

AUTOS: "KLEIN, Juan Carlos; ORTMAN, Arsenio Santiago; KRANEWITTER, Carlos José; LELL, Walter Oscar s/NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS - RECURSO DE CASACION" Expte. N°178/14-F°26 (Año 2015- Jurisd.: Cámara del Crimen Sala II de Paraná)

Resolución N° 323

///-C U E R D O :

En la ciudad de **Paraná**, capital de la Provincia de **Entre Ríos**, a los **dieciocho** días del mes de **diciembre** del año **dos mil quince**, reunidos los señores Miembros de la **Sala N° 1** de la **Cámara de Casación Penal**, a saber: Presidente, Dr. **RUBÉN A. CHAIA**, y Vocales, Dres. **ELVIO O. GARZÓN** y **PABLO A. VÍRGALA**, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **Claudia Geist**, fue traída para resolver la causa caratulada **"KLEIN, Juan Carlos; ORTMAN, Arsenio Santiago; KRANEWITTER, Carlos José; LELL, Walter Oscar s/NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS - RECURSO DE CASACION".-**

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. **CHAIA, GARZÓN** y **VIRGALA.-**

Estudiados los autos, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos a fs. 586/594 vta., 595/612 vta., y 613/614 vta.?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué cabe decidir en materia de costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CHAIA, DIJO:

I.- Mediante sentencia de fecha 10 de septiembre de 2014, la Cámara del Crimen Sala II de Paraná -conformado en la oportunidad por los Dres. Grippo, Zilli y Badano- 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.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 MAS INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA PARA EJERCER CARGOS PUBLICOS** -arts. 265 y 45 del C.P.P. por el delito de **NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS**.-

Contra dicha resolución, en fecha **30/09/14** interponen recursos de Casación los **DRES. NELSON J. SCHLOTAHUER** -letrado defensor del imputado **ARSENIO ORTMAN**, cfr. fs 586/594 vta.-, **CARLOS A. CHEMEZ** -defensor de **CARLOS JOSE KRANEWITTER**, cfr. fs.595/612 vta.- y **MARCIANO E. MARTINEZ** -Defensor de **JUAN CARLOS KLEIN**, cfr. fs.613/614 vta.-.-

II. a)- Sostuvo el Dr. Schlotahuer que la sentencia carece de la motivación exigida legal y constitucionalmente. El objetivo de la sentencia aquí atacada es la estigmatización de un ciudadano que ejerce funciones públicas.-

Destacó que la acción típica del delito enrostrado implica una actividad incompatible o desviada con la correcta actuación administrativa, dicho actuar debe revelar un acto de naturaleza espuria para el correcto funcionamiento de la administración pública. Lo que se castiga es un acto, no una posibilidad. La mera sospecha de imparcialidad no puede tomarse como delimitador típico. Entiende importante precisar el concepto de "interesarse" como elemento típico, lo que la sentencia no hace. Como Secretario de Gobierno, su pupilo realizó tareas cotidianas y habituales, y su actuación fue aprobada por los órganos de contralor, no existiendo interés espurio de ningún tipo.-

Igualmente, se agravió por la interpretación sobre el elemento subjetivo del tipo -dolo-, por entender que no es lo mismo conocer la prohibición que conocer el dolo. Realizó precisiones sobre los delitos de peligro

abstracto, la prejudicialidad administrativa y el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal.-

Remarcó que Ortman no tuvo dominio posible del hecho. El Departamento Ejecutivo Municipal es Unipersonal, los Secretarios carecen de la facultad de autorizar y realizar compras. Ortman no fue parte en los negocios denunciados. Analizó las pruebas que dan cuenta del actuar diligente de su defendido, y proclama la aplicación al caso del error de prohibición, por haber mediado asesoramiento previo a la actuación y convalidación por los órganos de contralor.-

Solicitó por todo ello, la absolución de Ortman, haciendo reserva del caso federal.-

II. b)- En su escrito, el Dr. Chemez alegó errónea valoración de la prueba. La sentencia dice que Kranewitter formaba parte en la necesidad de la compra, lo que no es así. Las pruebas producidas descartan la participación de su pupilo en actividad ilícita alguna. El contexto que describieron en debate, y que hizo que se realizaran las compras en el corralón de su pupilo, no fue valorado por los judicantes.-

No se dio el "interés" requerido por el tipo. Ninguno de los testigos lo ubica a su pupilo en el proceso de compras y con participación en él, la lista que pudo haber pasado Kranewitter con materiales, no es la introducción en la voluntad de la administración pública, ni puede por ello afirmarse que haya contribuido a la celebración del negocio. Las compras no se encontraban dentro de la esfera funcional o competencia de su defendido.-

Entendió que los imputados obraron bajo un error de prohibición invencible y directo. Su defendido nunca había actuado en la administración pública, desconocía acabadamente las normas de la función pública. Incluso quienes sí tuvieron dudas sobre el obrar y se asesoraron, recibieron como consejo técnico que la compra no era irregular. El Tribunal de Cuentas de Entre Ríos no hizo ninguna observación, y los denunciados no llevaron sus reclamos a la Junta. Todo ello torna inevitable el error de prohibición de su pupilo.-

Por ello, solicitó la absolución de Kranewitter, haciendo reserva del caso federal.-

II. c)- Finalmente, el Dr. Marciano Martínez, en representación de Juan Carlos Klein, se agravió por entender que la sentencia condenatoria incurre en servirse del pasado sin hacer un análisis profundo de los hechos y del derecho que aplicó. Ello así, por cuanto el art. 265 CP contiene un tipo abierto, se condena a su defendido desde un punto de vista puramente objetivo, por la función que detentaba, y sin que exista una norma que prohibiera el acto en forma clara y concreta. No hay aquí vulneración de bien jurídico alguno.-

Disiente con que estamos ante un delito de peligro. No hay daño a la administración pública. Por eso, solicitó la absolución de Klein, haciendo reserva del caso federal.-

III.- Al momento de llevarse a cabo la Audiencia, comparecieron los recurrentes, y en representación del Ministerio Público Fiscal, el Sr. Fiscal Coordinador Dr. **RAFAEL M. COTORRUELO**.-

III.- a) Con la palabra el Dr. **Martínez**, destacó que la imputación es relativa a compras autorizadas al corralón de Kranewitter. El acto reprochable es la compra, no hay ningún otro acto que se repute ilícito. En la sentencia, se afirma que Klein y Ortman nunca debieron comprarle a Kranewitter, ya que tal compra de por sí afectó la sospecha de imparcialidad de toda función pública. Esa compra crea sospecha de que se ha violado la ley, pero esa sospecha es parcial, y no se lo puede condenar por sospecha.-

Reseñó opiniones doctrinales respecto del tipo endilgado, realizando apreciaciones sobre las nociones de sospecha e imparcialidad en relación con los funcionarios públicos, refiriendo la falta de precisión legal respecto de las acciones que pueden constituir el delito imputado, asimilándolo por ello a una ley penal en blanco.-

Finalmente, opinó que se trata de un delito de lesión, tiene que haber un daño, siendo que en la sentencia se reconoce que no hay daño. La redacción legal crea una especie de incompatibilidad, pero la misma no está

detallada, eso es una creación de la ley, de manera expresa, no hay incompatibilidad que no surja de la ley. Un delito así, sin taxatividad en la descripción del tipo, y con antecedentes erróneos que remiten a la sospecha, no puede provocar una pena tan grave como es la declaración de la muerte pública de un hombre para toda su vida.-

Por todo ello, solicitó que se case la sentencia, se absuelva a su defendido por no haber cometido delito alguno, y subsidiariamente, que se ordene el reenvío.-

III.- b) A su turno, el Dr. Chemez expresó que la sentencia contradice los principios de la sana crítica racional, incurriendo en una valoración fragmentada de la prueba, se han tomado algunos elementos parcializados para llegar a una sentencia injusta. No se ponderaron circunstancias que llevan a concluir que los encartados no han cometido el delito enrostrado.-

Sostiene que estamos ante un delito de actividad, de peligro, pero no es un elemento menor que no haya resultado ningún perjuicio para la Municipalidad. No tiene trascendencia el monto, pero el volumen de esas compras a lo largo de un año significa que las mismas tuvieron una escasa entidad, no hubo interés de beneficiar a un particular, considerando además que no hubo exclusividad de compra a Kranewitter.-

Tampoco se ha ponderado en la sentencia que tanto el Dr. Dalinger -asesor letrado- como el contador Rosin -asesor financiero- y hasta la propia Contadora municipal, hablaron de serias dificultades de financiación de la municipalidad, teniendo que recurrir muchas veces al fiado. Existía una escasa oferta de lugares para comprar, los montos de las compras no justificaban movilizarse a otras localidades.-

Todos esos elementos, que no son eximentes en sí, deben considerarse para tener en cuenta la circunstancia del municipio en ese momento y la necesidad de recurrir al negocio local. Es importante para entender que no hubo interés particular, no se quiso volcar el interés. Ese desvío de poder no se constata en autos.-

Kranewitter, más allá de requerir al Secretario de Gobierno alguna compra, nunca participó de la voluntad negociadora por parte del Estado, en ninguna de las tres etapas formales de la compra, nunca desdobló su personalidad para beneficiarse. No estuvo tampoco en su comercio, durante el escaso tiempo en que estuvo en la función pública.-

Tampoco se valoró acertadamente el pedido sobre el error de prohibición. Al respecto, Kranewitter nunca superó la primera etapa de la autoreflexión, nunca se representó que su obrar podía ser ilícito. Tiene una escasa instrucción, apenas la primaria, es un hombre que recién ingresaba a la administración pública, se trataba de una junta de fomento pequeña. Tampoco los funcionarios públicos son superhombres que puedan conocer todas las normas. Se remite al escrito recursivo, estamos ante un error de prohibición directo, su defendido actuó siempre con carácter altruísta, es una persona honesta, participativa, con una conducta lícita. Otro error de la sentencia es que tanto Klein como Ortman posiblemente tuvieron la duda, se asesoraron con el abogado y el contador de la municipalidad -cumpliendo el requisito de apelar a una fuente confiable-, ambos afirman haberles dicho a Klein y a Ortman que no había ningún inconveniente en la compra, no se les puede pedir a los imputados que duden de una tal fuente, no se le puede exigir a quienes recurrieron a esa fuente de información, valorar si su dictamen era correcto o no.-

