

S u p r e m a C o r t e:

-I-

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico resolvió revocar el punto II de la resolución absolutoria de primera instancia y, en consecuencia, condenar a la firma Cristalux S.A. y solidariamente a Carlos Günter Boysen, José Antonio Cipriano Albisu y Alfredo Joaquín Gandolfo, ex presidente, vicepresidente y tesorero, respectivamente, a las penas de multa equivalente a una vez el monto de la operación infringida, suspensión por dos años para operar o intermediar en cambios, e inhabilitación por ese mismo lapso para actuar como importador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para ello, por violación al régimen penal cambiario (artículo 1º, incisos "e" y "f", y artículo 2º, inciso "f", de la ley 19.359).

Contra dicho pronunciamiento, el defensor del imputado Alfredo Joaquín Gandolfo interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria, dio origen a la formulación de la presente queja (fojas 21/34 vuelta).

-II-

Al momento de evaluar la participación culpable de los nombrados en el hecho objeto del proceso, el a quo sostuvo que no resultaba procedente sustentar la atribución de responsabilidad exclusivamente sobre la base de los cargos que aquellos ocupaban en la empresa a la época del suceso ilícito, pero también expresó que la insuficiencia de ese elemento objetivo no implicaba soslayar su utilidad si es que, después de ser meritudo junto a los demás elementos de prueba incorporados en la causa, contribuía a formar la certeza requerida para fundamentar una sentencia definitiva.

En esa línea de argumentación, destacó la necesidad de precisar las circunstancias que los encausados habrían

conocido con motivo de sus funciones. Así, afirmó que de las constancias agregadas a la causa no surgía que Cristalux S.A. tuviera una estructura importante, fuera una empresa con una actividad con cierto grado de complejidad en relación a otras dedicadas al mismo rubro, o que en su desenvolvimiento se hubiera dado una derivada delegación de funciones como para que Boysen, Albisu y Gandolfo no estuvieran al tanto de que se exportaban artículos de vidrio para beber y de la ausencia de ingreso del contravalor en divisas proveniente de las operaciones de comercio exterior cuestionadas.

2. La defensa planteó el remedio federal con base en la doctrina elaborada por V.E. sobre arbitrariedad de sentencias, sosteniendo que el pronunciamiento apelado adolece de defectos que lo descalifican como acto jurisdiccional válido, con menoscabo de las garantías de defensa en juicio y debido proceso.

Escudada en esa causal, dirigió su ataque a cuestionar la extensión de responsabilidad atribuida a Gandolfo de acuerdo con lo que establece el artículo 2º, inciso "f", de la ley 19.359 para los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal que hubiesen ejecutado la infracción cambiaria.

a. En tal sentido, expuso que la decisión condenatoria no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa, porque sustenta la intervención material del nombrado en afirmaciones dogmáticas, basadas en una genérica referencia a los elementos de juicio colectados en autos.

b. Alegó también que, de manera errónea, los jueces de la alzada le arrojaron a su defendido la función de director de Cristalux S.A., como elemento decisivo para determinar

una expectativa de conocimiento sobre el hecho que se le imputa, siendo que Gandolfo siempre se desempeñó como empleado en relación de dependencia, a cargo de la tesorería, y jamás integró el órgano de gobierno de esa firma.

En cuanto a este punto, señaló que no existe en la causa ninguna probanza que lo vincule con la puntual operación de exportación que ha dado lugar a la sentencia condenatoria.

c. Asimismo, reprochó al a quo la omisión de valorar prueba desincriminatoria no controvertida en el caso, por la cual esa parte había acreditado la condición de tesorero que revestía el imputado al momento de los hechos, las funciones que ejercía y su incompetencia en relación a las ventas efectuadas al exterior, respecto de las cuales entendía otro sector de la empresa distinto al suyo.

Finalmente, adujo que la decisión de la Cámara lesionó la garantía de doble instancia, al privarle a su defendido la posibilidad de proponer ante un superior tribunal un amplio control de los hechos y el derecho puestos en pugna.

3. De acuerdo con la opinión del fiscal, el a quo rechazó la apelación federal al considerar que el impugnante pretende generar un nuevo examen sobre cuestiones ya valoradas y resueltas por ese tribunal. Expresó que el pronunciamiento recurrido se halla debidamente fundado, y que los agravios propuestos sólo trasuntan meras discrepancias con el criterio dado sobre temas fácticos, probatorios y de derecho procesal, que constituyen una facultad propia de los jueces de la causa y, por regla general, no susceptibles de revisión en esta instancia de excepción.

Mediante el recurso de hecho la defensa insiste en la persistencia de cuestión federal por arbitrariedad y sostiene que la Cámara se erigió en juez de su propia actuación, al ingresar en el análisis de lo sustancial del remedio ex-

traordinario, cuando sólo debió limitarse a decidir sobre sus aspectos formales. Se agravia, por último, que no se haya expedido en relación a la garantía de doble instancia invocada.

-III-

A mi modo de ver, ni el recurso federal ni el de hecho, cumplen el requisito de la debida fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la ley 48.

