lo que demoraban en salir los certificados, en ese momento esta persona le señaló que tenía un contacto adentro de la Secretaria para obtener el certificado y en ese momento se lo presentó. Que se acercó a esta persona, le dio la copia de la presentación realizada en la Secretaria que tenía en su poder y así fue como este gestor le tramitó el

certificado. Manifestó que no conocía el nombre de la persona que lo había contactado con el gestor, ya que lo conocía de hacer este tipo de trámites pero no por su nombre. Además afirmó que el "gestor" era una persona que se encontraba en la puerta de la Secretaría y que refirió llamarse Daniel MANFORTE, por lo que había podido ver MANFORTE manejaba un taxi, y que le hizo entrega del Certificado al día siguiente de este encuentro. Es decir, SCHAFER se encuentra una persona de la que no sabe ni el nombre, que le presenta un "gestor" del cual no obtiene ni el teléfono, ni una tarjeta y lo único que observa de este ultimo es que maneja un taxi, oficio que nada tiene que ver con trámites aduaneros, no hace averiguación alguna respecto a esta persona, le paga U$S 300 y le da en un día un documento que tardaba en expedirse al menos 60 días. Sin embargo en ningún momento refiere haber dudado de su legalidad. No resulta verosímil bajo ningún punto de vista esta versión.

c) Tampoco puede eximirlo de responsabilidad el estado de depresión que refirió padecer a la fecha de los hechos por el fallecimiento de su esposa, se trata de un profesional de más de veinte años de experiencia, que hizo un trámite que resultaba habitual para su profesión como despachante de aduana y que él mismo refirió haberlo hecho en otras oportunidades, como también lo afirmó quien fuera su empelada Martha Fabiana CHIAPPARO. Además por su calidad de auxiliar del servicio aduanero está obligado a supervisar la documentación para presentar al momento de oficializar un despacho.

d) Que, se inició el trámite de una forma legal, según lo señaló CHIAPPARO, pero luego se desarrolló todo de una forma muy irregular, con el supuesto "gestor" de por medio, se obtuvo el CIPV en tan solo un día, cuando SCHAFER según sus propios dichos sabía que el trámite demoraba. Según refirió en la indagatoria justamente de eso hablaba con el conocido en la Secretaría cuando le presentó a MANFORTE. También el certificado le fue entregado "en mano", SCHAFER no averiguó en la Mesa de Entradas si el certificado se había expedido, habiendo dicho que iba seguido a la Secretaría de

DR. LUIS OSVALDO LUGADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

Comercio para averiguar el trámite, contradictoriamente no constató que hubiese salido. Lo recibió de mano del gestor sin firmar una recepción del mismo en ningún lado. Por el contrario, se supo en la audiencia lo formal de la entrega de este documento, la testigo LEO, explicó que se hacía contra firma de un recibo y solamente le era entregado al importador o apoderado a esos efectos.

43. SCHAFER intentó instalar una duda razonable en la que se presentó como una persona no lúcida, producto de su estado anímico y que en ningún momento dudó de la falsedad del Certificado y que circunstancias sospechosas que hoy sin duda advertiría en ese momento no le causaron ninguna sospecha. Es que, lógicamente el imputado SCHAFER no tenía sospechas ni preguntas ni dudas porque tenía pleno conocimiento de la falsedad del CIPV, el que pudo haber obtenido por medios lícitos, pero que eligió hacerlo ilegalmente.

44. Por ello mismo, resiste todo sentido común y fundamento lógico la versión brindada por SCHAFER, dada claramente con el único fin de desligarse de responsabilidad.

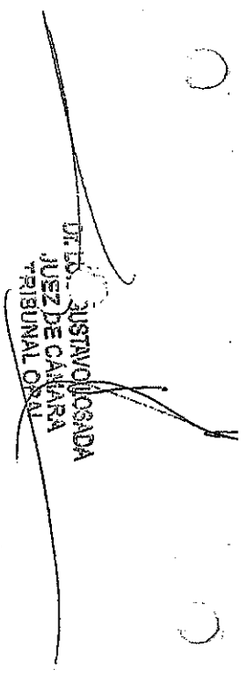
45. Es sabido que el imputado no está obligado a declarar y, aún en el supuesto de que lo haga, la falta de credibilidad de sus declaraciones no constituye, por vía de principio, una prueba de cargo de su culpabilidad. En el caso que nos ocupa, las objetivas, plurales y consistentes pruebas testimonial, documental, pericial e indiciaria analizadas han desvirtuado tajantemente la presunción constitucional de inocencia aún teniendo presente sus dichos pues el respeto a tal presunción impone también en el Tribunal el deber de constatar su verosimilitud y razonabilidad respecto a la eficacia del resto de las pruebas de cargo.

46. Como tiene dicho el Tribunal de Estrasburgo en el fallo que recordara la Sra. Fiscal General de Juicio, la ausencia, la escasa verosimilitud o la manifiesta falsedad de las afirmaciones del imputado no deben ser tomadas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de las pruebas de cargo. Cuando estas últimas requieren

una explicación razonable que el acusado debería ser capaz de dar, se puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna otra explicación posible (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Murray c. Reino Unido", decisión del 08/02/96).

47. Se califica entonces la conducta del imputado SCHAFER como constitutiva del delito de contrabando agravado en en grado de tentativa (arts. 863, 865 inc. f) y 871 del CA) en calidad de autor (art.45 del CP).

48. Que, en la medida en que no hubo mediado ningún elemento de juicio que permita poner en duda el libre discernimiento y voluntad del imputado SCHAFER respecto a la acción disvaliosa cometida teniendo presente su plena capacidad de raciocinio (vid. informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 525) se pone en cabeza del nombrado SCHAFER a título de dolo directo, el conocimiento y voluntad de realización de tal acción como producto de su libre voluntad, en calidad de autor. Asimismo se advierte que no mediaron razones de justificación o inculpabilidad.



VIII. Inconstitucionalidad del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión.

49. El art. 865 del CA reprime el contrabando agravado con penas de cuatro (4) a diez (10) años de prisión. En virtud de superarse los tres (3) años de prisión, la pena deberá ser de cumplimiento efectivo (arts. 861 del CA y 26 del CP).