No se puede exigir el control del control, consultaron con el abogado y con el contador. Es un exceso de la sentencia, fragmenta la prueba y se aparta de la lógica. No hay opinión escrita, reconocieron ambos la consulta en debate. No hubo observación u objeción en contra de los asientos, por parte del Tribunal de cuentas, quien posee por ley orgánica atribuciones y competencia de órgano fiscalizador, no solo contable. Tampoco hubo una actuación diligente por parte de los denunciantes, quienes formaban parte de la Junta de fomento también, si hubieran hecho algún llamado de atención, podrían haberse extremado los controles, pero recién un año después de la última compra hacen la denuncia.-

Solicita por ello, que se revoque la sentencia, se declare la absolución de su defendido.-

III.- c) Con la palabra el Dr. Schlotahuer, remarcó nuevamente que en autos se está condenando en base a una sospecha, se sanciona penalmente por algo abstracto, no concreto, no es un acto ni un hecho. Se fragmentó la prueba, para justificar la aplicación del art. 265 CP. Fueron soslayados los argumentos defensivos de la audiencia, no se les dió respuesta. La sentencia debe responder a la sana critica racional, lo que no se respeta en autos.-

La sentencia se construye en base a la sospecha de afectación a la imparcialidad, siendo que ello no es requerido. Había un órgano colegiado, previo a la reforma constitucional, y todos los Vocales tenían la misma responsabilidad, incluso los denunciantes, que nada dijeron en su momento.-

La imputación, en los términos en que se ha sostenido, afecta el principio de lesividad, y citando a Ferrajoli, considera que también se vulnera el de reserva, olvidando que el bien jurídico protegido funciona como límite a la potestad punitiva estatal. No se ha probado la parcialidad de la actuación de los imputados, ni el interés espurio.-

Finalmente, agregó consideraciones a lo ya alegado respecto del error de prohibición, fundamentalmente en relación a las características que debe reunir una fuente de información para ser considerada fiable, con el consecuente efecto desincriminante. Solicita por todo lo expresado, que se case la sentencia absolviendo a los imputados, o en subsidio, se ordene el reenvío.-

III.- d) Por último, el Dr. Cotorruelo destacó que la sentencia desarrolla un gran contenido dogmático, porque los hechos no están mayormente discutidos. No está controvertido que los imputados eran las máximas autoridades de la Junta de Fomento, y tampoco que existieron las compras en ese período al corralón propiedad de Kranewitter. Los tres encartados sabían perfectamente de quién era el corralón, los tickets eran a

nombre de Kranewitter. El tipo no requiere perjuicio material, en ese caso hubieran sido imputados de delitos mas graves y con penas mayores. Las circunstancias extratípicas deben tenerse en cuenta, como en este caso el daño, pero según el art. 40 y 41 CP, para la determinación de la pena.-

En el ámbito de la culpabilidad, no se debe perder de vista, cuando se habla de que los imputados no conocieron o no supieron, que el conocimiento del que se habla no es actual, como el dolo, sino actualizable. Tampoco debe confundirse la sospecha como estadio procesal, y como elemento integrativo de este especial tipo penal. Aquí no se condena en base a sospecha sino a certeza, los hechos están probados. Se adelanta la punibilidad, es el legislador el que lo hace, exigiendo no incurrir en acciones sospechosas.-

El interés que debe insertarse, es privado, fue Klein quien insertó el interés privado de Kranewitter como interés de parte. La ordenanza que dictaron respecto de las compras del municipio, prevé mecanismos de compra. Todos son necesarios, hubo una sola licitación, el resto fueron por compra directa. El cotejo de precios quedaba a discreción de las autoridades, en todas esas no se hizo cotejo de precios, a pesar de que la ordenanza los habilitaba y en este caso el tipo de compra requería al menos el mínimo mecanismo, porque se estaba comprando a un importante funcionario, no se hizo ningún tipo de cotejo. No se puede comprobar el perjuicio tampoco porque ni siquiera se hizo ese cotejo. Uno de estos altos funcionarios se estaba comprando a sí mismo, la incompatibilidad es manifiesta.-

En relación con el alegado error de prohibición, destacó que no se les exige a los encartados el conocimiento acabado del Derecho, sino que dicho conocimiento es actualizable, se encuentra probado que actuaron con conocimiento eventual de la antijuridicidad. Se representaron la posibilidad de que estaba mal lo que hicieron, conversaron con Dalinger y Rosin, no fue una consulta, preguntaron si podía eso traerles problemas, no si estaba bien o mal. La transgresión ética que importa ello es un indicio fuerte de duda y necesidad de extremar cuidados, debieron exigir al menos un dictamen escrito. El control del Tribunal de Cuentas es posterior a los hechos, no tiene incidencia

en la actuación de los imputados, como tampoco la acción de los denunciados.

Finalmente, y considerando que las penas no han sido cuestionadas, solicitó que se confirme la sentencia recurrida.-

IV.- Resumidas las posturas de las partes habré de ingresar al tratamiento de los agravios expuestos por los recurrentes, que tienen como eje la ausencia de motivación, la falta de precisión en el bien jurídico protegido y la arbitrariedad en el descarte del error de prohibición alegado por dos de los acusados. Ello así, habré de iniciar el tratamiento del caso en función de los hechos oportunamente atribuidos a los imputados.-

En esa línea debo señalar que se **acusó** a Juan Carlos **KLEIN**: *"Que entre el día 11 de Diciembre de 2007 y el 01 de Diciembre del año 2008 **haber realizado y autorizado** como Presidente de la Junta de Fomento de Villa Valle María Departamento Diamante, **compras mediante contratación directa** por la suma de pesos 278,05 en fecha 03.01.2008; pesos 1278,10 en fecha 16.01.2008; pesos 1653,47 en fecha 23.01.2008; pesos 4.231,43 en fecha 06.02.2008; pesos 5089,89 en fecha 15.02.2008; pesos 3952,92 en fecha 12.03.2008; pesos 3663,72 en fecha 17.03.2008; pesos 3695,59 en fecha 08.04.2008; pesos 1955,91 en fecha 18.04.2008; pesos 1761,33 en fecha 05.05.2008; pesos 2089,69 en fecha 16.05.2008; pesos 1100,81 en fecha 22.05.2008; pesos 3644,26 en fecha 06.06.2008; pesos 3236,00 en fecha 27.06.2008; pesos 3544,99 en fecha 11.07.2008; pesos 11841,61 en fecha 21.07.2008; pesos 2362,82 en fecha 06.08.2008; pesos 2305,55 en fecha 28.08.2008; pesos 3818,52 en fecha 11.09.2008; pesos 1081,15 en fecha 09.10.2008 y pesos 1641,18, en fecha 30.10.2008 y bajo la modalidad concurso de precios N°12/2008 por Decreto N°42/2008, en fecha 18/07/2008 por la suma de pesos doce mil (\$12.000.-) consistentes en compras de materiales de la construcción al negocio denominado "Su Corralón" inscripto como KRANEWITTER Carlos José y LELL Walter Oscar Sociedad de Hecho, CUIT N°30-70898272-1, sito en calle Tucumán y Ruta 11 de Villa Valle María, propiedad de Walter Oscar LELL y Carlos José KRANEWITTER, siendo éste último Secretario de Obras y Servicios Públicos de la mencionada Junta de*

Fomento del 11/12/2007 al 01/12/2008" (el resaltado me pertenece).-

A Arsenio Santiago **ORTMAN**: "Que entre el día 11 de Diciembre de 2007 y el 01 de Diciembre del año 2008 **haber realizado y autorizado** como Secretario de Gobierno encargado de compras de la Junta de Fomento de Villa Valle María del departamento Diamante, **compras mediante contratación directa** por la suma de pesos 278,05 en fecha 03.01.2008; pesos 1278,10 en fecha 16.01.2008; pesos 1653,47 en fecha 23.01.2008; pesos 4.231,43 en fecha 06.02.2008; pesos 5089,89 en fecha 15.02.2008; pesos 3952,92 en fecha 12.03.2008; pesos 3663,72 en fecha 17.03.2008; pesos 3695,59 en fecha 08.04.2008; pesos 1955,91 en fecha 18.04.2008; pesos 1761,33 en fecha 05.05.2008; pesos 2089,69 en fecha 16.05.2008; pesos 1100,81 en fecha 22.05.2008; pesos 3644,26 en fecha 06.06.2008; pesos 3236,00 en fecha 27.06.2008; pesos 3544,99 en fecha 11.07.2008; pesos 11841,61 en fecha 21.07.2008; pesos 2362,82 en fecha 06.08.2008; pesos 2305,55 en fecha 28.08.2008; pesos 3818,52 en fecha 11.09.2008; pesos 1081,15 en fecha 09.10.2008 y pesos 1641,18, en fecha 30.10.2008 y bajo la modalidad concurso de precios N°12/2008 por Decreto N°42/2008, en fecha 18/07/2008 por la suma de pesos doce mil (\$12.000.-) consistentes en compras de materiales de la construcción al negocio denominado "Su Corralón" inscripto como KRANEWITTER Carlos José y LELL Walter Oscar Sociedad de Hecho, CUIT N°30-70898272-1, sito en calle Tucumán y Ruta 11 de Villa Valle María, propiedad de Walter Oscar LELL y Carlos José KRANEWITTER, siendo éste último Secretario de Obras y Servicios Públicos de la mencionada Junta de Fomento del 11/12/2007 al 01/12/2008", (el resaltado me pertenece).-