1. a. Recordemos que la primera causal de arbitrariedad alegada tiene que ver con que el a quo habría fundado su certeza, respecto a la intervención material de Gandolfo, sobre afirmaciones dogmáticas, respaldadas en una genérica alusión a los elementos de prueba acumulados en autos.

En particular, la defensa se agravia de que la Cámara omitiera señalar en qué constancias de la causa se apoyó para sostener que: a) Cristalux S.A no tenía una estructura importante; b) no era una empresa con una actividad de cierta complejidad en relación a otras del mismo rubro; y c) no se había dado en su desenvolvimiento una delegación de funciones; y deducir, a partir de ello, que el nombrado y los demás imputados estaban al tanto de las operaciones de exportación de artículos de vidrio para beber, así como de no ingresar su contravalor en divisas.

Ahora bien, aún cuando las premisas utilizadas por ese tribunal puedan resultar criticables por su generalidad o imprecisión en cuanto al material probatorio que les habría dado sustento, lo cierto es que la parte no demostró con eficacia las razones por las cuales habría resultado irrazonable la construcción lógica elaborada por los jueces para concluir del modo en que lo hicieron.

En efecto, no logró poner en evidencia que aquellas afirmaciones resulten concluyentes y decisivas para fundar la

responsabilidad penal en cabeza de los imputados, al extremo que, suprimidas hipotéticamente, el elemento subjetivo de la conducta ilícita imputada, integrado por el conocimiento de la omisión de ingreso y liquidación del contravalor de las divisas originadas de la exportación instrumentada en el permiso de embarque denunciado en el formulario 1519 de fojas 65 del principal, quedare afectado con virtualidad suficiente para excluir el dolo.

Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que la infracción por la cual Cristalux S.A., y solidariamente Carlos Günter Boysen, José Antonio Albisu y Alfredo Joaquín Gandolfo fueron condenados, responde a la omisión de un mandato legal que les imponía el deber de cumplir con el ingreso al país y la negociación en el mercado único de cambios de las divisas obtenidas en operaciones de exportación de productos nacionales, dentro de los plazos establecidos por la pertinente reglamentación (artículo 1º del decreto 2581/64); exigencia a la cual debían ajustarse bajo pena de incurrir en las responsabilidades penales previstas en el artículo 1º, incisos "e" y "f", de la ley 19.359, por su desempeño remiso.

Además, la conducta en debate no requiere, para su configuración típica, ánimo de realización, siendo bastante, en cambio, el mero conocimiento, y la aceptación voluntaria del no hacer, del estado de incumplimiento, para atribuir responsabilidad en los delitos de omisión.

Volviendo a los defectos de fundamentación del recurso, es dable señalar, de otro lado, que una necesidad lógica lleva a sostener que por las funciones que los imputados ejercían en Cristalux S.A., las operaciones de exportación de productos de vidrio para beber no podían resultarles extrañas. A ésta conclusión arribó la Cámara y no fue refutada por el apelante en ningún pasaje de su exposición recursiva.

A lo expuesto, cuadra sumar también que la defensa nada opuso con respecto al argumento del a quo vinculado con la noción, por parte de los encausados, de la mayor utilidad económica que habría implicado para esa firma la concreción de la exportación sin el cumplimiento de las condiciones normativas vigentes a la época del suceso incriminado, y del interés en las razones por las cuales el monto omitido habría resultado un beneficio mayor para esa sociedad.

Deviene apropiado formular ésta observación, pues, tales aserciones también conformaron los fundamentos que luego determinaron el convencimiento de los jueces sobre la participación culpable de Gandolfo y sus consortes de causa en el hecho.

b. Como segunda causal de arbitrariedad, el recurrente sostuvo que, erróneamente, el a quo le habría adjudicado al nombrado el rol de director de la firma, como factor determinante para imputarle responsabilidad en la ejecución de la conducta ilícita.

La defensa dedujo este razonamiento a partir de lo expresado por la Cámara en el considerando 10º de su pronunciamiento condenatorio, cuando, al referirse a la mayor utilidad económica de la que hablamos precedentemente, afirmó que éste elemento *"...no pasó desapercibido para los integrantes del directorio de aquella sociedad ni, mucho menos, ser considerado una circunstancia poco relevante por aquellos directores, habida cuenta de que la exportación de artículos de vidrio para beber constituía la actividad habitual de la sociedad"* (el subrayado me pertenece).

A mi manera de ver, pienso que la parte equivoca su reflexión, pues, aún cuando debieron extremarse los cuidados al momento de hacer particular alusión al cargo que revestía cada uno de los imputados en la empresa al tiempo de ocurrido

el suceso ilícito, lo claro es que no cabe dar por sentado, únicamente sobre la base de las afirmaciones transcriptas, que la Cámara haya pretendido asignarle a Gandolfo una función de gobierno de la sociedad que no le competía, al único efecto de atribuirle su participación material en el hecho, ya que ello no surge expresamente del fallo. En consecuencia, lo alegado resulta insuficiente para tener por cierto, como lo hace la parte, que la condena aplicada a los infractores se asiente exclusivamente sobre los presupuestos de la responsabilidad objetiva, por la mera circunstancia funcional.