50. De manera general, también el Tribunal ha tratado in extenso la cuestión vinculada a la inconstitucionalidad de determinadas escalas penales. En ese sentido, se sostuvo que media afectación al principio de proporcionalidad de las penas, como derivación del principio de culpabilidad, cuando no sólo se consagra una reprochabilidad penal sin culpa sino también cuando se supera en demasía la gravedad de la conducta culpable con la cuantía de una sanción. Así, la CSJN trató la constitucionalidad de la pena impuesta por el art. 38 del decreto 6582/58 ratificado por ley n°

14.467 respecto al delito de robo de automotores agravado por el uso de armas en el antecedente de Fallos 312:809 -"Martínez José Agustín"-. En tal antecedente, el Alto Cuerpo dijo que el juicio sobre la razonabilidad constitucional de las escalas penales de los delitos no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal pues de ello sólo se puede obtener la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes objetos de protección. Como lo sostuviera el propio Tribunal en el caso de Fallos 312:857 (opinión minoritaria) o en 314:424, tal razonamiento no podría concluir en cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación llevará al insoluble dilema de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto. Por ello, la proporcionalidad de las penas no puede resolverse mediante fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal puede ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido, continuó diciendo la CSJN en el último antecedente aludido, son incompatibles con la CN las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquéllas que su naturaleza impone (art. 18 de la CN) y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana. En el derecho comparado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos de América prohíbe los castigos crueles e inusitados, habiéndose entendido que tal prohibición alcanza también a los castigos desproporcionados con el delito. En el caso "Weems v. United States" (1910) la Corte revocó una ley de Filipinas que establecía multa y prisión de 12 a 20 años por la presentación conciente de una declaración falsa en un documento público con el argumento de que la grosera discrepancia entre este castigo y el que se imponía a otros delitos más graves determinaba que fuera cruel y desusado y, por ello mismo, repugnante a la citada

enmienda (C. Herman Pritchett, "La Constitución Americana", ed. Tea 1965, p. 708 y su nota y "La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual", Edward S. Corwin, Ed. Fraterna 1987, p. 556). En otro caso, el Juez Brennan dijo que: "Subrayo únicamente que el principal de los conceptos morales reconocidos en estos casos e inherentes a la Cláusula es el fundamental principio moral de que el Estado, incluso cuando castiga, debe tratar a sus ciudadanos como seres humanos; un castigo no ha de ser tan severo que degrade la dignidad humana (Corwin, obr. cit, p. 559). También, se sostuvo que la sentencia de muerte por el delito de violación era groseramente desproporcionada y por consiguiente infringía el dictamen acerca de los "castigos crueles y desusados" ("Coker v. Ga." citado por Corwin, obr. cit., p.561). En el mismo sentido, un Tribunal Federal de distrito sostuvo que infringía la enmienda del caso la deportación de un residente extranjero por la posesión de tres cigarrillos de marihuana mientras que otro Tribunal Federal de Apelaciones sostuvo que constituía un castigo cruel y desusado una sentencia de 20 a 40 años por la venta de marihuana (Corwin, obr. cit., p. 565 notas 33 y 36).

51. Con base en tales antecedentes, la escala penal de cuatro (4) años de prisión del art. 865, inc.f) párrafo del CA. no resulta por cierto desproporcionada. El legislador, en el marco discrecional de su política criminal, es soberano en la fijación de los tipos penales y las escalas respectivas y su criterio, independientemente de su acierto o de su error, es insusceptible de ser controlado por los jueces a menos que se encuentren en juego una lesión a los derechos fundamentales (vgr. una norma penal que sancionara con pena de prisión el hecho de bostezar en público). En el caso, la escala penal en cuestión se nutre de una figura simple de contrabando (art. 863 CA.) que se agrava por las causales del art. 865 del CA. Desde ese punto de vista, no media desproporción alguna entre la conducta y las penas. Por lo demás, que una pena de prisión superior a tres (3) años no sea de cumplimiento suspendido (art. 26 del CP) entra también dentro del margen discrecional del legislador en el marco de su política criminal y, por no mediar lesión

Dr. LUIS [illegible] TAVO LORDA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

alguna irrazonable a derecho fundamental, es insusceptible de su control judicial.

52. Distinto es el supuesto en donde la inconstitucionalidad de una determinada escala penal se torna irracional en un caso dado. En otras palabras, no se discute ya la escala penal general de una norma en función de una conducta sino la proporcionalidad de esa escala en un asunto preciso. Un caso que presentó ribetes similares fue el que resolvió la CFCP en el antecedente "Rios, Mauricio David s/recurso de casación" Sala II, 3/06/13, con conformidad fiscal, al juzgar desproporcionado el mínimo de cuatro (4) años de prisión en un supuesto de tenencia de estupefacientes para comercializar (art. 5 inc. "c" de la ley nº 23.737). Aunque la solución a dicho caso se la fundó en que los mínimos legales eran meramente orientativos (criterio que no se comparte) lo cierto es que juzgó directamente la proporcionalidad constitucional de ese mínimo en el caso concreto (desde la opinión que el Tribunal sostiene, el caso aludido sería un supuesto de inconstitucionalidad de la pena). Mas en el presente asunto, se advierte que el mínimo del cual se parte (cuatro años) resulta desproporcionado en función de la conducta reprochada al nombrado **SCHAFER**. El legislador ha entendido, en función de los bienes jurídicos protegidos (control de las funciones aduaneras sobre las operaciones de importación y exportación, seguridad y salud públicas), que en los supuestos del los arts. 863 y 864 del CA, se realizare mediante, entre otros agravantes la presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos, necesarios para cumplimentar la operación aduanera; merecían una determinada escala penal que partía de cuatro (4) años de prisión. En el caso, el documento adulterado que fuera presentado se trató de un certificado cuya finalidad tendía la controlar el comercio internacional. La operación delictiva del caso se trató del intento de introducir al país mercadería – muebles- por un valor FOB de cuatro mil ciento sesenta dólares con treinta y ocho centavos (U$S 4160,38), a la fecha de los hechos mayo de 2011 el dólar tenía un

valor equivalente de un peso argentino ($1) era igual a cuatro dólares con doce centavos (U$S 4.12) es decir que se trata de una operación en total de diecisiete mil ciento cuarenta pesos ($17.140). Siendo ello así, atento al escaso monto de la operación, se observa en función a la menguada lesividad del hecho y puesta en peligro del bien jurídico protegido, que resulta desporporcionada la imposición de una pena de cumplimiento efectivo.