A Carlos José **KRANEWITTER**: "Que entre el día 11 de Diciembre de 2007 y el 01 de Diciembre del año 2008, período de tiempo en el cual se desempeñó como Secretario de Obras y Servicios Públicos de la Junta de Fomento de Villa Valle María del Departamento Diamante, **haber efectuado ventas** a dicha Junta de Fomento, de materiales de construcción, mediante contratación directa por la suma de pesos 278,05 en fecha

03.01.2008; pesos 1278,10 en fecha 16.01.2008; pesos 1653,47 en fecha 23.01.2008; pesos 4.231,43 en fecha 06.02.2008; pesos 5089,89 en fecha 15.02.2008; pesos 3952,92 en fecha 12.03.2008; pesos 3663,72 en fecha 17.03.2008; pesos 3695,59 en fecha 08.04.2008; pesos 1955,91 en fecha 18.04.2008; pesos 1761,33 en fecha 05.05.2008; pesos 2089,69 en fecha 16.05.2008; pesos 1100,81 en fecha 22.05.2008; pesos 3644,26 en fecha 06.06.2008; pesos 3236,00 en fecha 27.06.2008; pesos 3544,99 en fecha 11.07.2008; pesos 11841,61 en fecha 21.07.2008; pesos 2362,82 en fecha 06.08.2008; pesos 2305,55 en fecha 28.08.2008; pesos 3818,52 en fecha 11.09.2008; pesos 1081,15 en fecha 09.10.2008 y pesos 1641,18, en fecha 30.10.2008 y bajo la modalidad concurso de precios N°12/2008 por Decreto N°42/2008, en fecha 18/07/2008 por la suma de pesos doce mil (\$12.000.-); ventas realizadas por el comercio de su propiedad denominado "Su Corralón" inscripto como KRANEWITTER Carlos José y LELL Walter Oscar Sociedad de Hecho, CUIT N°30-70898272-1, sito en calle Tucumán y Ruta 11 de Villa Valle María. Participando necesariamente para concretar dichas operaciones comerciales Juan Carlos KLEIN Presidente de la Junta de Fomento y Arsenio Santiago ORTMAN, Secretario de Gobierno de la Junta de Fomento de Villa Valle María Departamento Diamante y Walter Oscar LELL", (el resaltado me pertenece).-

Ahora bien, a poco de ingresar a la valoración de la prueba rendida en la causa, el señor Vocal de primer voto señala: **"No puedo olvidar que el hecho que se les atribuye es <<interesarse>> en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación que intervenga"** a lo que seguidamente agrega: **"no tengo dudas que los inculpados han completado la acción típica de <<interesarse>>".-**

Desde esa óptica y de la mera lectura de la piezas acusatorias transcriptas **se desprende que la conclusión adelantada en la sentencia -fs. 569- no se compadece**, al menos en términos literales, **con las intimaciones** que dieran sustento al inicio del juicio oral y que lucen encabezando la sentencia a fs. 535/536, ni siquiera se corresponden con lo que

la propia ley de fondo señala al describir la figura: *"Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo"*. Vemos entonces que el núcleo típico de la figura en juego, esto es: **"interesarse"** no ha sido consignado en las respectivas intimaciones ni mucho menos explicado en la sentencia atacada lo que permite afirmar que estamos en presencia de un acto infundado.-

Ante esta situación es fácil explicar por qué los señores defensores en sus intervenciones, al tiempo de materializar los informes en la audiencia respectiva, sostenían diversos aspectos relativos a la falta de concreción de elementos típicos que les permitan ejercitar en pleno el derecho de defensa atacando aspectos que a su juicio son constitutivos del delito y que no se daban en la emergencia. En esa línea entendieron que no se afectó el "bien jurídico protegido", que no se ha determinado el interés que se conculcó, que se condena en base a sospechas, que existió vaguedad en los "requisitos típicos", que no se violó la imparcialidad, que se afectó el principio de legalidad, que no hubo un resultado dañoso para la administración pública, no se torció la voluntad -doctor Chemez-, que no se probó un perjuicio ni se colectó prueba suficiente y por supuesto, que se afectó el principio de inocencia, se dió una falta de motivación de la resolución inculpativa la que a juicio de la defensa -doctor Schlotahuer- no dió respuesta a todos los planteos defensivos, entre otros aspectos instando básicamente la absolución de sus pupilos o bien -doctor Martinez- la nulidad y el reenvío de la causa.-

En efecto, creo que estamos frente a un caso donde los hechos han sido insuficientemente precisados y más aún probados, especialmente en lo que hace al "núcleo" o verbo típico del delito reprochado en sus aspectos objetivos/subjetivos y por supuesto, en lo que refiere a la prueba rendida en autos, con lo que es posible adelantar, que la sentencia carece de fundamentación suficiente. Pero, a fin de hacerme cargo de los

temas centrales que se han planteado, habré de sintetizar en dos los agravios cuyo tratamiento en esta instancia, dada su trascendencia, hacen a la suerte del proceso. Ellos son: **1)** si se ha intimado el hecho típico previsto en el artículo 265 del CP y en su caso, por qué considera probado el "núcleo" del delito enrostrado y eventualmente, **2)** en función de qué elementos probatorios concretos descartó la ocurrencia de un error de prohibición.-

V.-Intimación y prueba del núcleo típico del delito

enrostrado: Como adelanté, al arribar al punto de tener que valorar la prueba introducida al proceso -fs.569/70- la sentencia inicia esa faena afirmando: *"Dije que no tengo dudas respecto del interés de los incursos en las contrataciones de la Junta de Fomento en la que cumplían funciones públicas con el comercio de Kranevitter -insisto- Secretario de Obras y Servicios Públicos de la Junta contratante"* agregando: *"Esta afirmación no sólo se desprende de la lógica y del sentido común, sino que encuentro elementos producidos en la causa que así lo demuestran"* y pasa a enumerar: *"las palabras expresadas por el inculpado Klein en la Audiencia de Debate"*, los comentarios de que antes sólo se hacían *"compras al otro corralón"*, la frase que *"nunca le preguntaron ni el precio de un clavo"*, o el nombramiento en un lugar relacionado con la compra de materiales para con ello concluir -fs. 569 vta- *"entiendo que se ha acreditado claramente que ambos incursos se interesaron en las contrataciones de compras en Su Corralón" de Kranevitter, dirigiendo sus acciones hacia una clara finalidad de <<beneficio>> para su compañero de funciones públicas"*, agregando más adelante -fs.570- *"En conclusión, conforme lo antes desarrollado -que se desprende del análisis que bajo las reglas de la lógica y de la experiencia se hiciera de las pruebas incorporadas- entiendo que los tres inculpados actuaron dolosamente, conociendo que sus conductas contenían la peligrosidad concreta de la realización del tipo ...".-*

Ante estas afirmaciones cuadra en primer término analizar el **contenido y los alcances de la norma** en juego siguiendo para ello a MORENO, quien estimo es quien mejor explica los antecedentes y el contenido

de las Negociaciones incompatibles en el Título XVII, del volumen VI de su obra. Allí el autor, luego de tratar los *"antecedentes del asunto"* -p. 244 y ss.- deja en claro, siguiendo a PACHECO que el funcionario se debe mover en un *"asunto determinado por motivos de interés privado distintos a los que deban gravitar exclusivamente sobre sus actos, o sea los de carácter público"* -El código penal y sus antecedentes, t. VI, p. 247-. La norma, proviene del proyecto TEJEDOR que indicaba: *"El empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado ..."*, explicando más adelante, con apoyo de PACHECO el temor que significa dejar a quien contrate de ese modo que fije los límites de su ganancia.-

No obstante lo expuesto, cabe recordar que el artículo 265 del Código Penal sufrió una modificación **agregándose un elemento especial** tal cual se infiere de su literalidad: *"Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, **se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero**, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo"* (la negrita me pertenece).-

De este modo vemos que el tipo penal actual, que surge de la ley 25.188 -Ley de Ética en Ejercicio de la Función Pública, art. 35, del 29/09/99-, al incorporar expresamente al texto la alocución **"en miras de un beneficio propio o de un tercero"**, busca reprimir al funcionario que por sí o por persona interpuesta, al intervenir en una contratación desvíe el interés de la Administración, se aparte de su rol, quiebre la fidelidad debida al Estado y tenga en miras la obtención de un beneficio en la forma descripta.-

Esta modificación explica en parte por qué no es posible seguir totalmente en el análisis del artículo a algunos de los prestigiosos autores nacionales pues es obvio que han escrito sobre la materia antes de la reforma operada a la norma; sin perder de vista además que estamos ante un tipo penal que ha sido considerado *"residual"* y/o esquivo a la hora de

pretender su determinación, tal como lo indica POLAINO NAVARRETE -"Delitos contra la administración pública", en CDPE, PE, t. II, p. 431, Madrid, 1997-.-

Vemos entonces que **"la reforma de la ley 25.188 introdujo al tipo un elemento subjetivo que ya había sido indicado por alguna jurisprudencia: la acción de interesarse debe ser teniendo en miras un beneficio propio o de un tercero"** -CREUS-BUOMPADRE, *Derecho Penal*, PE, t.II, p. 327.-

A partir de ello, es factible sostener -en función de lo expresado por la doctrina más moderna- que: *"La nueva redacción de la ley penal ha desmejorado en apariencia la protección que antiguamente otorgaba esta figura pues, se le agregó a la fórmula típica (como requisito) que el funcionario actúe en miras de un beneficio personal o de un tercero"*, con lo que *"la actual disposición trata de impedir que el funcionario u otro se beneficie merced a una negociación en la que el primero intervenga en favor del estado"* -cfr. VILLADA, *Delitos contra la administración pública*, p. 361. Podemos significar entonces siguiendo a la doctrina: *"Ello significa que el interés que demuestra el agente en la contratación u operación debe ser particular, sin perjuicio de la concurrencia, o no, del interés de la administración pública a la cual el funcionario debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa"* -DONNA, *DP, PE*, t. III, p. 317 y *Delitos contra la administración pública*, p. 316-.-

