

KLEIN, Juan Carlos; ORTMAN, Arsenio Santiago - KRANEWITTER, Carlos José; LELL, Walter Oscar -Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de Funciones Públicas S/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA - Expte. N° 4701

///-CUERDO:

En la ciudad de **Paraná**, Capital de la Provincia de **Entre Ríos**, a los **nueve** días del mes de **junio** del año **dos mil diecisiete**, reunidos los señores Miembros de la **Sala N° 1 del Excmo. Superior Tribunal de Justicia** de la Provincia de **Entre Ríos**, a saber: Presidente, Dr. **DANIEL OMAR CARUBIA**, y Vocales, Dres. **CLAUDIA MONICA MIZAWAK** y **EMILIO EDUARDO AROLDO CASTRILLON** –*subrogante*-, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **Noelia Virginia Ríos**, fue traída para resolver la causa caratulada: "**KLEIN, JUAN CARLOS - ORTMAN, ARSENIO SANTIAGO - KRANEWITTER, CARLOS JOSÉ - LELL, WALTER OSCAR - NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA - IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA**".-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: **Dres. CARUBIA, MIZAWAK y CASTRILLON**.-

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

¿Qué corresponde resolver?

A LA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, Dr. CARUBIA, DIJO:

I.- Por sentencia de fecha dieciocho de diciembre de 2015 la Cámara de Casación Penal **hizo lugar** a los **recursos de casación** de fs. 586/594vlto., 595/612vlto. y 613/614vlto., interpuestos contra la sentencia de fecha 10/9/14, dictada por la Cámara del Crimen, Sala II, de Paraná -conformada en la oportunidad por los Dres. Grippo, Zilli y Badano-, que resolvió **condenar a Juan Carlos Klein y a Carlos José Kranewitter a la pena de UN AÑO Y UN MES DE PRISION DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL CON MAS INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA PARA EJERCER CARGOS PUBLICOS** -arts. 265 y 45 del C.P. - por el delito de **NEGOCIACIONES**

INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS, y a Arsenio Santiago Ortman, a la pena de UN AÑO DE PRISION DE CUMPLIMIENTO CONDICIONAL CON más INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA PARA EJERCER CARGOS PUBLICOS -arts. 265 y 45 del C.P.- por el delito de NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS y, en consecuencia, revocó las condenas y dispuso la ABSOLUCIÓN de los imputados JUAN CARLOS KLEIN, ARSENIO SANTIAGO ORTMAN y CARLOS JOSÉ KRANEWITTER en orden al delito de NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS, arts. 265 y 34, inc. 1º, del Cód. Penal.-

II.- Contra ese fallo casatorio el Fiscal de Coordinación, Dr. Rafael M. Cotorruelo, interpuso (fs. 662/680) impugnación extraordinaria provincial.-

Sostuvo que la resolución cuestionada es arbitraria porque se extralimita al interpretar el tipo penal bajo aplicación (art. 265, C. Penal) y propone una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa, la restringe al punto de su inoperancia, apartándose así de las finalidades perseguidas con su sanción. Adujo que se configura un caso de cuestión federal simple que habilita el recurso pretendido.-

Además, expuso que la doctrina de la arbitrariedad procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, que también amparan al Ministerio Público Fiscal, exigiendo que las sentencias sean suficientemente fundadas como derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las constancias comprobadas de la causa, lo que no ha ocurrido en el presente y adicionó que el Ministerio Público Fiscal está legitimado al tratarse de una sentencia absolutoria respecto de la totalidad de los imputados a cuyo respecto se pretendió condena.-

Se refirió a la presunta imputación defectuosa y explicó que una teoría del caso tiene tres componentes, una teoría jurídica, una fáctica y una

probatoria; la teoría fáctica es la que debe ser informada en la imputación, aquella de la cual deben defenderse los imputados.-

Precisó que la mera lectura del objeto procesal informado a los prevenidos demuestra que el relato contiene todas las circunstancias fácticas necesarias para abastecer cada uno de los tramos del tipo penal. Se indicó la condición de funcionarios públicos de los tres enjuiciados, que Kranewiter al momento de los hechos era propietario de un comercio ("Su Corralón"), se consignaron las 22 operaciones de compra efectuadas entre la Junta y el mencionado comercio y, en cuanto al elemento subjetivo (dolo como conocimiento de los elementos del tipo), no existe ninguna duda de que los tres incursores tenían pleno conocimiento de la doble condición de funcionario a cargo de la cartera de obras y servicios públicos y de dueño de un comercio proveedor de los insumos fundamentales para el desarrollo de las funciones de esa repartición.-

Subrayó que tanto el Tribunal como las partes sabían que la acusación versaba sobre el tipo contenido en el art. 265 del Código Penal que implica en abstracto *"interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero"* y carece de sentido la crítica que esboza el señor vocal de la Cámara de Casación en cuanto a que esta conclusión adelantada en la sentencia *"no se compadece al menos en términos literales, con las intimaciones que dieran sustento al inicio del juicio oral"*, pues no se pueden confundir los planos de la teoría jurídica y fáctica.-

Explica que el término "interesarse" es claramente un elemento normativo del tipo que no tiene por qué estar contenido en su literalidad en la imputación, por lo tanto de ninguna manera estamos en presencia de un acto infundado, como se concluye en la sentencia de casación.-

Agregó que tampoco se afectó el derecho de defensa en juicio, el Tribunal de Casación no señala en este punto cuál es el concreto perjuicio ocasionado que, en definitiva, no se produjo tal como se desprende de las acabadas defensas esgrimidas por los letrados particulares, que conocieron

desde el inicio mismo del proceso y en forma correcta los alcances de la acusación.-

Analizó el derecho de "comunicación eficaz" y consideró que mal pudieron los imputados no comprender la imputación cuando, en forma permanente, aportaron prueba de descargo, respondieron al tribunal de juicio que comprendían la acusación, efectuando sus descargos y ejerciendo sin cortapisas sus defensas materiales, por lo que de ninguna manera se encuentra afectado el citado principio de "comunicación eficaz", porque la intimación originaria fue entendible para los imputados y sus defensas técnicas.-

Concluyó que debe ser rechazada la crítica acerca de la indeterminación y/o insuficiencia de la intimación formal, porque los imputados y sus abogados defensores pudieron desplegar real y efectivamente sus descargos materiales y sus funciones defensivas. Destacó que sólo cuando surge algún vicio, defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, se produce una indefensión configurativa de nulidad.-

Analizó la pretendida falta de desarrollo y prueba del núcleo típico en el fallo de condena y expuso que se encuentran reunidos todos los elementos configurativos de la tipicidad objetiva del delito que se les endilga a los señores Klein, Ortman y Kranewiter y, a contrario de lo que afirma la Cámara de Casación, el Tribunal de Juicio explicó con solvencia en qué consiste el núcleo típico enrostrado e indica las pruebas con las cuales concluye que el mismo está acreditado. Resaltó que no se trata de una cuestión de hecho sino de derecho, porque no existió discusión sobre los extremos fácticos.-