53. De acuerdo a lo expuesto, será declarado inconstitucional el art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de su escala de prisión, por lesión al derecho del imputado a la proporcionalidad de las penas y, a su partir, será aplicada una pena que permita su cumplimiento en suspenso, ésto es, tres (3) años o menos (arts. 26 del CP y 861 del CA). Ello, sin perjuicio de imponer también el resto de las penas del art. 876 del citado texto legal.

54. Resta señalar que el Tribunal se encuentra naturalmente legitimado para declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de las leyes (CSJN "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otros", 27/11/12)

55. Que por lo expuesto corresponde EXHORTAR al Poder Legislativo a través de la Cámara de Diputados (Comisión de Justicia y Asuntos Penales) a fin de que consagren las reformas legales que se estimen corresponder en orden a la proporcionalidad de los montos mínimos de pena en los casos de contrabando calificado del CA – que no permiten su cumplimiento en suspenso- en correlación con la lesividad de las acciones y puesta en peligro del bien jurídico protegido, ya que las mismas se tornan irrazonables en los supuestos, como el del caso en que se trata de operaciones de escaso valor u otros supuestos en que por via de hipótesis pudieran ser aún de menor valor y cuyas condenas acarrean penas de prisión de cumplimiento efectivo, ya que en el texto cuestionado se establece para los agravantes del art. 865 el CA un mínimo de pena de 4 años.

DR. LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

IX.- *Graduación de las penas.*

Agravantes.

56. De acuerdo a la letra expresa del art. 41 apartado 2 del CP no existieron en el caso del imputado SCHAFER miseria o dificultad alguna para ganarse el sustento propio necesario como lo prueba su educación y experiencia laboral. No corresponde la aplicación del resto de las agravantes por cuanto el tipo penal del caso (art. 865 inc. f del CA) agota tanto la naturaleza de la acción como el medio empleado.

Atenuantes

57. Como se sostuviera en el caso "Alarcón César Augusto", una consideración respetuosa del principio de culpabilidad por el hecho sólo admite la consideración de aspectos de la personalidad del imputado relevantes sólo como atenuantes, por razones preventivo especiales (CFCP, sala II, 12/08/10; también CSJN en Fallos 315:1658). En ese sentido, se tienen presentes:

a) La ausencia de antecedentes (fs. 514 y 524). Esta pauta debe ser necesariamente evaluada como atenuante en el caso, pues advierte una conducta anterior del imputado alejada de cualquier conflicto con la ley penal (art. 41 inc. 2° del CP). Como se dijera, su consideración en el caso no resulta irrelevante pues da cuenta de una vida precedente arreglada a derecho, con respeto a la ley y, por ende, fuera de la situación particular por la que será condenado. En otras palabras, una expectativa cierta de resocialización (prevención especial).

b) La favorable impresión personal recibida a lo largo del debate. En ese sentido, la correcta presentación del imputado y su atención a todo lo que allí ocurrió.

c) Conducta posterior: el imputado siempre estuvo a derecho.

X. Otras cuestiones

a) Aplicación de pautas del 27 bis del CP.

58. Que no se aplicarán respecto a SCHAFER las disposiciones previstas en el art. 27 bis del CP. por resultar suficiente las penas impuestas en orden a evitar la comisión de nuevos delitos.

b) **Extracción de testimonios solicitada por la Sra. Fiscal General en su alegato.**

59. la Sra. Fiscal solicitó la extracción de testimonios de los despachos de importación nro. 10001|C04132748N, 10001|C044115049X, debido a que se advertía que en ambos despachos se había adjuntado un certificado el cual estaba identificado con el mismo número pero hacía referencia a distintas mercaderías.

60. Que en atención a lo solicitado se extraerán testimonios de conformidad con lo requerido por la Sra. Fiscal y se remitirán a la Cámara Penal Económico a fin de que desinsacule el Juzgado que habrá de intervenir.

c) Regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.

61. Que se suspenderá la regulación de los honorarios profesional de los profesionales, el letrado defensor Dr. Nicolás MACIEL y las letradas querella Dras. Gladys VARELA y Laura RODRÍGUEZ CAMPOS, hasta tanto acompañen su clave única de identificación tributaria (CUIT) y su calidad frente al impuesto al valor agregado (IVA). los letrados intervinientes hasta tanto acrediten su condición frente al impuesto al valor agregado (IVA) y sus claves únicas de identificación tributaria (CUIT).

Así votamos.

El Dr. Luis Gustavo LOSADA dijo:

62. En lo sustancial, he de adherir al prolijo voto que antecede, en tanto se han dado debidas respuestas a las principales cuestiones introducidas en la causa. Sólo habré de agregar algunas consideraciones que estimo pertinentes a título de mayor argumentación.

1) La cuestión vinculada con la aplicación al caso de la ley extrapenal más benigna.

DR. LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

a) Como ya se dijera, se discute si la aplicación retroactiva de la derogación de las licencias no automáticas (que incluían el certificado de importación de productos varios) por la resolución ME n° 11/13 implicó de hecho quitar tipicidad a la conducta imputada al nombrado SCHAFER.

b) No media discusión en orden a la aplicación retroactiva de una ley posterior más benigna a una situación anterior (art. 2 del CP y 9 último párrafo del Pacto de San José de Costa Rica). Tal aplicación abarca incluso los casos de leyes extrapenales que, como leyes penales en blanco, se relacionan en forma inmediata con la punibilidad de determinadas conductas, máxime en delitos esencialmente económicos, dadas las situaciones temporarias o excepciones que se suelen dar.

c) Por aplicación de los principios básicos que regulan la materia, sólo cabrá asignar carácter de ley extrapenal más benigna a aquella que influyera directamente en la variación de la prohibición consagrada por el tipo penal respectivo (vgr. una sustancia estupefaciente que dejara posteriormente de integrar las listas del art. 77 regla 8va. del CP).