En ese andarivel, al explicar el contenido del verbo **"interesarse"** la doctrina es conteste en definirlo como la acción de *"volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa"* -con matices se pueden ver: CREUS-BUOMPADRE, *Derecho Penal*, PE, t.II, p. 327, CREUS, *Delitos contra la administración pública*, p. 371 y ss., FONTAN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, t. VII, p. 337, BAIGUN-ZAFFARONI, (dir), *Código Penal*, t.10, p.787, DONNA, *DP, PE*, t. III, p. 318, D´ALESSIO, *Código Penal*, PE, p.849-. *"El interés tomado debe ser personal"* dice SOLER -*Derecho Penal Argentino*, t. V, p. 214-. Se trata de *"provecho, utilidad o ganancia"* dice MOLINARIO -*De los delitos*, t. III, p.369- Con auxilio de

GARRAUD, GONZALES ROURA nos habla de *"una intromisión peligrosa"*, Derecho Penal, PE, t. III, p.395-. Tenemos entonces que, a partir de la reforma, se precisó el concepto de interés complementándolo con el de *"beneficio"* personal o de un tercero, y con ello, se tuerce o desvía la voluntad de la administración en miras de un propósito que le es ajeno.-

Sentado ello, a partir de un completo análisis de la sentencia recurrida vemos que la misma **omite explicar** en función de qué proposición muta, trastoca, extrapola el objeto -verbo típico- de las acusaciones, a saber: **"haber realizado y autorizado"** -Klein y Ortman- **"haber efectuado ventas"** -Kranewitter- para adaptarlo y con ello convertirlo en el elemento típico requerido esto es: **"interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero"**, tal como inicia sus conclusiones valorativas -fs.569- pero además, omite también señalar eventualmente, en función de qué pruebas o elementos cargosos da por acreditado ese requisito doloso que ponga de relieve una actividad orientada a interferir para con ello producir un beneficio propio o de terceros, cualidad que se entiende, *"requiere este elemento que además recarga el dolo requerido por la figura"* -VILLADA, ibídem, 361, incluso CREUS al indicar: *"la conducta punible es la de interesarse"*, *Delitos contra la administración pública*, p. 371-.-

Como dije antes, del breve repaso por los antecedentes normativos es dable sostener que la anterior redacción de la norma castigaba al funcionario por el solo hecho de participar al mismo tiempo por la administración y por sí mismo en un negocio jurídico o transaccional de carácter patrimonial sin importar el resultado económico, beneficio o perjuicio alguno -lo que se llamaba actuar en doble carácter-. Con ello se pretendía evitar una suerte de "desdoblamiento" funcional, pues se tomaba como norte una burocracia estatal imparcial a la hora de decidir. Ahora, con el agregado de la Ley de Ética Pública, se requiere además que sobre esa participación exista el dolo típico que requiere la figura -así: VILLADA, ibídem, 361-.-

Este cambio se explica en la medida en que antes la protección se centraba en la **"fidelidad"** funcional -NUÑEZ, *Tratado de*

derecho penal, t. V, p. 128- y con ello, contratar en doble calidad bastaba. Hoy, como lo regula expresamente el tipo, **parece indispensable además, la presencia de un interés en miras de un beneficio propio o de terceros** que debe ser, al menos explicado y de hecho, probado.-

Al respecto, la doctrina mayoritariamente entiende que debe existir un **"interés personal"** de naturaleza económico -RIVAROLA, RODRIGUEZ DEVESA, SOLER, DIAZ, NUÑEZ, ESTRELLA y GODOY LEMOS, BAIGUN-ZAFFARONI, en *CP*, (dir), D´ALESSIO- en tanto otros autores -como GOMEZ, *Tratado*, t.V, p.557- quizás por la influencia italiana -art.323 CP-, postulan que el interés puede ser económico o de cualquier otra índole siempre y cuando sea distinto al que tiene la administración pública. CREUS señala que la presencia de un *interés económico* constituye un requisito típico indispensable para la configuración de este tipo penal sin importar los restantes fines que persiga el agente, entiende además que el interés debe ser *"personal"* -ver también: SOLER, t. V, p. 214, NUÑEZ habla de *"interés patrimonial"*, *Tratado de derecho penal*, t. V, p. 131-. SANCINETTI en cambio propone que se interprete abarcando al "provecho" o "aprovechamiento" en beneficio ilegítimo del autor -"Negociaciones Incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas", en *Anuario DP y CP*, INEJ, Madrid, 1985-.-

A fuerza de ser reiterativo quiero significar que en esta causa, al requerirse los hechos no se explicó, ni siquiera se señaló la existencia de un **"interés"** económico o de otra naturaleza. No se expuso cuál es el **"beneficio"** buscado por cada uno de los encausados los que se sitúan en planos diversos. En efecto, al intimarse los hechos no se indicó la ocurrencia del **"interés personal o de un tercero"** perseguido en la contratación, el que -como vimos- es un requisito exigido en la ley y por la doctrina; lo que configura un serio problema que se agudiza al tiempo de dictar sentencia donde el magistrado debe esgrimir esos motivos, dando por sentado que fueron intimados y probados, apareciendo las razones invocadas al menos como insuficientes.-

Desde otro ángulo y ya en lo que hace a la prueba del

núcleo típico del delito, si *vía hipótesis*, aceptáramos que estemos frente a un delito de peligro concreto -como parte de la doctrina anterior a la reforma lo sostenía- **no tengo dudas que en primer lugar debe imputarse ese elemento específico** -intimarse la conducta típica- a propósito de permitir repeler la acusación y por otro lado, al tiempo de dictar sentencia condenatoria, debió señalarse la inobservancia de la "**fidelidad**" requerida en la emergencia en base a información concreta, plausible, demostrable, que ponga de manifiesto el interés particular de los funcionarios en cada acto llevado adelante. Ambos aspectos se muestran ausentes en la especie.-

Hablo aquí de "**fidelidad**" pues comparto la tesis esgrimida entre otros por ABOSO al sostener que se ajusta mejor al propósito buscado y creo que resulta más acertada desde el punto de vista de la legalidad material sobreponiéndose a otras perspectivas que entienden al bien jurídico como la "*apariencia de integridad*", la "*imagen*", el "*prestigio*" o bien la "*imparcialidad*" del funcionario -p.31/59, RDP, 2004-I, Delitos contra la Administración Pública-.-

Con lo expuesto entiendo que existen fisuras insalvables en la conformación de la plataforma fáctica, específicamente en el modo en que fueron atribuidos los hechos, ante la ausencia de una intimación completa sobre aspectos nucleares de la figura enrostrada lo que las deja huera de contenido delictivo.-

Aún así, podría esgrimirse que, aunque defectuosa, la imputación es viable, y por tanto entiendo necesario avanzar con el resto de los planteos, contestando los demás agravios relativos a la falta de prueba y al eventual error de prohibición, por cuanto al tratarse de un caso en donde se encuentran involucrados aspectos públicos e institucionales, considero que la Justicia debe agudizar su capacidad de respuesta de modo que se entienda acabadamente el por qué se arriba a una decisión como la que nos ocupa.-

VI-Materialidad del delito enrostrado: la sentencia afirma un supuesto "*interés*" -"*injerencia*"- de Kranewitter al tiempo de efectuarse las compras, pero lo cierto es que para tal propósito se toma de la

indagatoria prestada por el acusado quien reconoce haber confeccionado el "listado al encargado de compras para que él comprara la mercadería o los materiales", aclarando que no "sugería" ni marcas ni lugar donde comprarlos -cfr. fs 226/228- y que ese listado llegaba al encargado de compras de la Junta de Fomento, el inculpado Ortman quien, luego de efectuar una búsqueda de precios concretaba la compra -la autorizaba, emitía órdenes de suministro-. En ese proceder, si bien puede afirmarse que la informalidad de la búsqueda de precios puede contribuir a generar sospechas de parcialidad si se analiza todo el material glosado, no es posible inferir que ello efectivamente ocurra, ni mucho menos afirmarse que esa práctica sea ilegal o contraria a la reglamentación vigente, tal como lo han sostenido los profesionales del área y siendo además que el propio organismo de contralor, **el Tribunal de Cuentas de la Provincia, luego de auditar la Junta, no realizara observaciones.-**

Tampoco es ilegal el hecho de que Kranewitter haya retirado materiales, de hecho era parte de su función, podrá verse desprolijo pero si no influía en la determinación del lugar de compras, era algo propio de su actividad, más en el tipo de Junta de Gobierno de la que en aquella época se trataba. En esa línea, estimo que la explicación brindada en la sentencia no resulta suficiente para dar por acreditado que en verdad existió un "**interés**" de parte de los tres acusados en **torcer la voluntad** de la administración pública hacia un interés personal en cabeza de cada uno de los imputados. Ante las afirmaciones que se hacen en la resolución atacada, entre otras cuestiones me pregunto: *¿cuál era el interés de ORTMAN?, ¿cuál fue el de KLEIN?, ¿qué injerencia probada existe de KRANEWITTER en punto a desviar las compras hacia su comercio?, ¿cuál es el interés perseguido por los dos primeros en esa situación?, ¿había más opciones que comprarle a esos comercios en esa localidad?, ¿qué perjuicio pudo ocasionar esta actividad a la Administración?.-*

Entiende además el sentenciante que se ha "*acreditado con grado de certeza que los tres funcionarios de la Junta de Fomento de Villa Valle María, hoy inculpados, con pleno conocimiento de las circunstancias*

objetivas, intervinieron en el proceso de adquisición, mediante la modalidad de compras directas, de materiales y herramientas al comercio de uno de ellos -Kranewitter-, vulnerando la "imparcialidad" y la "transparencia" que deben primar en la función pública". Ahora bien, nuevamente me pregunto, ¿se dan en esa afirmación los requisitos de la figura típica?.-