Alegó que el tribunal revisor otorgó a la figura delictual un contenido diferente y que el vocal de primer voto confundió falta de prueba con lo que es en realidad una diferente interpretación de qué se debe probar. Adujo que está acreditada la condición de funcionarios públicos de los tres enjuiciados, que Kranewitter al momento de los hechos era propietario de la firma comercial "Su Corralón". Se determinó la existencia de 22 operaciones de compra efectuadas entre la Junta y el comercio "Su Corralón" y no existe duda acerca de que los

incurso tenían pleno conocimiento de la doble condición de funcionario a cargo de la cartera de obras y servicios públicos y dueño de un comercio proveedor de los insumos fundamentales para el desarrollo de las funciones de esa repartición, y destacó que, al no existir controversia sobre estos puntos, la discusión se centra estrictamente sobre la figura delictiva imputada, su alcance y la influencia ejercida por la reforma al tipo penal practicada por la Ley de Ética en ejercicio de la Función Pública.-

Entendió que la interpretación que efectúa el Tribunal de Casación del delito del art. 265 del Cód. Penal resulta derogatoria del mismo, explicó la evolución sufrida por la figura delictual y concluyó que ello no implica que estemos frente a un delito de resultado, porque es un ilícito de peligro y que las ideas de los autores que han tratado el tema con anterioridad (tal el caso de Nuñez, Creus y Soler) no han perdido vigencia. Citando a Soler, hizo hincapié en que lo que se tutela es el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de inclinación partiva y, en lo relativo a su consumación, carece de relevancia para considerar configurado el tipo penal el hecho de que la administración pública haya sufrido algún perjuicio de índole patrimonial o entorpecimiento administrativo o que el funcionario público o un tercero hubieran obtenido efectivamente un beneficio a raíz del contrato u operación.-

Citó profusa doctrina y jurisprudencia en respaldo de su postura y aseveró que la esencia del delito no mutó con la incorporación de los términos "*en beneficio propio o de un tercero*" que se efectuó en el año 1999.-

Recordó que las 22 operaciones de compra efectuadas por la comuna, menos una, fueron realizadas por contratación directa, las primeras 9 lo fueron en el marco de contrataciones regladas bajo la anterior Ley de Municipios N° 3001, hasta la sanción en fecha 21/4/08, durante la gestión de Klein, de la Ordenanza 05/2008 que reglamentó el régimen de compras y se aplicó en el resto de las operatorias investigadas. La operatoria "compra directa" resulta aplicable cuando la erogación no supera los cinco sueldos mínimos del escalafón municipal,

y esas formas de contratación encuentran relación directa con el bien jurídico protegido por esta figura delictiva, que implica un adelanto de la punibilidad, pues su función es evitar que se generen situaciones propicias para la comisión de los delitos de lesión y en el caso, la compra directa es la que posee mínimos mecanismos de control, ya sea concomitantes al acto o posteriores, situaciones en las que es más fácil la sustracción impune de fondos públicos.-

Precisó que la compra directa se subdivide en dos modalidades previo concurso de precios y del cotejo de precios, siendo que las compras que conforman la imputación fueron realizadas sin ningún tipo de constancia escrita o asiento que obre de respaldo y, por ende, si son menores los mecanismos que aseguran el control y transparencia, mayores son las exigencia de desempeñar un obrar imparcial en el cumplimiento del solo interés de la administración pública que se representa, pues los ciudadanos en estos casos sólo pueden limitarse a confiar en la honestidad de sus funcionarios que no se encuentran sujetos a ningún tipo de control. La eliminación de este mecanismo mínimo de supervisión que asegura la transparencia en el acto, sumado a que, quien obra de proveedor del Estado es también un funcionario que participa en la compra, implica la generación de situaciones propicias para la comisión de delitos que afectan el patrimonio público y esa situación afecta el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad.-

Con respecto a la concreta acción de "interesarse" en miras de un beneficio propio o de un tercero, consideró que el Tribunal de Juicio resultó claro y contundente al afirmar que la condición de autor es reunida por Klein en su condición de titular de la comuna y es el único con competencia para contratar y obligar a la misma frente a terceros. Klein es quien insertó en cada compra un interés particular, el interés privado de un comerciante, a la vez funcionario suyo, lo cual no se trata de una simple incompatibilidad, pues Kranewitter es el que dirigía la obra pública, no era un simple obrero municipal y su comercio estaba directamente vinculado con la obra pública.-

Esa situación era conocida por Klein al designarlo y ese interés particular de Kranewiter como comerciante no era menor; ese interés en venderle a la Junta, que en principio es legítimo, cuando asumió como funcionario al mando del área que su propio comercio abastece, se tornó incompatible en los términos del art. 265 del Código Penal, lo cual se agrava si se repara que en cada contratación acudieron al mecanismo más informal, que no permitía ningún tipo de control concomitante o posterior, cuando las circunstancias aconsejaban acudir al menos a un cotejo formal en los términos de los incs. A y B del art. 5° de la Ordenanza citada.-

Mencionó que es revelador que cada compra fue una negociación incompatible con el ejercicio de la función, la concreta intervención que le cabía a Kranewitter como Secretario de Obras Públicas y en virtud de ese cargo era quien generaba con el pedido de insumos, herramientas y otros elementos, la pertinente orden de compra que luego se hacía efectiva en su comercio, es decir que intervino en la génesis, en la conformación de la voluntad comercial de la administración pública que termina luego negociando con la misma persona en su calidad de privado.-

Expuso que Kranewitter al requerir determinadas cantidades de material y no otras, era quien condicionaba el mecanismo de control a utilizar en la compra, dependía de él comprar pocas veces por montos mayores o varias veces por montos menores para no superar los cinco sueldos mínimos y permitir que se utilice el mecanismo de compra directa, es decir, con menores controles.-

Ortman era el encargado de las compras y Klein quien compraba en nombre de la comuna y omitieron recurrir a un cotejo de precios, conforme lo requería la ordenanza promulgada en la gestión de los propios imputados.-

Indicó que no es necesario para tener por abastecido el tipo penal probar el efectivo daño a la comuna, pues de otro modo se le estaría imputando a los enjuiciados delitos más graves, efectuándose aquí el desplazamiento por concurso aparente de la figura en aplicación. Insistió en que nada agrega o quita a la incriminación que se sostiene que, durante el año 2008, la