d) En ese sentido, no se observa que la Resolución MEFP 11/13 que derogara la resolución MP 61/09 del 04/03/09 que estableciera los certificados de importación para productos varios (CIPV) hubiera dejado sin efecto la obligación de presentar determinada documentación a los efectos de las importaciones de mercaderías. Si se repara que la citada resolución MEFP 11/13 fue producto de la aprobación por la ley n° 24.425 de los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y el Acuerdo de Marrakech en cuyo anexo IA se encontraba el Acuerdo sobre procedimientos para el trámite de las licencias de importación, se habrá de convenir que lo único que se hizo es acordar un nuevo procedimiento en función del comercio internacional.

e) Con anterioridad al dictado de la citada resolución MEFP 11/13, por resolución AFIP 3252 del 10/01/12 fue creada la Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI), cuyo objeto fue

obligar a los importadores de mercaderías a cumplir con un régimen de información con relación a las destinaciones definitivas de importación de mercaderías para consumo. De hecho, tal resolución tuvo además por fin unificar el régimen de mercaderías con licencias no automáticas con las citadas DJAI, cuya información debía coincidir con la solicitud de la licencia y estar sujeta a control de las respectivas autoridades. La unificación final de tales régimenes fue precisamente la derogación de los certificados de importación, entre otros, para productos varios por intermedio de la citada resolución MEFP 11/13. En otras palabras, el control sobre la mercadería importada por parte de las autoridades económicas existió tanto durante la vigencia de la resolución ME 3252/12 como de la posterior resolución MEFP 11/13. No hubo pues variación sustancial entre las leyes extrapenales que importara derogación de la documentación necesaria como agravante en el caso del art. 865 inc. "f" del CA.

Dr. LUIS GUS... ...ADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

2) Las cuestiones vinculadas a las escalas penales aplicables y la graduación de las penas

a) De acuerdo al encuadre legal referido en el voto que antecede, rigen a tales efectos los arts. 865 y 876 incs. "d", "e", "f" (sólo en lo que respecta a la inhabilitación para ser miembro de las fuerzas de seguridad) y "h", atento lo normado por el art. 1021 inc. "a" del CA. Toda vez que en el caso cabe un análisis especial respecto a la escala de la pena de prisión aplicable, se tratará por separado cada pena.

La escala de la pena de prisión:

El art. 865 del CA reprime el contrabando agravado con penas de cuatro (4) a diez (10) años de prisión. En virtud de superarse los tres (3) años de prisión, la pena deberá ser de cumplimiento efectivo (arts. 861 del CA y 26 del CP). Ello hace que en el caso deba previamente verificarse la razonabilidad constitucional de tal escala en el caso concreto.

Inconstitucionalidad de oficio

63. Como se fundamentó en el voto que antecede, el Tribunal declarará la inconstitucionalidad del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la escala de la pena de prisión.

64. Tal declaración se la dictará de oficio, en la medida que parte alguna solicitó la misma. Cabe pues considerar la jurisdicción del Tribunal para decretar, oficiosamente, tal inconstitucionalidad.

65. En ese sentido, el Tribunal hace suyos los fundamentos de la CSJN en el caso "Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otros c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios", decisión del 27/11/12, R. 401, XLIII, en orden a admitir la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte (ver también el caso "Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción n° 50 de Rosario", disidencia de los Ministros Fayt y Belluscio, fallo del 24/04/83, con anterioridad a la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica). Como sigue enseñando el siempre recordado maestro Germán Bidart Campos, el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la facultad judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso y por ello mismo debe efectuarse por el Juez aunque no se lo pida la parte. El juez tiene que aplicar **bien** el derecho y, para eso, en subsunción del caso concreto dentro de la norma, debe seleccionar la que tiene **prioridad constitucional** (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo II El Derecho Constitucional del Poder, ps. 355 y sgtes., Ediar SAECIyF, Buenos Aires, 1992).

66. Con todo, el control de constitucionalidad de oficio debe nutrirse de pautas precisas a las que alude la propia CSJN en el fallo "Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otros" citado en el párrafo anterior. Así,

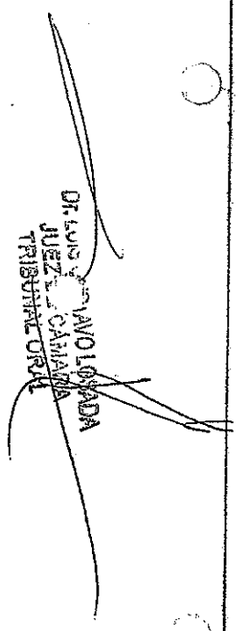
a) **Existencia de un proceso judicial sustanciado conforme a derecho, con debida observancia de la competencia de los órganos jurisdiccionales**. No media

discusión al respecto: tal declaración se la hará en la presente causa y el Tribunal es naturalmente competente para conocer respecto al delito de que se trata (art. 1026 apartado "a" del CA).

b) **Existencia palmaria del perjuicio concreto que la aplicación automática de la escala de prisión del art. 865 del CA irrogará al imputado SCHAFER respecto a su derecho fundamental a la libertad**: baste sólo recordar que el mínimo aplicable del citado art. 865 del CA –cuatro años- impide su cumplimiento suspendido (art. 26 del CP).

c) **Estricta necesidad de la declaración de inconstitucionalidad por imposibilidad de una interpretación del texto legal compatible con la Ley Fundamental**: en la medida que no existe tal interpretación entre los textos legales en cuestión, la necesidad de tal declaración surge manifiesta.

d) **No afectación al principio de congruencia**: en el caso, el control que se ejercerá está claramente orientado a proteger en forma efectiva derechos fundamentales del imputado SCHAFER y no a perjudicarlos. Su protección, por lo demás, se agota en el caso individual y no posee efectos más amplios (CSJN Fallos 329:5903).



Control de convencionalidad de oficio

67. El Pacto de San José de Costa Rica ha sido ratificado por nuestro país y posee jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). Por ello mismo, el Poder Judicial debe ejercer, incluso de oficio, una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que los efectos de esta última no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, casos "Almonacid Arellano y otros vs. Chile"

del 26/09/06, "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú" del 24/09/06 y "Cabrera García y Montie Flores vs. México" del 26/09/10).

68. Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional sustentan implícitamente el principio de proporcionalidad de las penas dentro de la categoría amplia del derecho a la integridad de la persona (por todos, arts. 1, 4, 5, 6, 7, 8 del Pacto de San José de Costa Rica) por lo cual, en el presente caso, debe verificarse si las normas internas no lesionan tal derecho.

69. También se dan las condiciones mínimas para tal control: un proceso judicial en trámite, un concreto perjuicio o lesión para el titular del derecho y el carácter directamente operativo del mismo.

70. En consecuencia de todo ello, el Tribunal se halla legitimado para realizar en el caso, de oficio, tanto el control de constitucionalidad como de convencionalidad respecto a la escala de la pena de prisión del art. 865 del CA.

Inconstitucionalidad del mínimo de la escala de la pena de prisión del art. 865 del CA en el caso concreto

71. Es sabido que una norma penal puede ser inconstitucional tanto en su tipo como en su sanción, tanto por afectar la conducta derechos reconocidos por la propia Carta Magna (ver el caso resuelto por la CSJN de Fallos 332:1963) como por resultar arbitraria la escala penal con la cual se reprime tal conducta (ver los antecedentes de la CSJN de Fallos 312:819, 826 y 857 y 314:424).

72. Si bien el principio de proporcionalidad de las penas y su modo de cumplimiento no se halla reconocido expresamente en el texto constitucional, no resulta discutible su existencia como límite a las injerencias estatales sobre los derechos fundamentales de una persona (CSJN Fallos 314:424 citado). De ahí entonces que tal principio sea reconocido implícitamente en el afianzamiento de la

libertad y justicia (preámbulo), la dignidad e integridad de las personas (entre otros, arts. 14, 15, 16, 18, 19, 28 y 33) y la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 18). La propia CSJN ha sostenido que toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales (Fallos 312:857). Por lo demás, en el antecedente de Fallos 312:826, el Alto Tribunal reconoció el derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad fuera proporcional a la gravedad del delito cometido al bien jurídico tutelado. En la misma inteligencia, como se ha dicho, los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos con rango constitucional también sustentan implícitamente el citado principio de proporcionalidad de las penas dentro de la categoría amplia del derecho a la integridad.

73. El Tribunal ha tenido ocasión de considerar en forma reiterada la razonabilidad constitucional de una determinada norma penal en función de su escala de la pena de prisión u otras restricciones de derechos fundamentales, con aplicación a las propias circunstancias del caso. Así, en el antecedente "Milito Bianchi Alejandro y otros", se estimó inconstitucional, tratándose de un delito culposo, el mínimo de cuatro (4) años de la pena de prisión del art. 140 de la ley n° 24.241 (reg. 95-S/07). En los fallos "Ibáñez Edgardo Javier" (reg. 15-S/11) y " Ramírez Miguel Angel" (reg. 86-S/13) se consideró que la imposibilidad de que los imputados no pudieran gozar en forma condicional de una segunda condena a pena de prisión por la aplicación automática del art. 27 del CP, resultaba irrazonable desde la proporcionalidad entre conducta y pena. En otro antecedente, el Tribunal condenó a una persona jurídica sin aplicar la pena de disolución de la misma (art. 876 inc. "i" del CA) por estimar también desproporcionada la misma en función del hecho reprochado (caso "Kourdoglanian Mario y otra", reg. 42-S/14). También, el Tribunal no aplicó por estimar lesivo al principio de humanidad y de

Dr. LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

proporcionalidad de las penas la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (art. 12 del CP) respecto a imputadas extranjeras detenidas con niños de meses a su cargo (casos "Cedeño Fernández Nora Nancy", reg. 8-S bis/11; "Rodiadis Adriana Cecilia",reg. 4-S/12..y "Estrada Ortiz Diana Fernanda", reg. 40-S/11). Por último, en el caso "Marullo Matías Leone", similar al presente, el suscripto, en minoría, estimó inconstitucional el mínimo de la escala penal de prisión del art. 865 del CA por afectación al principio de proporcionalidad (fallo del 25/08/14).

74. En otro antecedente, el Tribunal Supremo de la Provincia de Córdoba, en acuerdo plenario, declaró la inconstitucionalidad de la escala penal prevista por el art. 119 4° párrafo en función del 2° inc. "b" del CP (abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo) por estimarla objetivamente desproporcionada respecto al delito de que se trataba ("Espíndola Carlos Francisco", 21/04/10).

75. El Superior Jerárquico también trató el tema de la proporcionalidad de una determinada escala penal en el asunto "Ríos Mauricio David", sala II, 16/04/13. En el mismo, se estimó irrazonable el mínimo de cuatro (4) años del art. 5° de la ley n° 23.737, aplicando una pena de tres (3) años de prisión en suspenso.

76. En el derecho comparado, como se recordara en el voto que lleva la palabra, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos de América prohíbe los castigos crueles e inusitados, habiéndose entendido que tal prohibición alcanza también a los castigos desproporcionados con el delito. En el caso "Weems v. United States" (1910) la Corte revocó una ley de Filipinas que establecía multa y prisión de 12 a 20 años por la presentación conciente de una declaración falsa en un documento público con el argumento de que la grosera discrepancia entre este castigo y el que se imponía a otros delitos más graves determinaba que fuera cruel y desusado y, por ello mismo, repugnante a la citada enmienda (C. Herman Pritchett, "La Constitución Americana", ed. Tea 1965, p. 708 y su nota y "La Constitución de los Estados Unidos y su significado

actual", Edward S. Corwin, Ed. Fraterna 1987, p. 556). En otro caso, el Juez Brennan dijo que "Subrayo únicamente que el principal de los conceptos morales reconocidos en estos casos e inherentes a la Cláusula es el fundamental principio moral de que el estado, incluso cuando castiga, debe tratar a sus ciudadanos como seres humanos; un castigo no ha de ser tan severo que degrade la dignidad humana (Corwin, obr. cit, p. 559). También, se sostuvo que la sentencia de muerte por el delito de violación era groseramente desproporcionada y por consiguiente infringía el dictamen acerca de los "castigos crueles y desusados" ("Coker v. Ga." citado por Corwin, obr. cit., p.561). En el mismo sentido, un Tribunal Federal de distrito sostuvo que infringía la enmienda del caso la deportación de un residente extranjero por la posesión de tres cigarrillos de marihuana mientras que otro Tribunal Federal de Apelaciones sostuvo que constituía un castigo cruel y desusado una sentencia de 20 a 40 años por la venta de marihuana (Corwin, obr. cit., p. 565 notas 33 y 36).