La adquisición de materiales que todos han reconocido se efectuó con toda normalidad en sus entregas, los materiales comprados eran necesarios -al menos no se ha contradicho esa circunstancia-, se compraba habitualmente allí y en el otro corralón, no se ha demostrado ni siquiera se ha alegado que se pagaran sobrepuestos. **En definitiva, los productos comprados por la Junta se pagaron a precios de mercado y a través de los mecanismos preestablecidos, siendo además que las mercaderías se entregaron y eran necesarias para la actividad ejecutiva.** Ante ese panorama, no comprendo cómo pueden verse satisfechos los requisitos típicos.-

En el caso se debió demostrar -como hemos visto- **un interés en torcer la voluntad de contratación y con ello de beneficiarse o beneficiar a un tercero.** No hay elementos que permitan inferir siquiera esa circunstancia. Sólo se esgrimen conjeturas pero se omiten valorar los elementos de descargo, la prueba en su conjunto, lo que resulta arbitrario.-

Prueba de ello es que de todos los elementos arrimados, de las declaraciones testimoniales de los propios denunciados, no existe un solo elemento que permita sostener que los acusados torcieron la voluntad estatal en búsqueda de un beneficio personal o de terceros. Los propios vecinos que instan la investigación dicen haber actuado por comentarios o en búsqueda de que se esclarezcan los hechos pero tampoco sugieren situaciones que impliquen un desvío de la voluntad pública hacia un interés determinado.-

De la declaración que realiza el imputado **KLEIN**, al concretar su defensa material, en modo alguno puede decirse que se extraigan frases que indiquen que se *"interesó"* en beneficio de un tercero o propio, es más surge con claridad que siempre se ha priorizado *"distribuir la compra en*

*forma equitativa a todos los comercios de Valle María para no favorecer a ningún en particular", en tanto deja en claro que Kranewitter "no sugería marcas ni lugares, nunca, se limitaba a indicar lo que se necesitaba", que era el Secretario de gobierno "el encargado de las compras, el que hacía las averiguaciones de los precios, calidades y demás y determinaba a quien se le compraba siempre hablando de compra directa, en los cotejos había una escala en general se hacía una averiguación de precios que según los montos era telefónica o se pedían presupuestos por escrito", consignando que en todo momento se trató de "mantener la igualdad (...) en Valle María había solo dos corralones de materiales de construcción y que siempre se trató de comprar en cantidades aproximadamente iguales a cada uno de ellos". Por su parte, **ORTMAN** indica que en "el sistema de compras lo más abundante era la compra directa la cual se realizaba cotejando precios los cuales se averiguaban de manera personal o telefónica" y coincidiendo con KLEIN indicó que tenía "como criterio distribuir la compra de manera equitativa entre los distintos comercios de Valle María (...) lo que se hizo fue continuar con una práctica que venía de la gestión anterior" y que al negocio lo manejaba Lell, reiterando que "Las compras se hacían tratando de equilibrarlas entre los distintos comercios". **KRANEWITTER** en tanto, dijo ser albañil y que desde el año 2003 para darle una mano a su yerno Walter Lell, decidieron cerrar la despensa e invertir un dinero que tenían en un corralón de materiales para la construcción pero que él seguía trabajando en la construcción y que su yerno y su hija se hicieron cargo de la administración del negocio. En esa línea sostuvo que no participó en nada, ni en las compras, ni en las ventas y que ni pisaba el corralón dedicándose exclusivamente a trabajar en el municipio, en el camping y en el servicio fúnebre de la municipalidad. Estos aspectos, que hacen a lo medular de la defensa y permiten contemplar si existieron actitudes propias del presunto "desvío de la voluntad" requerido por el tipo, no han sido rebatidos ni valorados al dictar sentencia.-*

En esa misma senda, el contador **ROSIN** que se desempeñó desde el año 2007 como asesor contable del municipio de Valle

María, indicó la metodología apta para hacer las compras. Que ante una orden de compra se hacían consultas de precios, en algunos casos se hacía por escrito y en los demás casos de manera telefónica o personal porque la ordenanza no exigía otra formalidad, en los hechos era compulsiva telefónica y no se dejaba registro, que la norma no exigía que quedaran documentados, *"tampoco nunca supo que Kranewitter se interesara en alguna compra o tuviera injerencia o hiciera gestiones para que se comprara en su comercio; Kranewitter trabajaba afuera y eso le parecía normal, cree que ni Ortman ni Klein le hubieran permitido una injerencia tal a Kranewitter"*, *"En el año 2008 en Valle María había dos corralones"*. Por su parte, **DALINGER**, quien se desempeñó como asesor letrado de la Junta de Gobierno de Villa Valle María, dijo que el Secretario de Gobierno era quien hacía el concurso de precios y mandaba mail a todos los vendedores de ese producto y luego se le compraba al que lo tenía más barato. Puntualmente sostuvo: *"Dentro de ese esquema el Secretario de Obra Pública no intervenía ya que se encontraba fuera de la parte de la administración"* agregando *"el que decía la cantidad de un determinado material que se necesitaba era el albañil o el encargado de Obra Pública, que era quien daba la orden de los trabajos que se tenían que hacer pero nunca se interesó en la compra de un producto y menos en un corralón determinado. Nunca supo que Kranewitter sugiriera la compra de materiales de construcción en un lugar o en el comercio de su propiedad"*. Explicó además el sistema de compras directas y que se le compraba a los dos corralones por igual, más al corralón "Valle María" porque recuerda que eran más baratas algunas cosas, incluso que *"le sorprende la denuncia porque Asselmborn le ha comprado toda la vida a su hermano que es el titular también de un corralón"* agregando que *"La pésima relación de Kranewitter y Ortman era pública y notoria"*.-

Vemos entonces que tanto el asesor letrado como el contable del gobierno de la Junta descartan la intervención de Kranewitter en la determinación del lugar de compras -torcer la voluntad- dando razones válidas y motivos concretos que no han sido rebatidos por la acusación ni

descartados al resolver el caso.-

Me interesa también analizar los dichos de los denunciantes. Así la testigo **LÓPEZ** indica con claridad que *"no vio nada directo, era un comentario y como funcionaria que era lo expuso para que se investigue"*, el denunciante **ASSELBORN** en sintonía con López dijo que *"cuando era vocal de la Junta y escuchaba comentarios de vecinos que veían estacionados vehículos municipales para cargar materiales en el corralón de Kranewitter, veía decretos adjudicando a "Su Corralón" la compra de materiales, y los vecinos e incluso él mismo pudo ver, vehículos estacionados en el corralón de Kranewitter. Creyó necesario hacer la presentación en la justicia, porque en ese ambiente no había dialogo con el oficialismo, no le daba intervención porque él había sido el intendente anterior y había una rigidez absoluta, hicieron la presentación en la justicia para que verifique si había desembolsos y pagos en "Su Corralón" y si había o no delito inicial"*, también el denunciante **DREILING** sostuvo que se enteraron que la municipalidad efectuaba compras en el corralón que era de propiedad de una persona que también era funcionario y para *"no ser cómplices"* quisieron hacer la presentación en la justicia.-

Como se puede apreciar, todos afirman haber actuado en creencia de que era su responsabilidad presentarse ante la justicia y pedir que se investiguen los hechos, algo que es aceptable, pero de ahí a dar por probados las acusaciones que más tarde se dirigieran hay un camino que debe ser recorrido por quien pretende una condena.-

En otro orden considero esclarecedor el testimonio de **Marta Marina ORTMAN** no sólo porque dijo ser prima del imputado Ortman sino porque en su calidad de dueña del otro corralón en el que se provee el Municipio indicó que en ningún período dejaron de comprarle, que quien está a cargo de las compras era Ortman y que en los años 2007/2008 participó de procedimientos de compra. En tal sentido dijo que se hacían cotejos de precios a veces mediante llamadas telefónicas o iban personalmente y le consultaban los precios, si tenían tal cosa, si había existencia, cantidad, precio, de todo. Las

consultas eran personales y telefónicas, si ella iba a llevar algo al municipio y se cruzaban le preguntaban ahí. Aclaró además que en ese periodo le compraron y sabía que también le compraban al otro corralón y esto le parecía bueno, el hecho que sea un pueblo chico y los comercios que tributaban en el municipio compartieran la compra le parecía bien. Dijo que **"nunca le pareció que estuvieran favoreciendo a Kranewitter"**. Agregando por último que en los años 2007 y 2008 los únicos corralones que había en el pueblo eran el de ella y el de Kranewitter, quizás algún otro pero en Diamante y que si bien no recordaba puntualmente que sea una promesa de la campaña de Klein repartir las compras, cree que sí, pero aclaró que se hablaba de apoyar a los comercios locales, todos los partidos siempre hablaban de eso.-

La contadora **UNRREIN** quien se desempeña como contadora municipal desde el mes de octubre del año 1987, dijo tener la facultad de observar pagos, para poder hacerlo tiene que ver si la operación de compra es correcta, dependerá si es compra directa, concurso o licitación, lo cual depende del monto. También narró que es la que verifica administrativamente que se cumplan los recaudos de la normativa vigente, entre otras cosas y puede advertir al presidente si un pago no es correcto o tiene alguna observación para hacer. Afirmó categóricamente que **en el período de 2007/2008 no notó que se realizara ninguna operación de compra directa que mereciera ser cuestionada, que no vio irregularidades**. Dijo que hace veintisiete años que trabaja con el Tribunal de Cuentas, indicando que cada año dicho Tribunal los auditaba, efectuaban un control que entendía era total y no selectivo porque revisaban desde el Libro Banco, Planilla de Caja, Licitaciones, Concursos, entre otras cosas, dentro del tiempo que estaban que era generalmente una semana y que en la gestión de Klein el Tribunal no realizó observaciones. Respecto a lo que podría ser la injerencia de Kranewitter en las compras sostuvo que éste no participaba en la gestión de ellas y que en la administración lo veía poco, su tarea era más ser un ejecutor de obra pública en la calle.-

Además se produjo prueba y se agregó documental de la

que surge sintéticamente que Kranewitter estaba inscripto en la actividad antes de que ingrese a la gestión de la Junta; a fs. 478/513 obran informes del Tribunal de Cuentas de la provincia de Entre Ríos de los cuales surge que se aprobaron las Rendiciones de Cuentas de los Ejercicios 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011 del Municipio de Villa Valle María.-