Junta compró por cantidades similares a los dos corralones de la ciudad, pues lo que siempre interesó es que la erogación se efectuara en las mejores condiciones de mercado (defender el dinero público) y esta circunstancia en las 22 compras imputadas nunca la sabremos, porque no existe cotejo de precios asentado, al no cumplirse con la norma que así lo disponía.-

Puso de relieve que los mecanismos internos y externos de control desempeñados por la Contadora de la Junta y por el Tribunal de Cuentas, en manera alguna son datos que permitan afirmar la inexistencia del delito. Sostuvo que Unrein explicó el alcance de su labor, la cual era estrictamente formal, limitada a establecer que la erogación tenga partida presupuestaria, lo que no implica un control jurídico-penal.-

Se refirió al control efectuado por el Tribunal de Cuentas, cuyo fin es establecer la posible existencia de perjuicio patrimonial o daño fiscal, que es un dato no probado pero irrelevante en función del delito endilgado.-

Asimismo, consideró que no tiene asidero sostener que el fallo del Tribunal de Juicio no precisó cada una de las acciones desplegadas por los incursores. Klein por su rol de Presidente de la entonces Junta de Fomento, era el único con competencia para contratar y obligar al municipio frente a terceros y también es el único que puede realizar el tipo en carácter de autor, quien se interesa no en beneficio propio sino de un tercero; por su parte Ortman en su condición de Encargado de Compras y Secretario de Gobierno es partícipe necesario, al ser el funcionario encargado de instrumentar todo el proceso (generación de la orden de compras, cotejo de precios -los que no se efectuaron-), y Kranewitter también actuó en calidad de partícipe necesario pues en su condición de Secretario de Obras Públicas de la Junta era quien originaba la necesidad de compra de los materiales, las cantidades y al final del proceso lucraba con la venta de aquellos desde el negocio de su propiedad.-

Con respecto al aludido error de prohibición estimó que es sabido que no se requiere en el autor un conocimiento cierto y actual de la desaprobación jurídico penal de su obrar, sino que es suficiente un conocer actualizable y a lograr de esa antijuridicidad, siendo que esto no genera mayores

problemas en el ámbito del Derecho Penal nuclear, si plantea necesidad de precisiones en el marco del Derecho Penal accesorio, donde debe ubicarse al tipo contenido en el art. 265 del Cód. Penal y puede que el sujeto no se represente que su obrar contraría el orden jurídico, no obstante lo cual, resulta igualmente susceptible de reproche penal, si el sujeto está en una posición o situación en la que ese conocimiento era alcanzable y, con mayor razón, si la persona tiene dudas respecto de esa posibilidad, lo cual lo coloca en el ámbito del conocimiento eventual de la antijuridicidad.-

Entendió que en el caso, los tres incurso obraron en la emergencia con un "conocimiento eventual de la antijuridicidad", porque si bien no contaron con un conocimiento cierto y seguro acerca de la desaprobación jurídico penal de los actos que protagonizaron, existían dudas respecto de la regularidad y conformidad a derecho de las compras en cuestión, debido a la situación de doble rol que detentaba Kranewitter e inclusive ello fue objeto de conversaciones informales por arte de los incurso Klein y Ortman, con el asesor contable, contador Juan Carlos Rosin, y el asesor legal, Dr. Dalinger, y esos profesionales no despejaron ninguna duda. En el caso de Rosin ninguna competencia tenía para despejar las dudas porque no poseía un vínculo formal con la Junta, no es un profesional del derecho y si bien en la audiencia afirmó que le dijo a Kranewitter que no había inconvenientes en que se le comprara al corralón de su propiedad, también agregó que si la compra se hubiese hecho directamente el imputado no sólo sería reprochable sino ilegal la misma.-

Manifestó que el Dr. Dalinger expresó que había una situación de incompatibilidad pero no había problemas si Kranewitter no aparecía sugiriendo o indicando el comercio en que la comuna debía efectuar la compra y resaltó que Kranewitter era quien, además de iniciar con su pedido el proceso de comprar, era la persona que cobraba, pues junto a Lell resultó ser el propietario del comercio proveedor por más que -como afirmó ingenuamente Klein- no recordó haber firmado nunca un cheque a nombre de su Secretario de Obras y que sólo libró cheques a nombre de Lell.-

Se preguntó que si supuestamente no había ningún tipo de problemas en comprar en el corralón de Kranewitter, por qué se preocupaban en que el nombrado no figure en forma nominal en los cheques extendido al Corralón de su propiedad. Evidentemente que la situación de duda existía, aún con las consultas efectuadas y era deber de los funcionarios despejarlas.-

Afirmó que existía un conocimiento eventual de la antijuridicidad y no un conocimiento cierto parangonable en el ámbito del tipo al dolo directo, que en todo caso disminuyó o atenuó la culpabilidad o el peso del reproche y, por ese motivo, el Tribunal de Juicio, en forma acertada, concluyó en la inexistencia del alegado error de prohibición exculpante.-

Con respecto a Kranewitter sostuvo que ni siquiera se interesó en consultar o esclarecer el tema de su situación de funcionario y proveedor del Estado y se intentó alegar que por su falta de instrucción o preparación no tuvo posibilidad de reflexionar que su obrar era contrario a derecho y no llegó a la etapa de "autoreflexión", lo que fue adecuadamente rebatido por el Tribunal de Juicio.-

Concluyó sosteniendo que los imputados son susceptibles de culpabilidad, pudiendo recibir el reproche jurídico penal por las conductas atribuidas y comprobadas en su ilicitud.-

Propuso como solución que se deje sin efecto la sentencia que absolvió a los imputados Klein, Otman y Kranewitter por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas y que se disponga el reenvío a la instancia casacional a los fines de que un nuevo tribunal se expida. Efectuó además la reserva del "caso federal".-

III.- Resuelto correr traslado de la impugnación extraordinaria articulada, por el término de cinco días, a cada parte interviniente (fs. 701/vta.), se pronunciaron el Ministerio Público Fiscal y las defensas de los encartados Klein y Ortman.-

III.1.- El representante del Ministerio Público Fiscal recurrente, Dr. Cotorruelo, se pronunció acerca de los recaudos de admisibilidad del recurso interpuesto y ratificó su postura respecto a que la resolución atacada es

arbitraria porque se extralimitó al interpretar el tipo penal bajo aplicación (art. 265 del C.Penal) y propuso una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa, ya que la restringe al punto de su inoperancia, apartándose de las finalidades perseguidas con su sanción.-

Desarrolla una extensa argumentación reiteratoria de todos y cada uno de los motivos fundantes de la impugnación oportunamente deducida y, finalmente, repite su propuesta de que se deje sin efecto la sentencia que absolvió a los imputados Klein, Ortman y Kranewitter, por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, y se disponga el reenvío a la instancia de casación a los fines de que un nuevo tribunal se expida.-