77. Como se ha dicho, la escala del art. 865 del CA aplicable al caso parte de un mínimo de cuatro (4) años de prisión, lo cual imposibilita su cumplimiento suspendido (arts. 26 del CP y 861 del CA). Lo que debe responderse en la especie es si ese mínimo de cuatro (4) años de cumplimiento efectivo que fuera expresamente pedido por los acusadores y que resulta vinculante para el Tribunal en cuanto al máximo a aplicar **resulta proporcional a la conducta acreditada del nombrado SCHAFER y a sus circunstancias personales**. Por cierto, tal conducta –tentativa de importación de mercadería mediando presentación de documentación falsa- es un proceder de una entidad grave y, como tal, luego de haberse desarrollado el debate y probada la responsabilidad del imputado, debe ser objeto de reproche penal[1]. Si bien resulta sencillo apreciar la irrazonabilidad de una determinada pena en función de la conducta cuando tal pena es manifiestamente desproporcionada (vgr. reprimir el uso de un celular en un sitio público cerrado con una

Dr. LUIS GUS OLOSAGA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

[1] Si bien se ha dicho que tal conducta posee una entidad grave, es de señalar que en el Anteproyecto de Código Penal de 2013 la misma no es receptada en forma específica dentro de las modalidades agravadas. Por lo demás, con más razonable técnica legislativa, los supuestos de contrabando calificado poseen una escala de pena de prisión de dos (2) a seis (6) años –art. 169-.

sanción de arresto de hasta sesenta días), no ocurre lo mismo cuando, a primera vista, no queda evidenciada esa desproporción. En tal supuesto, independientemente de la conducta específica, es menester analizar los factores personales que adviertan la eficacia de la reforma y adaptación social del imputado como fin de la pena a imponer. En el caso, tales factores son:

a) El hecho imputado ocurrió en mayo de 2011, es decir hace más de cuatro (4) años a la fecha. En esa oportunidad, el imputado SCHAFER tenía sesenta (60) años.

b) En la actualidad, el nombrado posee sesenta y cinco (65) años y se sigue desempeñando como despachante de aduana, luego de haber sido suspendido provisoriamente en el respectivo registro con motivo de la presente causa (art. 44-1 inc. "c" del CA).

c) Su estado civil actual es viudo, con hijos que viven en el exterior del país y tiene a cargo su madre de avanzada edad con la cual convive (fs. 451 y 525).

d) A la fecha se encuentra en tratamiento de prevención cardíaca con antiagregante plaquetario de antiácido saletil salicílico (AAS), medicado además con psicofármacos para el tratamiento de trastorno depresivo mayor (Veniafaxina 37.7 mg.) –ver fs. 525-.

e) No registra ningún otro antecedente penal computable (fs. 524).

f) A partir de su declaración indagatoria de fs. 274 , siempre estuvo a derecho, cumpliendo incluso sus obligaciones en ocasión de irse de viaje (ver el respectivo incidente). No estuvo en momento alguno privado de su libertad. Su procesamiento fue sin prisión preventiva (fs. 291).

g) En otras palabras, si bien en abstracto la escala penal del art. 865 del CA no resulta desproporcionada con la conducta que reprime, la irrazonabilidad en su mínimo (por la imposibilidad de la suspensión de la pena de prisión) deriva, en el caso concreto, de las circunstancias personales del imputado

SCHAFER. Tales circunstancias, específicas y propias de cada causa e imputado, deben dar suficiente respuesta a lo proporcional o no de la pena amenazada en abstracto (ver el caso "Agüero Julio César" fallado por el Tribunal el 03/06/15 en donde, por las propias características del hecho y de las circunstancias personales del imputado se descartó la irrazonabilidad constitucional y convencional del mínimo de cuatro años y seis años de la pena de prisión del art. 866 del CA). Consecuente con ello, en el presente caso, la sumatoria de circunstancias personales aludidas dan pie a sostener que la aplicación del mínimo de cuatro (4) años de prisión de cumplimiento efectivo no parece responder a fin resocializador alguno respecto al imputado y, antes al contrario, dicho fin resultará claramente distorsionado (CSJN Fallos 322:372). Como lo dispone también el art. 5 apartado 6 del Pacto de San José de Costa Rica, las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (también el art. 10 apartado 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). La propia CSJN, en un caso de aplicación de penas a menores de edad, sostuvo que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados **impone el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento** (Fallos 328:4343). Cuando ello no sea así en tanto las propias características del caso adviertan que dicha finalidad de resocialización se logrará sin los efectos nocivos de todo encarcelamiento, la ciega aplicación de una pena de prisión a cumplir no responderá a ningún estándar mínimo de justicia[2]. Como se ha dicho, la CSJN sostuvo que la

Dr. LUIS OCTAVIO LOSADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

[2] En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que las circunstancias especialmente penosas de

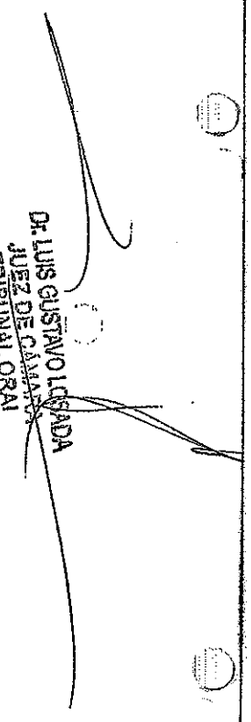
proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal puede ser aceptada en un estado de derecho (Fallos 312:857 op. disidente y 314:424 ya citados). En ese sentido, el cumplimiento de tal pena por parte de SCHAFER en un establecimiento carcelario o incluso en su propio domicilio por un espacio mínimo superior de dos (2) años y seis (6) meses (art. 13 del CP) a partir del lapso de prisión pedido por los acusadores (cuatro años) resulta desproporcionado a hoy respecto a la conducta cometida y sus condiciones personales (en particular su edad, su situación familiar y sus problemas de salud). La razonabilidad constitucional de una determinada pena sólo debe importar en su ejecución las mortificaciones naturales que deriven de ella. Cuando dichas mortificaciones exceden dicho alcance, la pena deja de ser razonable y, por ende, constitucional CSJN Fallos 312:857) . Así como la renuncia objetiva a la verdad es incompatible con una correcta administración de Justicia, un Estado democrático de Derecho no puede consagrar soluciones injustas a los conflictos a sabiendas de tal injusticia. Parafraseando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Constitución es un instrumento vivo a interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales y el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implica, paralela y ineclutablemente, una mayor firmeza en la apreciación de las restricciones a los valores fundamentales de las sociedades democráticas (casos "Semouni c. Francia" del 28/07/99 y "Ocalan c. Turquía" del 12/03/03).