Como observamos, más allá de la cuestión relativa a la omisión de imputar el elemento típico tal cual se señala *supra*, les asiste razón a los recurrentes cuando insisten en señalar que no se ha probado que los acusados hayan actuado en miras de un interés propio -Kranewitter- o de terceros -Ortman y Klein- puesto que ninguno de los testigos ni de la propia documental surge esa situación. Kranewitter no intervenía en la compra y Ortman hacía los cotejos de precios en la forma que la ley lo permitía, como dije antes, podría haber sido más prolijo y dejar constancias, pero como afirman los expertos del área, el mecanismo no exigía formalidad alguna con lo que no se observa allí un incumplimiento.-

Quiero además significar que no tengo dudas que el proceder de estos agentes desprovisto de formalidades -aunque reitero, en el marco de las disposiciones vigentes- ciertamente ha dado pie a comentarios en una localidad pequeña lo que quizás motorizó la denuncia y posterior investigación puesto que se requiere que todos los funcionarios del Estado actúen al reparo de toda sospecha de parcialidad, con probidad, lealtad y buena fe, pero de allí a condenarlos por torcer la voluntad estatal hay realmente un abismo.-

Estimo que no es este tipo de actos para el que la norma ha sido diseñada sino más bien aquellos que involucran actos de corrupción con evidente contenido patrimonial y perjudicial para el Estado y la erosión de su transparencia. Sí creo que estas personas han actuado como les parecía que podía ser mejor para el pueblo, comprando a sus comercios, sin favorecer a ninguno -tal como lo reconoce la dueña del otro Corralón la señora Ortman-, y que además cabe aclarar, como lo han dicho los señores defensores, pertenecen a un Partido Vecinal, que se involucraron en pos de mejorar la

calidad de vida de sus vecinos pero siguen -al menos esas circunstancias no han sido contradichas- en sus actividades de profesor de matemática, criador de conejos y albañilería.-

Es claro que no estamos frente a personas que buscaran un interés propio o de terceros sino más bien mantener un "equilibrio" entre los proveedores comprando en la localidad para favorecer al comercio de la zona y con ello generar desarrollo genuino de sus pobladores. Es realmente injusto reprocharles una cuestión de esta naturaleza máxime cuando era parte de una práctica que venía que no se instaló -introdujo- para favorecer a una persona determinada.-

No veo cómo puede resultar contrario a la fidelidad del Estado el hacer un listado de las necesidades para el normal funcionamiento de la gestión municipal -Kranewitter- o disponer las compras -Klein/Ortman- por una cifra superior a \$ 70.000, durante un año y como se observa en el legajo documental 3, se corresponden a palas, terrajas, plasticor, llaves de paso, entre otros materiales y herramientas de uso habitual; siguiendo para ello el mecanismo previsto y de ese modo, permitiendo que todos los comercios locales puedan vender a un importante cliente como es la Junta de Fomento tal como venía sucediendo con anterioridad.-

Pero y como dato significativo, **el Tribunal de cuentas no observó esas operaciones** lo que descarta cualquier tipo de irregularidad administrativa lo que no es un dato menor, pese a que no ha sido considerado en el contexto de las pruebas. Tampoco los denunciantes han señalado favoritismo, falta de entrega de mercaderías, compras innecesarias, sobrevaluadas o diversas a las requeridas por la Junta, es decir, no advirtieron daño o perjuicio alguno sea al erario público o a los eventuales competidores en la provisión de materiales.-

De ahí que el castigo que se les aplica, lo que incluye la inhabilitación absoluta perpetua, aparece francamente injusto e incluso desalentador para los vecinos de una pequeña localidad -en esa época contaba con algo más de 2.000 habitantes, se sostuvo sin contradicción- que pretendan

organizarse y convertirse en opción de gobierno en sus pueblos apartándose de la creciente profesionalización de la política.-

La sentencia no da motivos, no explica, no argumenta cuál es el interés que se desvió en tanto y en cuanto, se compró lo necesario -ver legajo documental 3- por los mecanismos predispuestos.-

La propia Fiscalía reconoció que podía haber cotejos en algunos casos, pero que no era obligatorio, también admitió que no hubo prueba de perjuicio alguno para la Junta y que el comportamiento público de los acusados se debió a la impunidad con la que se manejaban. No comparto esta última afirmación, se comportaron en la forma que lo hicieron porque estaban convencidos que su actuar era acorde a la ley. Nótese que en este caso, la mercadería se entregó, se pagó a un precio normal, se compró según las necesidades y urgencias; en síntesis, no hubo ningún tipo de perjuicio para la Junta en tanto que los sospechados intervinieron en el marco de las funciones que las leyes les acuerdan y claramente sin "interesarse" en obtener un beneficio personal o de terceros.-

Por último, basta recordar que el corralón ya era proveedor de la Junta, en otros términos, no se insertó en el mercado -o Kranewitter en la Administración- para venderle a la Junta de Gobierno, sino que continuó trabajando tal como se venía haciendo en las demás administraciones. En definitiva y retomando el comentario del artículo 265 del CP que hace MORENO, es evidente que no han sido acreditados los "*motivos de interés privado distintos a los que deben gravitar exclusivamente sobre sus actos, o sea los de carácter público*" -obra citada, p. 247-.-

VII.- Error de prohibición: Sin perjuicio de lo precedentemente analizado y dando por sentado *vía hipótesis* que la imputación ha sido correctamente formulada y que se han probado los hechos en forma satisfactoria, estimo que el descarte del error de prohibición en que habrían incurrido los encartados ha sido arbitrario y -tal como lo han señalado los señores defensores- apoyado sólo en consideraciones dogmáticas sin tener en cuenta aspectos fácticos determinantes que surgen del análisis conglobado

del plexo cargoso.-

En los alegatos de juicio, con matices, se alegó que los incursos desconocían el carácter contrario a la norma que podrían importar las compras del municipio al corralón de Kranewitter. El Dr. Schlotahuer, expresó que Klein y Ortman *"estaban seguros de haber estado haciendo lo correcto, si hubieran tenido aunque sea la sospecha que no era lo correcto hubieran dejado de hacerlo; se asesoraron y toda la prueba no fue valorada"*, agregando que ambos *"estaban convencidos, moral y éticamente, de estar haciendo lo correcto y se habían asesorado, son personas muy conocidas en la localidad y hasta los denunciantes dijeron no les constaba que hubiera interés directo"*. Por su parte, el Dr. Chemez -ejerciendo la Defensa técnica de Kranewitter- sostuvo que existió un error de prohibición invencible *"primeramente porque no se figuró que su obrar pudiera ser ilícito, señalando que su escaso nivel de educación habiendo podido culminar solo la primaria puede ser parte de no entender las cosas. Refirió que Kranewitter no tuvo la posibilidad de reflexionar sobre si su obrar era contrario a derecho o no, no llegó a la autorreflexión, a figurarse si estaba o no obrando antijurídicamente"*.-

El Tribunal de mérito por su parte desestimó la ocurrencia de error de prohibición, por entender que Klein y Ortman debieron agotar todos los medios para despejar las dudas que les generaron estas compras; y respecto de Kranewitter, ponderó que no padece ningún tipo de impedimento biológico o psicológico que le imposibilite comprender la criminalidad de su accionar, y que su falta de instrucción formal es irrelevante para valorar la ocurrencia del error de prohibición, el que -entiende- se descarta frente a la mera posibilidad de conocimiento del conglomerado de normas que rigen su actividad.-

Parto de la base que **el propio sentenciante expresamente refiere que el asesoramiento técnico que Klein y Ortman efectuaron a Rosin y Dalinger "se debe tener por cierto"** -es un hecho no controvertido-, que lo hicieron movidos por una duda que les generaba comprar en esas condiciones, duda que a su criterio *"no fue debidamente*

salvada", sin que conste dictamen formal al respecto, concluyendo que ante tal cuadro de situación, "*debieron extremar los recaudos para despejar de toda duda a su interrogante*".-

Liminarmente, y tal como lo he desarrollado *-in extenso* ver: "Culpabilidad, Error y Prevención", en ELDial, 18-12-2007- debo recordar que el análisis de la culpabilidad puede encararse desde el punto de vista de la teoría psicológica o normativa de la misma. La culpabilidad psicológica se limita a comprobar el acaecer externo del hecho y su vinculación con el autor, la meta es la comprobación causal de la voluntad del autor respecto de un hecho ilícito. Para ello requiere un análisis de tres presupuestos: **1)** relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso, **2)** desaprobación del hecho, **3)** conciencia de la contrariedad al deber en el autor. En tanto la culpabilidad normativa verifica si el autor: **1)** es normal o capaz, **2)** si ha tenido una relación con el hecho o la posibilidad de tenerla, **3)** ha obrado en circunstancias normales.-

Por lo tanto, los parámetros que han de tenerse en cuenta para hablar de un sujeto culpable -imputable, que permita suponer que el hombre ha podido decidir libre y correctamente- son: **1)** en primer lugar, que se opere en base a un sujeto capaz, esto es que tenga capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y en su caso, de comportarse conforme a derecho, elemento habitualmente llamado imputabilidad. **2)** en segundo lugar, debemos determinar que tuvo la posibilidad de conocer la ilicitud, es decir, una virtual conciencia de la antijuridicidad del acto. **3)** Por último, examinar que el sujeto no haya obrado en el marco de una circunstancia que permita excluir el reproche, es decir que la conducta ha de serle exigible.-

Expresa Bacigalupo *-Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 138- que para aplicar una sanción penal, es necesario verificar que el sujeto tuvo la posibilidad de saber qué debe hacer, y conocer el reproche social expresado en la punibilidad; la posibilidad de haber evitado la comisión del delito o de haber dado cumplimiento a un mandato de acción -en los supuestos en que su infracción esté penada por

ley-; y que exista proporcionalidad de la pena aplicada con la gravedad del hecho cometido.-