III.2.- El Dr. Nelson Schlotahuer, defensor técnico de Arsenio Santiago Ortman, evacuó el traslado dispuesto (fs. 722/726vlto.) y sostuvo que el Ministerio Público Fiscal discute y rediscute en las distintas instancias exactamente lo mismo.-

Se refirió a la posibilidad del órgano acusador para recurrir una sentencia absolutoria y opinó que el problema del doble juzgamiento, ya sea con la solución del reenvío o la asunción de competencia positiva con el dictado de la revocación de la absolución, genera un agravio a la garantía constitucional de reconocer recurso sólo al acusado, no existiendo esta potestad en cabeza del Estado. Peticionó que se tenga en cuenta el criterio de por sí restrictivo de la admisión de este recurso.-

Precisó que el hilo conductor del argumento del voto del Dr. Chaia es la prevalencia del principio de congruencia entre la acusación inserta en la imputación y la descripción que existe en la norma penal y, a diferencia de lo que sostiene el Ministerio Público Fiscal, el verbo “interesarse” debe corporizarse en conductas concretas que deben mencionarse en la acusación. Dijo que es falso que la defensa no haya sufrido perjuicio porque los abogados de los imputados debieron desarrollar distintas posturas dada la generalidad de la acusación, dónde cada juez optó por una argumentación distinta, imputándose un delito sin

mencionar la acción concreta. En suma, si existió perjuicio y socavamiento a la defensa en juicio.-

Analizó el tipo penal del artículo 265 de la ley sustantiva y sostuvo que se exige dolo directo y es necesario que el agente sea “doble parte” en el contrato y debe haberse interesado en un contrato o en una relación, introduciéndose en la voluntad negociadora de la administración pública, orientando la misma para producir un beneficio y es trascendental que se describa en la imputación en qué consistió el “interés espurio” para obtener el beneficio para sí o terceros.-

Adujo que la afectación al bien jurídico tutelado por la norma no puede ser declamatoria, sino que debe concretarse por vía de lesión o de peligro, y remarcó que en este caso no se demostró ni probó la existencia de un beneficio para sí o terceros. El bien jurídico tiene por función delimitar la aplicación del poder punitivo y esa actividad no se cumple cuando al peligro sólo se lo toma desde un punto de vista normativo y no como un dato objetivo del ser, donde debe comprobarse el peligro de manera objetiva y establecer que ha mediado una disminución en la relación de disponibilidad producto de ese peligro con el bien jurídico.-

Con relación al error de prohibición, mencionó que el Ministerio Público Fiscal reconoció que los acusados no tenían un conocimiento cierto y seguro acerca de la desaprobación jurídico penal de los actos. Afirmó que la mera duda de los alcances sobre su existencia debería operar favorablemente para los acusados y agregó que el aludido conocimiento eventual, aunque hubiera existido, no habilita la imposición de una sanción penal.-

Destacó que la actividad de los acusados para procurarse asistencia profesional ante una duda en su accionar fue realizada en la instancia pertinente y evacuada por profesionales del derecho y de las ciencias económicas, de modo que existió un permiso para confiar en dichas asistencias, dado que lo exigible era que los acusados se procuraran información sobre el derecho; finalmente, petitionó el rechazo del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.-

III.3.- A su turno, el Dr. Marciano E. Martínez, abogado defensor de Juan Carlos Klein, contestó el traslado (fs. 727/729) y habló del acrecentamiento del poder del Ministerio Público Fiscal a expensas de los derechos humanos y de las garantías constitucionales en el proceso penal y dentro de esa política se enmarca la equiparación de las atribuciones del Ministerio Público Fiscal con las garantías y derechos constitucionales del imputado; el derecho a la doble instancia para que un órgano superior controle una condena, fue equiparada a favor del fiscal, atribuyéndole el derecho a recurrir para que se vuelva a juzgar la conducta de la persona absuelta.-

En el caso, el Fiscal pretende que se revoque la sentencia y se disponga el reenvío a la instancia casacional a los fines de un nuevo juicio por los mismos hechos, en violación al Pacto de San José de Costa Rica.-

Afirmó que en la impugnación extraordinaria se puede dictar un nuevo pronunciamiento sin reenvío y en ese caso, el imputado condenado perderá el derecho al recurso porque ya no tiene un Tribunal Superior que entienda en su condena, por cuanto el Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación no cumple esa función. Concluyó que el Ministerio Público Fiscal no tiene el derecho al recurso donde el imputado absuelto pueda ser condenado, ya que perdería las garantías de recurrir ante un Tribunal Superior; si rige el Pacto de San José de Costa Rica, el recurso debe ser rechazado.-

Se refirió al delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y opinó que no estamos ante una conducta objetiva limitada a comprar cosas en el negocio de un funcionario público, sino que el delito tiene una parte subjetiva y, en este caso, ésto consiste en que debe existir y probarse el interés del funcionario y el beneficio propio o ajeno y nada de ello ha ocurrido.-

Señaló que no estamos ante un delito de peligro, sino de resultado, ya que la figura se compone con un resultado que es el beneficio económico y ese beneficio -ajeno o propio- como contrapartida debe ocasionar una pérdida y/o un detrimento a la Administración Pública.-

Destacó que el solo hecho de comprar bienes para la Junta de Gobierno en un negocio de un funcionario, no es suficiente; para que haya delito es necesario que exista un interés que es económico y un beneficio que también es económico.-

Comentó que, para superar estas exigencias que impone el art. 265 del Cód. Penal, el Ministerio Público Fiscal lo sustituye por la sospecha de la pérdida de imparcialidad de los funcionarios públicos, la sospecha en el derecho penal solo es utilizada como un grado de conocimiento que habilita a iniciar una investigación judicial, pero nunca puede ser un requisito que integre un delito y sirva para condenar. La pérdida de imparcialidad del funcionario hay que verificarla, el beneficio es el resultado y si no hay beneficio propio o de un tercero, no hay delito, el solo hecho de comprar no es suficiente y dijo que el peligro es el gran argumento de los que imputan, por eso se han creado los delitos de peligro abstracto.-

Argumentó que la compra se hizo de acuerdo a las posibilidades que establece la reglamentación y fue controlada por el Tribunal de Cuentas, que es el órgano constitucional con competencia para ello y ello tiene directa relación con la actividad administrativa.-

En definitiva, al no haberse verificado los elementos esenciales del delito como el interés a favor de un beneficio propio o ajeno, corresponde confirmar la sentencia absolutoria emitida por la Cámara de Casación Penal.-

IV.- Sucintamente reseñadas las posturas argumentales partivas en torno de la impugnación extraordinaria articulada, corresponde iniciar su tratamiento.-

En primer lugar, es necesario contextualizar la queja incoada por el Ministerio Público Fiscal.-