78. De acuerdo a lo expuesto, será declarado inconstitucional el art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de su

algunos establecimientos carcelarios, incluso aunque las mismas no se deban a la intención de humillar, lesiona el derecho a no sufrir tratos degradantes consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (caso "Kalashnikov c. Rusia" de 15/07/02). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido particularmente severa respecto a la obligación de los Estados miembros en orden a la organización de sus sistemas carcelarios (ver en ese sentido el informe del 18/03/13 respecto al deber de la República de Honduras de adaptar sus cárceles a las condiciones mínimas de respeto a la dignidad de las personas).

escala de prisión por lesión al derecho del imputado a la proporcionalidad de las penas y, a su partir, será aplicada una pena de prisión que permita su cumplimiento en suspenso, esto es, tres (3) años o menos (arts. 26 del CP y 861 del CA). Ello, sin perjuicio de imponer también el resto de las penas del art. 876 del citado texto legal.

79. Toda vez que el control de constitucionalidad efectuado ha concluido con la irrazonabilidad, en el caso, del mínimo de la pena de prisión del art. 865 del CA, el control de convencionalidad deviene abstracto por coincidir sustancialmente con la solución a la cuestión. La prioridad en los controles judiciales de constitucionalidad y convencionalidad la tiene el primero de ellos pues deviene obvio el deber interno de evitar lesiones a los derechos consagrados en la Carta Magna.



Graduación de las penas

80. En el presente capítulo se tratarán, según corresponda, las agravantes y atenuantes de las penas a aplicar, conforme lo normado por los arts. 40 y 41 del CP.

a) Agravantes: Se trata de un (1) hecho constitutivo de contrabando de mercaderías –muebles- con presentación ante el servicio aduanero de documentación falsa. El valor en plaza de tal mercadería, a la fecha de los hechos, era inferior a pesos cien mil ($100.000) que, de no mediar la agravante ya aludida hubiera quedado en la infracción de contrabando menor –art. 947 del CA; ver despacho de importación-. De estar a ello, la propia norma legal del art. 865 inc. "f" del CA agota en el caso el proceder de que se trata (la naturaleza de la acción) y no cabe pues su nueva valoración como agravante de la pena.

También está en la propia construcción de la norma del art. 863 del CA como elemento del tipo el ardid o engaño de la acción u omisión. Por ello mismo, si bien no es posible aludir a tal fraude genérico como agravante de la pena sí en cambio lo es la particularidad del mismo en cuanto a su mayor o menor entidad para

vulnerar el bien jurídico control aduanero (CFCP, "Gianetti Liviana y De Palma Patricia Mabel", sala II, 272/10). En ese sentido, el ardid desplegado –presentación ante el servicio aduanero de documentación falsa- resulta también agotado en la propia descripción de la norma del art. 865 inc. "f" del CA. Consecuente con ello, no cabe computar como agravante en el caso la naturaleza de la acción y medios empleados.

Extensión del daño y peligro causados: tampoco se aplicará esta pauta de agravación de la pena a imponer por cuanto, como en los supuestos anteriores, el daño y peligro corrido por el respectivo bien jurídico queda subsumido en la propia descripción de la conducta típica.

Miseria o dificultad para ganarse el sustento propio: De acuerdo a la letra expresa del art. 41 apartado 2 del CP no existieron en el caso del imputado SCHAFER miseria o dificultad alguna para ganarse el sustento propio necesario como lo prueba su educación y experiencia laboral (virtuales veinte años de ejercicio, a la fecha de los hechos, como despachante de aduana). Tal pauta se aplicará como agravante.

b) Atenuantes: Como se sostuviera en el caso "Alarcón César Augusto", una consideración respetuosa del principio de culpabilidad por el hecho sólo admite la consideración de aspectos de la personalidad del imputado relevantes sólo como atenuantes, por razones preventivo especiales (CFCP, sala II, 12/08/10; también CSJN en Fallos 315:1658). En ese sentido, se tienen presentes:

La ausencia de antecedentes (fs. 524). Esta pauta debe ser necesariamente evaluada como atenuante en el caso pues advierte una conducta anterior del imputado alejada de cualquier conflicto con la ley penal (art. 41 inc. 2° del CP). Como se dijera, su consideración en el caso no resulta irrelevante pues da cuenta de una vida precedente arreglada a derecho, con respeto a la ley y, por ende, fuera de la situación particular por la que será condenado. En otras palabras, una expectativa cierta de resocialización (prevención especial).

La favorable impresión personal recibida a lo largo del debate. En ese sentido, la correcta presentación del imputado, su predisposición a declarar, responder preguntas de todas las partes y satisfacer las invitaciones del Tribunal (vgr. respecto a aportar copias de su internación hospitalaria en 2011) y su atención a todo lo que allí ocurrió.

Su situación familiar: viudo, con madre de edad avanzada a cargo con la cual convive.

Su estado de salud: como se dijera, padece un trastorno depresivo mayor y se halla en tratamiento de prevención cardíaca.

Conducta y efectos posteriores al hecho: ya se ha dicho que el imputado siempre estuvo a derecho. Dentro de esta pauta de valoración, se computa expresamente la suspensión provisoria del imputado como despachante de aduana, a tenor del art. 41 del CA.