Por ello, entiende que *“de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido. Consecuentemente, serán incompatibles con el principio de culpabilidad el versare in re illicita, la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado (responsabilidad objetiva y delitos cualificados por el resultado), la negación de la relevancia al error de tipo, al de prohibición y al error sobre la punibilidad, la aplicación de penas a quienes no hayan podido comprender las exigencias del derecho o comportarse de acuerdo con ellas y a quienes hayan obrado bajo condiciones en las que la ley no exige su cumplimiento. En el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad excluye toda pena que supere con su gravedad la del hecho”* -op. cit., p. 140-.-

Puntualmente, el error de prohibición surge como consecuencia de la adopción de la concepción finalista de la acción, con su ubicación del dolo en la tipicidad y la prevalencia de la teoría de la culpabilidad por sobre la del dolo. Explica Sancinetti que *“La 'teoría del dolo' era propia del sistema basado en la 'teoría causal de la acción'. El ilícito era definido como lesión de un bien jurídico: todo lo objetivo correspondía al ilícito, todo lo subjetivo, a la culpabilidad. Dolo e imprudencia eran formas de 'culpabilidad' por un comportamiento en sí 'igualmente típico y antijurídico'. Al imponerse el sistema de la llamada 'teoría final de la acción' (teoría del ilícito personal) el dolo y la imprudencia fueron clasificados ya en el tipo penal, por ende, como quebrantamientos distintos de la norma (o bien, como quebrantamientos de normas distintas). Pero el dolo que pasó a clasificarse así en el tipo penal*

quedó desprovisto de la consciencia del ilícito, que siguió siendo un problema de culpabilidad, una culpabilidad que puede corresponder tanto a un hecho típico doloso como a un hecho típico imprudente. Sobre estas nuevas bases se impuso una clasificación del error en error de tipo y error de prohibición (sobre la antijuridicidad)" -SANCINETTI, Casos de Derecho penal, PG, t. II, p. 97-.-

Así, el error de prohibición se da cuando el autor a pesar del pleno conocimiento de las circunstancias del injusto, es decir, no obstante el conocimiento de todas las circunstancias de las cuales resulta el tipo penal, no sabe que su acción es ilícita, pues le falta únicamente la conciencia de la ilegalidad. **El autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que esa acción no resulta prohibida o está permitida**; en definitiva, el autor carece de conciencia de lo ilícito que es su accionar. En palabras de Roxin, incurre en error de prohibición quien "... *interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta... se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en lo que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta...*" -ROXIN, Derecho Penal, PG, t. I, 1997, p. 872 y ss-.-

A diferencia del error de tipo, que se rige por el principio del conocimiento, el error de prohibición se rige por el principio de responsabilidad. El autor es responsable en la medida de su desconocimiento: si pudo evitarlo será responsable aunque en menor medida de punición, si en cambio no pudo evitarlo no será responsable. Hruschka aclara que "*La exculpación del autor que desconoce la antijuridicidad de su comportamiento se corresponde con la Ignoratorum nulla est imputatio del primer nivel de imputación. Ciertamente, el autor que obra en error de prohibición o de mandato comete un hecho antijurídico, ya que se halla en situación de ejecutar la acción mandada o de omitir la prohibida; sin embargo, no tiene ningún motivo para obrar conforme a deber, puesto que no conoce la regla de comportamiento pertinente. Por lo tanto, le disculpamos, de la misma forma que excluimos la imputación de primer nivel cuando el autor desconoce*

circunstancias fácticas esenciales" -HRUSCHKA, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", *ADPCP*, T. XLVII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1994, p. 351-. El mismo autor, visibiliza la misma lógica en el caso del error sobre las circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación -error de tipo permisivo-, los cuales *"quedan en principio equiparados a los errores sobre circunstancias que son relevantes según un tipo delictivo, y deben, por ello, ser tratados de forma análoga ... Lo que para el actual Derecho penal significa, por ejemplo, que la suposición errónea por parte del autor de circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación, debe ser reconocida como excluyente del dolo"* -HRUSCHKA, op.cit., p. 355/356-.-

El efecto exonerante del error de prohibición *"... toma en cuenta el hecho de que los contactos sociales se han vuelto más complejos y difícilmente abarcables, lo que genera a su vez una inmensa producción legislativa que el individuo ya no puede dominar sin lagunas ... En este panorama de cierta inseguridad, la probabilidad de errores no es tan remota. Pues bien, la disculpa tiene el efecto positivo de impedir que la pluralidad y contingencia del derecho se sientan como una amenaza permanente, y facilita a su vez que las normas sean vividas como una posibilidad de ampliar los horizontes de acción. A fin de cuentas, se trata de que las normas sean puestas en práctica por las personas y no sufridas a posteriori"* -MANSO PORTO, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, p. 97/98-.-

Para ponderar la vencibilidad de un error de prohibición, se ha entendido que el mismo es evitable cuando el agente podría haber tomado conciencia del carácter ilícito de su obrar, de haber mediado un esfuerzo, que le era exigible -i.e., que estaba a su alcance-, o procurarse la información necesaria para evitar el error. En palabras de Córdoba: *"Lo que se reprocha al autor es que si hubiera examinado la relación de su conducta con el orden jurídico, habría podido reconocer la ilicitud de su conducta. Tal examen, tal confrontación de la conducta con el orden jurídico, supone un acto voluntario, un despliegue voluntario de actividad con el fin de procurarse conocimiento"*

-CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, p. 50-.-

Sin embargo, aún resta precisarse esa noción, por cuanto -siguiendo a Frister-, esa formulación "*no da en el centro de la cuestión, ya en razón de que la conciencia sólo puede aportar información sobre el propio juicio moral, pero no sobre la valoración jurídica, que de ningún modo es idéntica a ese juicio*", por lo que lo que se debe exigir al autor es que "*emplee todas sus facultades mentales cognitivas y elimine las eventuales dudas que le aparezcan mediante la reflexión o, en caso necesario, recabando un consejo*" -FRISTER, *DP, PG*, p. 383-.-

Por mi parte, al tratar la diferencia entre error "vencible" e "invencible" he dicho: "*Podemos decir que estamos en presencia de un error **invencible** cuando el autor, pese a realizar el esfuerzo de conciencia que le era exigible, desconoce la antijuridicidad de su conducta, y con ello pierde toda posibilidad de conducirse según lo establecido por el deber, circunstancia ésta que lleva a excluir su culpabilidad*" -entre otros: STRATENWERTH, *Derecho Penal, P.G.*, p. 184. JAKOBS, "Responsabilidad por culpabilidad versus responsabilidad por el resultado", en *Fundamentos del Derecho Penal, Ad Hoc*, 1996, p. 29, BACIGALUPO, *Derecho Penal, PG*, p. 433. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, PG*, p. 372-. "*Al hablar de error **vencible**, se supone la existencia que hubiera podido ser evitado por el autor de haber tomado los recaudos del caso, sin que lleve a excluir la culpabilidad, sí provoca que se atenúe la respuesta punitiva*", advirtiendo además la exigencia que pesa sobre el sujeto de obrar de manera autoreflexiva o bien de acudir a informarse optando por ésta última al entender que "**va a ofrecer mayores garantías y seguridades a la hora de actuar. Siempre el consejo de un tercero, más si se trata de un abogado, será bienvenido a la hora de tomar una decisión que podría comprometer al sujeto**" -"Culpabilidad, Error y Prevención", *ELDial*, 18-12-2007-.-

En autos, es evidente que la duda se presentó tanto en Klein como en Ortman -ante la cual, lejos de actuar desaprensivamente, recurrieron al consejo de Rosin y Dalinger-, y no a Kranewitter -según alegó,

refiriendo su defensor técnico que ni siquiera se planteó la posibilidad de considerar ilícito su obrar. Vemos entonces que **ante la duda consultaron, se asesoraron, aventaron la duda con un técnico, por tanto no podían saber que su accionar era reprochable** -recordemos que *"No podía saberlo" es una excusa válida, pero se considera que "no tenía ganas no lo es"*, JAKOBS, "Responsabilidad por culpabilidad versus responsabilidad por el resultado", en Fundamentos del Derecho Penal, p. 20, también: LESCH, "Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición", en R.P.J., N° 45, 1.997, p. 152.-

Ello nos enfrenta a dos cuestiones: **a)** la confiabilidad de la fuente de información -si es o no adecuada para despejar la duda- y **b)** la problemática de las informaciones hipotéticas -la que, a pesar de no haber sido recabada, de haberlo sido hubiera sido infructuosa-.-

De acuerdo con Frister -op. cit., p. 384-, *"... en tanto exista un motivo para analizar la corrección jurídica de una acción completamente determinada, tal procedimiento será suficiente sólo en casos de naturaleza muy simple. Para evaluar cuestiones jurídicas más complejas, un lego tiene que recurrir al asesoramiento técnico. Pero de él no se exige más que eso. Especialmente no se puede esperar que un lego en Derecho revise la corrección de la información dada por un abogado u otra persona dedicada a dar informaciones jurídicas. Si una persona tal confirma la corrección jurídica de la acción, como regla general un error de prohibición será -en contra de la jurisprudencia que en esa medida tiende a sobrevaluar las exigencias- inevitable"*.-

A igual conclusión arriba Bacigalupo: *"...El ciudadano no debe cargar con la tarea de verificar la corrección del consejo jurídico, pues ello lo llevaría a una cadena interminable de comprobaciones que prácticamente impediría todo comportamiento lo que resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente..."* -Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, PG, p. 443 y ss.-

Ello responde a una exigencia lógica: si quien duda poseyera los conocimientos que requiere una *"doble evaluación"*, no necesitaría consultar con otro. *"De allí que, de acuerdo con este punto de vista, el lego, por regla general, debería poder orientarse únicamente en la calificación formal de la fuente que imparte la información, y este permiso sólo debería decaer cuando circunstancias especiales hubieran dado motivo para dudar de la corrección de la información. Por consiguiente, una información sería confiable cuando hubiera sido impartida por una persona a la cual el autor, en virtud de su calificación formal, podía considerar versada y objetiva; ello, claro está, siempre y cuando circunstancias especiales no hayan dado una razón para dudar de la corrección de su respuesta"* -CÓRDOBA, F. op. cit., p. 213.-