Así, la impugnación extraordinaria provincial fue delineada a partir de lo establecido en el Acuerdo General N° 17/2014 del Superior Tribunal de Justicia, el cual dispuso que las resoluciones y sentencias de la Cámara de Casación Penal pueden ser atacadas mediante el mencionado recurso, que

procederá en los mismos supuestos en que corresponda la interposición del recurso extraordinario federal y es competencia de esta Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos decidirlo.-

El acuerdo fue ratificado y convalidado con la sanción de la Ley N° 10.317, que agregó como causal de procedencia los casos en que la sentencia de la Cámara de Casación Penal resulte contradictoria con la doctrina elaborada en fallo anterior del mismo tribunal o de otro del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión.-

Tal como ha sostenido esta Sala (cfr.: “CUESTA”, 19/12/14), dicha impugnación extraordinaria no tiene por objeto corregir -como si fuera otra instancia ordinaria- las sentencias equivocadas o que se reputen tales por los impugnantes, sino que fue prevista para salvaguardar el adecuado respeto de las garantías constitucionales de los justiciables en el debido proceso y asegurar, sobre todo, que las decisiones jurisdiccionales estén suficientemente fundadas y sean una derivación razonada del derecho vigente, debiendo siempre basarse en las constancias legítimamente agregadas al proceso.-

Para dar cumplimiento a tal cometido, el Tribunal *ad quem* debe examinar si el Tribunal de Casación ha revisado el fallo sometido a su conocimiento de acuerdo a la actual formulación del recurso de casación y a la garantía del “doble conforme” -a partir de lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa” (sent. del 2/7/04) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Casal” (sent. del 20/9/05)-; es decir, si se ha evaluado no sólo la recta aplicación del derecho material y el cumplimiento de las formas y solemnidades prescriptas para el procedimiento o la sentencia sino, también, si el tribunal de sentencia valoró correctamente el material probatorio legítimamente adquirido a partir del cual fundó las aseveraciones fácticas en las que se apoyó la decisión, con la única limitación derivada del respeto al principio de inmediación procesal, ínsito en los procesos orales por obvias razones.-

V.- Ingresando a la consideración del caso sometido a examen dentro de tales parámetros, corresponde analizar los agravios planteados

por el Ministerio Público Fiscal al impugnar la sentencia de la Cámara de Casación Penal, que revocó la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones y absolvió a los imputados Klein, Ortman y Kranewitter.-

En primer lugar, cabe examinar la supuesta deficiencia del relato de los hechos enrostrados a los acusados que se señala en el fallo de casación. A tal fin, debe repararse en que se le reprochó a Klein haber realizado y autorizado como Presidente de la Junta de Fomento de Villa Valle María, Departamento Diamante, compras de materiales de la construcción mediante contratación directa en el negocio denominado "Su Corralón", perteneciente a Kranewitter, quien se desempeñaba como Secretario de Obras y Servicios Públicos de la mencionada Junta de Fomento.-

A Ortman se le endilgó el haber realizado y autorizado - como Secretario de Gobierno encargado de compras de la Junta de Fomento de Villa Valle María del departamento Diamante- compras de materiales de la construcción mediante contratación directa en el negocio denominado "Su Corralón" inscripto a nombre de Kranewitter, Secretario de Obras y Servicios Públicos de la Junta de Fomento y, finalmente, a Kranewitter, haber efectuado ventas -mediante contratación directa- de materiales de la construcción provistos por su comercio "Su Corralón" a dicha Junta de Fomento, de la cual era Secretario de Obras y Servicios Públicos.-

De la transcripción del núcleo esencial de los sucesos cuya comisión se enrostró a los imputados surge que el comportamiento delictivo fue descrito e intimado de manera clara, precisa, circunstanciada y específica; con noticias ciertas, íntegras y exactas de los sucesos atribuidos, detallados debidamente con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, circunscribiéndolos temporalmente entre el 11 de diciembre de 2007 y el 1º de diciembre del año 2008.-

Esa circunstancia, no deja lugar a dudas que los acusados y sus defensores, desde su primera intervención en este expediente, tuvieron conocimiento del accionar ilícito que les era imputado, habida cuenta que el mismo **fue descrito e intimado de manera clara y suficiente** y se aseguró que

estén en condiciones de refutar las acusaciones y controvertirlas sin restricciones en el proceso penal iniciado contra cada uno de ellos. De tal modo, Klein, Ortman y Kranewitter ejercieron sus facultades defensivas de manera irrestricta, con amplias posibilidades de refutar la acusación e intervenir sin obstáculos en el proceso, ejerciendo sin cortapisas las posibilidades que derivan del derecho de defensa en juicio.-

En efecto, quedó suficientemente claro que el Ministerio Público Fiscal centró su acusación en que, mediante esas operaciones de compra de materiales de construcción para la Junta de Fomento de Villa Valle María, autorizadas por Klein y Ortman y efectuadas en el corralón de Kranewitter -quien se desempeñaba como Secretario de Obras y Servicios Públicos de la Junta de Fomento-, los funcionarios actuantes se “interesaron” en el negocio jurídico, es decir, infringieron el deber de imparcialidad que asumen al ejercer un cargo público y en esto, precisamente, consiste la acción típica del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública.-

El tipo del artículo 265 del Código Penal reprocha la asunción de un interés propio que lleva al agente a situarse no sólo como funcionario, sino como particular interesado en una actuación de la administración, que es lo que se denomina “desdoblamiento del agente”, quien asume -en el negocio en el que interviene en razón de sus funciones públicas- una determinada configuración en su interés o hace mediar en él intereses particulares de terceros (cfr.: “Código Penal y normas complementarias. Comentado, concordado y anotado”, Tomo V, Director: Carlos A. Chiara Díaz, págs. 339 y ss., Ed. Nova Tesis, 2011).-

Si bien es cierto que no es la acción de “comprar” lo que prohíbe la norma del artículo 265 del Código Penal, si puede resultar relevante penalmente la adquisición de mercadería en el comercio de un funcionario público, que integra el gabinete de la Junta de Fomento que gobierna el municipio.-

Esas acciones, *prima facie*, serían subsumibles en la figura de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, que

resguarda el correcto desarrollo de la actividad pública, exigiendo a los funcionarios públicos que actúen de manera imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y operaciones en que intervienen en razón de su cargo público. Es decir, que se tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar quien está a cargo de una función pública, evitando la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura limitar la codicia personal. Se trata de un delito de peligro que tutela el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad (cfme.: “Cód. Penal de la Nación – Comentado y anotado”, Andrés J. D'Alessio -Director-, Tomo II, pág. 1310, Ed. La Ley, Bs.As., 2011).-

Lo expuesto desvirtúa el valor que se le asigna al hecho de que, si bien las compras fueron realizadas informalmente, de ello no se deriva que la práctica sea ilegal, ya que este extremo no es determinante a los fines de acreditar la responsabilidad penal de los acusados por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública.-