Efectos accesorios de la condena: En ese sentido, fuera de las penas accesorias a imponer tanto por la autoridad judicial como la aduanera, la condena firme por contrabando a aplicar implicará también su eliminación sin más trámite en el Registro de Despachantes de Aduana (art. 45-1 inc. "a" del CA) y, con ello, su reconocida fuente de ingresos económicos.

Causales de inimputabilidad o justificación

81. En el caso, no media causal alguna de inimputabilidad o justificación respecto al imputado SCHAFER (art. 34 del CP). En el alegato del Sr. Defensor se aludió repetidas veces a la particular situación que atravesaba el imputado al momento de los hechos con motivo del fallecimiento de su esposa, situación que derivó en una internación en un establecimiento sanitario bajo el estado depresivo con "cuadro vertiginoso" (ver copias de la respectiva historia clínica e informe de fs. 525). Más allá de tales datos, no se encuentra acreditado suficientemente que tal estado hubiera impedido al nombrado SCHAFER comprender la criminalidad de sus actos o, en el caso concreto, las circunstancias de obtención

JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

de la documentación falsa con conocimiento y voluntad de la misma.

82. En función de todo lo expuesto, consideradas las agravantes y atenuantes aplicables al imputado SCHAFER para la fijación de las penas por la comisión del hecho aludido, la jurisdicción acotada del Tribunal al respecto (arts. 876 incs. "c", "d", "e", "f" (referida a las fuerzas de seguridad) y "h" y 1026 inc. "a", ambos del CA), las escalas penales de las cuales se parte y oídas que fueron acusación y defensa, coincidiendo con la propuesta de los votos que antecede, el Tribunal deberá:

a) DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión.

b) CONDENAR a Ernesto Oscar SCHAFER, cuyas demás condiciones personales obran en autos, como autor del delito tentado de contrabando simple agravado por haber mediado presentación ante el servicio aduanero de documentación falsa (arts. 45 del CP y 863, 865 inc. "f" y 871 del CA), a sufrir las siguientes penas:

1. TRES (3) AÑOS DE PRISION, suspendida en su cumplimiento (art. 26 del CP). Las razones dadas en orden a su situación familiar, laboral y de salud eximen tanto de disponer su cumplimiento efectivo como de fijar reglas de conducta (art. 27 íd.).
2. PERDIDA DE LAS CONCESIONES, PRIVILEGIOS Y REGIMENES ESPECIALES DE QUE GOZARE. Esta pena está prevista en el art. 876 apartado "b" del CA por el delito de contrabando y ha sido solicitada expresamente por las partes acusadoras. De acuerdo a ello, tal pena le será aplicada en forma efectiva.
3. INHABILITACION DE SEIS (6) MESES PARA EL EJERCICIO DEL COMERCIO (art. 876 inc. "e" del CA): Su cumplimiento también será en forma efectiva.
4. INHABILITACION ABSOLUTA PARA DESEMPEÑARSE COMO FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO: Esta pena también fue

requerida por las partes acusadoras. En virtud de lo normado por el art. 876-1 inc. "h" del CA corresponde su aplicación en la proporción que allí se establece. Se le impondrán en consecuencia SEIS (6) AÑOS de tal inhabilitación, a partir del monto de TRES (3) AÑOS impuesto como pena de prisión.

5. INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA PARA DESEMPEÑARSE COMO MIEMBRO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD. Corresponde su aplicación en los términos citados del art. 876-1 inc. "e" del CA.
6. COSTAS: Cabe su imposición a tenor de los arts. 29-3 del CP y 530 del CPP.

83. En lo demás, se remite al voto que antecede.

Por todo ello, arts. 398 y 399 del CPP, el Tribunal

RESUELVE:

I.- NO HACER LUGAR al pedido de suspensión de juicio a prueba solicitado por la defensa del imputado **Ernesto Oscar SCHAFER.**

II.- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del art. 865 del CA en lo relativo al mínimo de la pena de prisión.

III.- CONDENAR a **Ernesto Oscar SCHAFER**, cuyos demás datos personales obran en la presente, como autor del delito de contrabando previsto en el art. 863 del Código Aduanero, agravado en los términos del art. 865 inc. f) del mismo cuerpo legal en grado de tentativa (art. 871 del CA), en orden al hecho por el cual mediaran requerimientos de elevación a juicio a sufrir las siguientes penas,

a) TRES(3) AÑOS de PRISIÓN, de cumplimiento en suspenso;

b) PÉRDIDA de las concesiones, regímenes especiales, privilegios y prerrogativas de que gozare (art. 876, apartado 1 inc. "d" del CA);

c) INHABILITACIÓN ESPECIAL de SEIS (6) MESES para el ejercicio del comercio (art. 876, apartado 1 inc. "e" del CA);

Dr. LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CAMARA
TRIBUNAL ORAL

d) INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETUA para desempeñarse como miembro de las fuerzas de seguridad (art. 876, apartado 1 inc. "f" del CA);

e) INHABILITACIÓN ABSOLUTA de SEIS (6) AÑOS para desempeñarse como funcionario o empleado público (art. 876, apartado 1 inc. "h" del CA);

IV.- IMPONER al imputado **Ernesto Oscar SCHAFER** el pago de las costas causídicas (arts. 403, 530, 531 y 533 del CPP y 29 inc. 3 del CP).

V.- EXTRAER TESTIMONIOS en los términos solicitados por la Sra. Fiscal General.

VI. EXHORTAR al Poder Legislativo en términos que se fundamentan en el considerando respectivo.

VII.- SUSPENDER la regulación de los honorarios profesionales del letrado defensor Dr. Nicolás MACIEL y las letradas querella Dras. Gladys VARELA y Laura RODRÍGUEZ CAMPOS, hasta tanto acompañen su clave única de identificación tributaria (CUIT) y su calidad frente al impuesto al valor agregado (IVA).

VIII. TENER PRESENTES las reservas de ocurrir en casación y del caso federal oportunamente formuladas por las partes.

Regístrese, notifíquese y oportunamente ARCHÍVESE.

Dr. [illegible]
Juez de Cámara

Dr. LUIS GUSTAVO LOSADA
JUEZ DE CÁMARA
TRIBUNAL ORAL

ANTE MI

24