De todos modos, la defensa tampoco llega a justificar que ausente el error reprochado, el nombrado igualmente pueda sustraerse a la imputación por su falta de competencia en relación a las ventas internacionales que realizaba la firma y, en particular, respecto de aquella que dio origen a la obligación omitida.

Ello así, por cuanto el imputado, en su condición de tesorero de Cristalux S.A., había sido investido por el órgano de gobierno con amplias facultades (vgr. administrativas, financieras, bancarias, judiciales y de actuación ante reparticiones públicas, como la Administración General de Aduanas), para ejercerlas -en forma individual o conjunta con otros gerentes- en nombre y representación de la mentada firma (ver poderes especial y general a fojas 224/284). Sin embargo, el apelante no logra demostrar con exactitud que las derivadas de este tipo de actividades -comercio exterior- le hayan sido relevadas expresamente por su mandante a la época del negocio cuestionado, sin que a tal fin valga la sola mención que efectúa de dicha circunstancia.

Recuérdese que en los casos de hechos ilícitos contemplados en la ley 19.359 está a cargo de los imputados la demostración de las razones exculpatorias que aleguen (Fallos:

301:996 y su cita). Doctrina que no importa dejar a un lado el principio de presunción de inocencia que tiene vigencia en materia penal (Fallos: 301:618; 303:1065). Por el contrario, el alcance que a ella corresponde dar es el de entender que quien, frente a una conducta que se tiene por cierta, invoca la concurrencia de circunstancias o causales de excepción merced a las cuales se sustraería a la sanción penal, debe demostrarlas, lo que es muy distinto a que el sospechado pruebe su inocencia, o la falsedad de la imputación (Fallos: 306:1347).

La intensión de la defensa por desvincular a Gandolfo de la exportación generadora de la obligación infringida, también queda sin sustento al no haber controvertido la particularidad de que el nombrado se halle sindicado en el reverso del formulario de denuncia 1519 como uno de los presuntos responsables de dicha operación (fojas 65 del principal), y de aquellas cuya infracción se declaró su prescripción en primera instancia (fojas 41 y 55 del principal). Con lo cual, cabe descartar lo afirmado por el apelante en el sentido de que no existe ningún elemento de prueba que ligue al imputado con la puntual operación que motivó la sentencia condenatoria, ni con ninguna otra investigada.

Así las cosas, no se advierte -ni se demuestra- que la Cámara se hubiere apartado del criterio de personalidad de la pena -reconocido por V.E. en materia tributaria, pero que también sería de aplicación analógica para casos como el sub judice-, cuya esencia responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible pueda serle atribuida tanto objetiva como subjetivamente (Fallos: 271:297; 303:1548; 312:149, entre otros).

c. Las consideraciones precedentes me permiten,



asimismo, propiciar el rechazo del agravio relacionado con la omisión por parte del a quo de valorar el material probatorio producido en la instancia sumarial (descargo del procesado y testimonios de dos empleados administrativos y del gerente de exportaciones e importaciones de Cristalux S.A). Estimo ello así, por cuanto la arbitrariedad por no valoración de la prueba requiere no sólo su cita o indicación, sino la demostración de su eficacia y pertinencia para alterar la solución dada en el litigio (Fallos: 286:142; 302:285; 304:769; 307:2281, entre otros), tarea ésta que la parte no realizó cabalmente.

Aún más, esa doctrina impone también una manifiesta prescindencia del material probatorio (Fallos: 302:806), lo que no puede predicarse en el caso de autos, pues el a quo sí consideró dichos elementos de prueba al momento de tener por acreditada la materialidad de la infracción que es motivo de reproche (ver considerando 6º del pronunciamiento condenatorio).

En consecuencia, sólo resta recordar lo sostenido tantas veces por el Tribunal, en cuanto a que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la solución de las cuestiones que le son privativas, ni abrir una tercera instancia para debatir temas no federales, en particular cuando no se advierte -ni se comprueba- que la sentencia constituya una expresión de la mera voluntad del juzgador ni que contenga fallas graves de fundamentación que justifiquen invalidar lo resuelto (Fallos: 306:1395). Ello así, toda vez que, por su estricta aplicación, dicha causal no resulta apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y derecho común, a través de los cuales los magistrados de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su

jurisdicción excluyente (Fallos: 311:1950).

2. De otro lado, estimo que idéntico destino negativo debería correr el agravio formulado en la queja, relativo a que el a quo, al denegar el remedio federal, habría ingresado en el análisis de la cuestión de fondo, expidiéndose sobre la bondad de la sentencia condenatoria y erigiéndose en juez de su propia actuación.

En efecto, de adverso a lo que postula la parte, pienso que la Cámara sólo se limitó a realizar un estudio mínimo y preliminar del planteo de arbitrariedad interpuesto, dentro de los parámetros que la Corte tiene establecidos para el tribunal superior que examina la admisibilidad de esta causal de estricto carácter excepcional (Fallos: 310:1789; 311:64; 313:934; 315:1580 y 316:2844, entre otros).

-IV-

Por todo lo expuesto, soy de la opinión que V.E. debe rechazar la presente queja.

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2004.

Luis Santiago González Warcalde

ES COPIA