Cabe recordar al respecto que las leyes remiten a proposiciones abstractas y generales que buscan su correlato en la realidad de los casos a los que se pretende aplicar, ya que son complejas, generales y abstractas y, por definición, están desprovistas de contenido fáctico específico.-

La plataforma fáctica que se imputa en un caso determinado es la que dota de sentido específico al objeto procesal que se investiga y en torno al cual se desenvolverá toda la actividad procesal de los sujetos involucrados en el trámite, sin que sea un requisito de validez la inserción del verbo típico, como parecen exigir los vocales de la Cámara de Casación Penal, siempre y cuando se hayan incluido los aspectos necesarios para la configuración en la especie de la figura delictiva atribuida. Más aún, como establecen Andrés Baytelman y Mauricio Duce en su obra “Litigación penal. Juicio oral y prueba” (1ª edic., Universidad Diego Portales, 2004), es recomendable presentar al tribunal proposiciones fácticas, que son afirmaciones de hecho respecto de un caso

concreto que, si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica y no incluir en el relato las categorías jurídicas, ante lo cual y contrariamente a lo sostenido por los magistrados de Casación, no se advierten las deficiencias invalidantes en lo relativo a la descripción del suceso enrostrado a los inculpados.-

Continuando con el análisis de los cuestionamientos que sustentan la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal, cuadra mencionar que, en la sentencia de casación, también se destacó que el fallo condenatorio no señaló qué pruebas acreditan la finalidad de satisfacer un beneficio propio o de terceros, con la contratación incompatible; es decir, que sostiene la falta de prueba respecto del dolo típico requerido para la configuración del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función.-

Sin embargo, del análisis de las razones en las cuales se apoyó la sentencia de condena dictada por los miembros del Tribunal de Juicio y Apelaciones emerge que los jueces fundamentaron ese puntual aspecto en los propios dichos de Klein, Ortman y Kranewitter y repararon en que nunca estuvieron controvertidos los extremos fácticos esenciales que apuntalaban la acusación formalizada por el Ministerio Público Fiscal y que son: la calidad funcional de los tres coimputados y la propiedad del corralón donde se efectuaron las compras incluidas en el reproche penal, lo que evidencia -a criterio de los Vocales del Tribunal de Juicio- el interés espurio de los acusados en las contrataciones de compras en "Su Corralón", propiedad de Kranewitter, dirigiendo sus acciones hacia una clara finalidad de "beneficio" para su compañero de funciones públicas. Estos magistrados, al decidir la condena de los inculpados, concluyeron que la mera adquisición de materiales en esa firma comercial afectó la imparcialidad con que debían conducirse quienes ejercen una función pública.-

Debe destacarse que el dolo de la figura del art. 265 del Cód. Penal está compuesto por el conocimiento de las circunstancias que a nivel objetivo constituyen la inserción del interés particular en el contrato u operación en que se interviene en razón del cargo, y la voluntad de realizar tal actividad (cfme.: "Cód. Penal de la Nación – Comentado y anotado", Andrés J. D'Alessio - Director-, Tomo II, pág. 1314, Ed. La Ley, Bs.As., 2011).-

En este sentido, no resulta lógica ni consecuente con el concreto acto sentencial de mérito la aseveración relativa a que el pronunciamiento condenatorio no explicó la existencia de un interés económico o el beneficio buscado con la contratación incompatible, toda vez que, de acuerdo al sentido común, dicho elemento de la figura típica podría satisfacerse con el evidente lucro derivado de las ventas del corralón y su eventual aumento al incorporar a la cartera de clientes a la Junta de Fomento de Villa Valle María.-

Por otro lado, el fallo de casación valoró como elemento de descargo la falta de observación de las operaciones por parte del Tribunal de Cuentas de la Provincia (cfr.: fs. 243/248 y 478/514), sobredimensionando el valor probatorio de la misma; habida cuenta que, de acuerdo a la Ley N° 5796 (art. 3°), el Tribunal de Cuentas es el órgano fiscalizador que aprueba o desaprueba la percepción o inversión de los fondos públicos rendidos por los Poderes del Estado, Entidades autárquicas, Empresas del Estado, Haciendas paraestatales y Municipios, es decir, que la intervención de dicho organismo se circunscribe a un contralor externo de la gestión financiero-patrimonial de la Administración Pública Provincial, Municipal y sólo cuenta con la facultad de comunicar al Fiscal de Estado la posible existencia de responsabilidad penal.-

En efecto, del análisis de los dictámenes emitidos por el organismo de fiscalización provincial surge que solamente se concluyó en que no se consignan cuestiones que devengan en perjuicio fiscal y la aprobación de la rendición de cuentas de los ejercicios 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011 del Municipio de Villa Valle María y, además, los mismos carecen de carácter dirimente en estas actuaciones, desde que los eventuales errores que pudieran contener tales dictámenes en modo alguno podrían eximir de responsabilidad penal a los funcionarios imputados.-

No obstante, significativo resulta reparar en que el propio Tribunal de Cuentas, al resolver dichas aprobaciones, aclara que la rendición de cuentas aprobada lo es exclusivamente en sus aspectos legales, formales, numéricos y documentales, lo que demuestra el escaso valor probatorio que dicho

elemento puede tener a los fines de acreditar el objeto procesal que se discute en este específico proceso penal.-

Inexplicablemente los magistrados de Casación computaron a favor de los imputados que los productos se pagaron a precios de mercado, que las mercaderías se entregaron y eran necesarias para la ejecución de obras, concluyendo que no se demostró un interés en torcer la voluntad de contratación y de beneficiarse o beneficiar a un terceros, soslayando que el artículo 265 del Código Penal instaura en nuestro catálogo represivo un delito de peligro, en el que se adelanta la punición y se conmina la mera inobservancia de la imparcialidad, es decir, que lo prohibido es que el funcionario inserte en el negocio jurídico su interés particular y tome ingerencia en el acto, aunque no se produzca un perjuicio o disminuya el patrimonio estatal, lo cual sería subsumible en la figura del fraude a la Administración Pública -art. 174, inc. 5º, del Cód. Penal- y no en la de negociaciones incompatibles del art. 265 del Cód. Penal.-

En este sentido, para que el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública se consume, se exige que el funcionario realice algún tipo de actividad -en el marco del contrato u operación en la que intervienen en razón de su cargo- con virtualidad para afectar la imparcialidad del órgano administrativo, condicionando su voluntad negocial (cfme.: “Cód. Penal de la Nación - Comentado y Anotado”, D’Alessio -Director-, Tomo II, 2da. edic. actualizada y ampliada, pág. 1312, Ed. La Ley, 2009).-

Es así que la parcialidad del agente abarca el interés propio o personal que puede tener en el resultado de la negociación, así como el interés de un tercero en relación al funcionario público, ya que el fundamento de la norma es proteger la insospechabilidad del funcionario, evitando su parcialidad, sin atender a la causa que lo impulsa; lo relevante es la deslealtad del funcionario.-

Por consiguiente, no siendo un requisito del tipo la producción de un daño o perjuicio patrimonial, el delito se consume con el solo hecho de interesarse en el negocio, es decir, cuando el funcionario interviene como parte privada en el contrato y convergen ambas calidades, porque se protege el correcto desarrollo de la actividad pública (cfme.: Donna, Edgardo A.,

“Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo III, pags.313 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002). Es decir, la fidelidad funcional pública en contratos y operaciones entre la administración pública y terceros y la fidelidad de la personas que intervienen en operaciones respecto de bienes ajenos o en su manejo.-

Como señalara precedentemente, se tutela el correcto y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no sólo sea plenamente imparcial sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad, ya que la conducta de los agentes del Estado debe estar orientada en un sentido imparcial y aparecer fuera de cualquier sospecha de parcialidad, aún cuando las cláusulas de los contratos sean adecuadas a los precios de mercado; no se exige en este delito que la conducta incompatible cause un perjuicio patrimonial determinado (cfme.: CREUS, Carlos, “Derecho Penal”, Parte especial, Tomo II, págs. 308 y ss., Ed. Astrea, 1988), lo que desvirtúa el valor desincriminante que la Casación otorgara al dato de que las mercaderías fueron adquiridas a precios de mercado, que no hubo sobrepuestos y que los materiales fueron efectivamente entregados y eran necesarios para el ejercicio de la actividad de la Junta de Fomento, lo cual resulta indiferente para la concreta figura penal del art. 265 del Cód. Penal.-

Por otro lado, la sentencia de condena tuvo en cuenta la modificación operada al Código Penal por medio de la Ley N° 25.188, que adicionó al tipo penal del artículo 265 la frase *“en miras a un beneficio propio o de un tercero”*.-

Esa reforma no implicó ninguna modificación sustancial de la figura típica, sino que vino a desentrañar la discusión doctrinaria que se suscitaba con la anterior redacción respecto a que si el interés que vuelca indebidamente el funcionario en la operación debía ser exclusivamente personal o si se admitía el de un tercero. Actualmente, luego de la sanción de la mencionada ley, ambas posibilidades encuadran en la norma, siendo esencial que la imparcialidad de la administración pública se afecte con la introducción de un interés extraño al de la administración.-

En ese orden, no se explica con contundencia en la sentencia de Casación de qué manera la mencionada modificación cambia el contenido del dolo requerido para la consumación del delito en análisis ni que la misma haya implicado la exigencia de un perjuicio derivado de la contratación incompatible.-

VI.- Lo expuesto precedentemente revela que el fallo de Casación que viene impugnado contiene una fundamentación meramente aparente que no basta para sustentar la conclusión absolutoria a la que se arribó. La motivación de la pieza de fs. 641/660vlto. evidencia que los magistrados intervinientes no ponderaron analítica, razonada y globalmente el cúmulo probatorio colectado en estos actuados. En su lugar, realizaron un detalle de aspectos y circunstancias que consideraron defectuosas e insuficientes para sustentar la condena dictada, pero sin lograr, con la argumentación esgrimida, demostrar concreta y elocuentemente los vicios atribuidos al pronunciamiento de mérito, apareciendo las elucubraciones sentenciales como un vano intento de favorecer a los acusados.-

VII.- Finalmente, cabe repasar las razones dadas por la Casación al resolver que los encartados incurrieron en un error de prohibición invencible.-

A poco que se analizan los motivos dados por el Vocal de primer voto para desechar el razonamiento de los Jueces de Mérito -al descartar que los encartados hayan actuado bajo error de prohibición- se advierte una insalvable contradicción. Ello es así, porque la Casación afirma, de manera general, que en el error de prohibición el autor **no sabe** que su acción es ilícita, pues le falta la conciencia de la ilegalidad; pero, luego admite que es evidente que la **duda** se presentó tanto en Klein como en Ortman y que la consulta con profesionales, convierte en invencible el error respecto de la validez de la contratación.-

En ese contexto, parece que los magistrados de casación olvidaron que al analizar la culpabilidad y, en concreto, la posibilidad que los imputados hayan actuado bajo un error de prohibición, la ley penal solo exige que

exista un “**conocimiento eventual de la antijuridicidad penal**”; no es necesario un **conocimiento cierto** de la desaprobación penal del obrar, sino que lo determinante es que sea alcanzable para el sujeto; es decir, que tenga la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del hecho (Bacigalupo, Enrique; “Derecho Penal - Parte general”, 2da. edic. totalmente renovada y ampliada, pág. 425, Ed. Hammurabi, 2007).-

Ante ello, no advierto la presencia de los vicios invalidantes que refiere la Casación en el tratamiento de esta puntual cuestión por parte de los integrantes del Tribunal de Juicio, quienes sopesaron el *pseudo* asesoramiento que Klein y Ortman recibieron de Rosin y Dalinger, del cual no ha quedado constancia escrita y, de manera acertada, contemplan que dicha consulta fue provocada por la evidente duda que les generaba efectivizar las operaciones en el comercio de Kranewitter. Dicha incertidumbre debió llevarlos a extremar los recaudos para despejarla.-

No debe perderse de vista que Juan Carlos Rosin es contador y, por ende, su consejo profesional no cumple el requisito de ser una “fuente jurídica confiable” (cfme.: Bacigalupo, Enrique, ob.cit., pág. 443) y no tiene virtualidad para dirimir la cuestión. Además, luego de recibida esa información para completar el cercioramiento del significado jurídico de su conducta, la información brindada debe pasar por el tamiz de la autorreflexión, es decir, por el esfuerzo de conciencia para comprender la significación jurídica de la acción, lo que evidentemente no fue realizado por los acusados.-

A mayor abundamiento, como bien señala el recurrente, debió valorarse también para dirimir esta cuestión -relativa a la conciencia de los imputados sobre la ilicitud de su obrar- el hecho de que los pagos por la adquisición de mercadería se efectivizaban a nombre del socio comercial de Kranewitter (Lell), evitándose consignar su nombre en dichos documentos cambiarios.-

Con respecto a Kranewitter, quien -a diferencia de sus consortes procesales- ni siquiera consultó acerca de la licitud de su doble rol de funcionario y proveedor de la comuna, estimo que es inadmisibles que se considere

que actuó como lego por su falta de profesionalidad y por su escaso nivel de educación formal, lo que -a criterio de los magistrados de casación- lo relevaría de consultar acerca de su accionar, ya que esta liviana e ilógica afirmación soslaya que el nombrado era un funcionario público, encargado de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos de la Junta de Fomento de Villa Valle María, cargo que le imponía el cumplimiento de deberes inherentes a su rol institucional especial, establecidos en normas internacionales y locales.-

En definitiva, aún cuando pudiéramos admitir la ignorancia o la duda, se debe analizar la **evitabilidad** del hipotético error sobre la base de la evaluación de la cuestión de si los imputados tuvieron razones para suponer la antijuridicidad y la posibilidad de aclarar la situación jurídica, arbitrando los medios necesarios para evacuar la duda que evidentemente les provocó su accionar, ahora reprochado, sobre todo teniendo en cuenta las especiales obligaciones que les caben a quienes ejercen cargos públicos, todo lo cual no fue considerado en la sentencia que se analiza.-

Lo expuesto no implica de ninguna manera invertir la carga de la prueba, sino que, tal como quien acusa debe probar la materialidad del hecho y la autoría penalmente responsable de los sindicados, éstos tienen la carga de acreditar los hechos o circunstancias que invocan para mejorar su situación procesal y que pueden disminuir o eliminar la reacción penal.-

Consecuentemente, considero que en la sentencia de Casación los vocales efectuaron un análisis parcial y sesgado de las constancias probatorias acopiadas y de las normas legales aplicables, resultando la fundamentación esbozada meramente aparente y, por tanto, insuficiente para ser considerada válida.-

VIII.- En definitiva, los vicios de motivación señalados me llevan a concluir que no estamos frente a una decisión jurisdiccional adecuada a las exigencias institucionales y normativas para ser legítima. Como reiteradamente se ha sostenido desde este Tribunal (cfr.: “RACIG”, 2/6/97, L.S. 1997, fº 207; “JACOB”, 11/6/97, L.S. 1997, fº 219; “ENCINAS c/ELIZALDE”, 21/2/01; “ASSI”, 21/5/01, entre otros) la motivación de la sentencia es una

obligación insoslayable para los integrantes del Poder Judicial republicano, instituida en el carácter de garantía constitucional y consiste en consignar por escrito las razones emitidas en justificación del juicio lógico sentencial, el cual constituye una operación lógico-jurídica fundada en la certeza y en la convicción explícita del juzgador (cfme.: "ALTUNA"; 9/3/90, L.S. 1990, T. I, fº 21); en nuestro derecho positivo, esa obligación se impone expresamente a los Jueces o Tribunales sentenciantes a través de la normativa contenida en los arts. 151, 247, 391, 454, 456 y ccdds. del actual Cód. Proc. Penal (arts. 125, 405 y 406 del anterior Cód. Proc. Penal -Ley N° 4843-) y su incumplimiento fulmina de nulidad el pronunciamiento, conforme lo establece actualmente el dispositivo del art. 457, inc. c, del mismo cuerpo legal adjetivo y lo contemplaba el art. 411, inc. 3º, C.P.P. -Ley N° 4843-.-

Por lo demás, también hemos puntualizado insistentemente que esa imprescindible motivación válida de las conclusiones sentenciales en los términos requeridos por el art. 18 de la Constitución Nacional y los citados artículos del Código Procesal Penal -conforme la reiterada interpretación jurisprudencial de esta Sala- *“constituye, respecto del pronunciamiento jurisdiccional, su elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, conformado por las razones derivadas de las pruebas del proceso que expone el tribunal de juicio y de las cuales infiere determinadas conclusiones, demostrando así públicamente que ha valorado los elementos de prueba fundamentales y que los ha evaluado racionalmente de acuerdo a las reglas de la libre convicción, derivando de ellos sus conclusiones y permitiendo, de esa manera, el control lógico y jurídico de esa motivación al que está llamado el tribunal de casación”* (cftr.: "LOZANO", 2/4/90, L.S. 1990, fº 86; "CABRERA", 30/4/90, L.S. 1990, fº 121; en idéntico sentido: "PATERNOSTRE", L.S. 1991, fº 31; "ROSSET", 26/3/92, L.S. 1992, fº 185; "CARDEZA", 3/5/95, L.S. 1995, fº 47, entre otros).-

Sin embargo, de conformidad con todo lo hasta aquí expuesto, la resolución judicial dictada por la Cámara de Casación Penal no satisface esos parámetros mínimos de motivación razonable y concluye adoptando una medida desincriminatoria que carece de real fundamentación y no constituye,

evidentemente, una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las concretas constancias comprobadas de la causa. Ello la descalifica como decisión judicial válida, en términos de conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad.-

En consecuencia, concluyo proponiendo que se haga lugar a la impugnación extraordinaria deducida, se declare la nulidad de la sentencia de la Cámara de Casación (fs. 641/660vltto.) y se reenvíen las actuaciones a dicho tribunal, para que, debidamente integrado, renueve los actos pertinentes y dicte nueva sentencia ajustada a derecho y a las consideraciones volcadas en la presente, debiendo declarar las costas de oficio (cfme.: arts. 583, sstes y cdtes, del C.P.P.).-

Así voto.-

La señora Vocal, **Dra. MIZAWAK**, adhiere al voto que antecede por análogas consideraciones.-

El señor Vocal, Dr. **CASTRILLON**, a la cuestión propuesta, **dijo**:

Existiendo coincidencia de los señores Vocales que me preceden en la votación, hago uso de la facultad de **abstención** que me otorga el art.33, última parte, de la L.O.P.J., texto según Ley N° 9234.-

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente sentencia:

Fdo: Dr. Daniel Omar Carubia - Presidente- Dra. Claudia Mónica Mizawak - Dr. Emilio Aroldo Eduardo Castrillón.

SENTENCIA:

PARANA, 9 de junio de 2017.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, se

RESUELVE:

1º) **HACER LUGAR** a la **impugnación extraordinaria** deducida a fs. 662/680 por representante del **Ministerio Público Fiscal** contra la **sentencia de fs. 641/660vlto.** dictada por la Sala N° 1 de la Cámara de Casación Penal de Paraná que, en consecuencia, **se anula** .-

2º) **RENVIA** las actuaciones a la **Cámara de Casación Penal** para que, debidamente integrada, renueve los actos pertinentes y dicte nueva sentencia ajustada a derecho y a las consideraciones volcadas en la presente.-

3º) **ESTABLECER** las **costas de oficio**.-

Protocolícese, notifíquese y, en estado, bajen como está ordenado mediante atenta nota de estilo.-

Fdo: Dr. Daniel Omar Carubia - Presidente- Dra. Claudia Mónica Mizawak - Dr. Emilio Aroldo Eduardo Castrillón. Ante mí: Noelia Virginia Ríos, Secretaria. Es copia fiel de su original. Doy fe.

Noelia V. Ríos
Secretaria