Por lo tanto, y habiéndose asesorado Klein y Ortman con dos profesionales que consideraban confiables -reitero, teniendo el *a quo* esa consulta por cierta, lo que no ha sido cuestionado-, y habiendo obtenido como respuesta la corrección del obrar, no les resultaba exigible -al menos, en términos de exigencia normativa- consultar a otros especialistas, operando plenamente la confianza en quienes actuaban como asesores para la Junta de fomento implicada, independientemente del acierto o no de su conclusión. Siendo además ambos profesionales asesores técnicos de la Junta, aparecen claramente como las personas a consultar ante dudas respecto de su obrar como funcionarios públicos. Ninguna circunstancia extraordinaria se ha alegado que pueda haber influido en dicha confianza, por lo que la misma debe tenerse por válida, convirtiendo en invencible el error respecto de la validez de la contratación.-

En el caso de Kranewitter, de quien se ha dicho que no se planteó la posibilidad de la contrariedad de su accionar con el ordenamiento jurídico, es de destacar primeramente que resulta irrelevante que Kranewitter *"sea una persona absolutamente comprometida con la ciudadanía, habiendo intervenido en la vida social de Villa Valle María, no solo como comerciante y constructor, sino en entes de bien público"* -como destaca el sentenciante-, pues estamos ante un ámbito reglado en el que actúa como lego, no solo por

su falta de profesionalidad sino por su escaso nivel de educación formal -solamente educación primaria-.-

En el caso de Kranewitter, atento a la alegada falta de autoreflexión, solo puede arribarse a la afirmación de su culpabilidad por dos vías: o negando tal falta de autoreflexión -y presuponiendo el conocimiento de la antijuridicidad de su accionar- o imputándole la omisión de informarse -si es que se acepta como cierta la falta de conciencia de injusto-.-

La primera opción requiere para su viabilidad la efectiva existencia de pruebas conducentes al respecto -al menos indiciarias, pero con entidad suficiente-, lo que no se constata en autos, sin resultar suficiente la apelación abstracta al sentido común y la lógica que hace el sentenciante. La ausencia de las mismas nos puede llevar a incurrir en una "presunción de dolo", violatoria del principio constitucional de culpabilidad y del de inocencia.-

Si bien el sentenciante refiere que *"la culpabilidad no se funda en un efectivo conocimiento, sino en la mera posibilidad"*, ello no puede llevarnos a hipotetizar potencialidades cognitivas abstractas sin valorarlas desde el principio de culpabilidad -como sustento imprescindible de cualquier imposición de pena- y de las circunstancias del caso. En la sentencia se valora que Kranewitter se encontraba sujeto a un conglomerado de normas que debía conocer y a la que debía ajustar su accionar, sin ponderar que en las circunstancias fácticas concretas ese conocimiento es presupuesto de un modo meramente abstracto, recurriendo sin mayor argumentación a que resulta *"irrazonable e ilógico sostener que no conociera, al menos eventualmente, la prohibición de decidir qué materiales debía comprar la Junta de Fomento en la que cumplía funciones públicas, y vender a dicha Junta desde su comercio, adoptando un interés personal a la vez que continuaba en funciones como órgano del Estado"*.-

En relación con la segunda posibilidad, es de recordar que en la jurisprudencia alemana supo dominar la teoría "de la infracción del deber de informarse", según la cual el sujeto era culpable aún en caso de que la información omitida no hubiese despejado el error, por el solo hecho de

infringir el deber de informarse que le cabía. Esta postura, según la cual la mera infracción del deber de informarse importaba la evitabilidad del error y habilitaba el juicio de culpabilidad con independencia de la calidad de la información que se hubiera recibido, fue duramente criticada por la doctrina, por considerar que no resultaba respetuosa del principio de culpabilidad: "*La reprochabilidad, ausente, del hecho ilícito cometido por el autor es reemplazada aquí por la lesión de un deber general de reflexionar e informarse ... implica una manifiesta lesión del principio 'no hay pena sin culpabilidad'*" – RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, citado en CÓRDOBA, op. cit., p. 327-.-

Por lo tanto, no obrando en cabeza de Kranewitter un deber específico de informarse, y al no haber elementos suficientes para negar la falta de autoreflexión alegada por el mismo respecto de la antijuridicidad de su accionar, se impone la solución exculpatoria. A más de ello, es de destacar -como ya adelantáramos- que puede analizarse aquí la problemática de la relevancia de las llamadas informaciones hipotéticas: en el caso, no habiéndose asesorado Kranewitter, ponderar -*via argüendi*- qué hubiera sucedido en caso de haberlo hecho.-

En principio, la doctrina ha afirmado que "*(A)unque se constate que el sujeto no se ha informado (o no se ha esforzado lo suficiente) acerca de su actuación, el error será inevitable si, de haberse utilizado fuentes de información fiables, la conclusión hubiese sido igualmente errónea*" -SABORIT, D. F., *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, p. 252-.-

Si bien existen diversas posturas al respecto -una minoría exige ponderar la respuesta que una fuente experta y objetiva habría impartido luego de un *examen cuidadoso*-, para la opinión mayoritaria lo relevante sería la información que el autor realmente habría recibido en tanto proviniera de una fuente formalmente confiable.-

En autos, y como ya refiriéramos, los profesionales que aparecían a los ojos de los imputados como aquellos a quien se debía consultar sobre estas cuestiones eran los asesores técnicos: el legal -Dalinger- y el

contable -Rosin-. Si a ello se aduna la falta de circunstancias extraordinarias que hagan flaquear la confianza que por principio gozaban, y la inexigibilidad para el requirente de la verificación de corrección del consejo brindado, la invencibilidad del error de prohibición se impone: en el caso de Kranewitter, no solo porque no se ha probado acabadamente que tuviera un mínimo de conciencia de ilicitud de su obrar, sino porque de haberlo tenido, y de haberse asesorado, como sí lo hicieron Klein y Ortman, hubiera recibido la misma respuesta que éstos, por lo que habría actuado de igual manera a como lo hizo.-

A esta altura debo recordar que **la eliminación del juicio de reproche que implica la culpabilidad, ante la presencia de un error como el analizado, excluye la posibilidad de sanción** toda vez que, tal como lo ha señalado la CSJN, la *"personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente"* -Fallos 271:297, LL, 133-449-, toda vez que no cabe admitir *"la responsabilidad sin culpa"* -Fallos: 278:266, LL, 144-608-.-

Quiero añadir que **la necesidad del juicio de culpabilidad ha sido receptado en todas las fórmulas** y más allá de la postura filosófica que se siga, se puede observar en la literatura italiana como derivado del principio *nulla actio sine culpa*, y las tesis: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* -FERRAJOLI-, o alemana *"ohne schuld, keine Strafe"* -en palabras de BELING: *"Ein Satz, der sich als ein oder sogar als der Grundpfeiler des Strafrechts bezeichnen lassen, wie ein Fels im Meer unerschuttert standgehalten hat"*, o bien, más ilustrativo bajo la idea de que el delito sin culpabilidad es un *"cuerpo sin alma"* como afirma MAGGIORE.-

Con lo expuesto, cabe advertir que las consideraciones que surgen del fallo y las nutridas citas que contiene se exhiben como conjeturales y ajenas a las concretas circunstancias del caso, de las que inequívocamente se aparta, importando sus valoraciones una errónea motivación a la hora de

desestimar la aplicación de la norma bajo examen.-

Por todo ello, y más allá de que a mi juicio es evidente -tal como lo sostuve en primer término- que estamos frente a una precaria imputación de los hechos por ausencia de los requisitos típicos y más aún de su prueba, estimo que hipotéticamente, en caso de dar por saldada esa deficiencia y tener por acreditada la tipicidad y antijuridicidad del obrar de los encartados, los tres presentan -con las particularidades propias de la participación que le cupo a cada uno- las condiciones de quien incurre en un error de prohibición invencible, por lo que tampoco a este respecto entiendo que la sentencia ha arribado a una adecuada solución, debiendo operar la inculpabilidad de los tres imputados.-

VII- Conclusión: en función de lo expuesto y de los tres niveles de análisis que he desarrollado entiendo que aún considerando reunidos los requisitos típicos que hacen a la figura enrostrada y su prueba, es decir, que se pueda avanzar en los sucesivos estratos que hacen a la teoría del delito, es evidente que los autores han actuado en el marco del llamado "error de prohibición" y con ello, sin la culpabilidad necesaria para ser merecedores de un castigo penal por lo que corresponde su absolución en orden a los hechos que dieran origen a la investigación, arts. 34 inc. 1 del CP.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el Sr. Vocal Dr. **GARZÓN** expresa su adhesión al voto que le precede.-

A su turno, el Señor Vocal, **Dr. VIRGALA** adhiere al voto del Sr. Vocal, Dr. CHAIA.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SR. VOCAL, Dr. CHAIA, DIJO:

En relación a las costas y atento a la decisión a que ha arribado el Tribunal cabe que las mismas sean declaradas de oficio con excepción de los honorarios de los letrados particulares que han actuado en favor de los imputados, los que serán soportados exclusivamente por éstos.-

En cuanto a los honorarios profesionales de los Dres.

Martínez, Schlotahuer y Chemez, no corresponde su regulación, por no haberlos peticionado expresamente -art. 97, inc. 1º Decreto Ley N° 7046-.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta el Sr. Vocal Dr. **GARZÓN** expresa su adhesión al voto que le precede.-

A su turno, el Señor Vocal, **Dr. VIRGALA** adhiere al voto del Sr. Vocal, Dr. CHAIA.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente **sentencia**:

RUBÉN A. CHAIA

ELVIO O. GARZÓN

PABLO A. VÍRGALA

Paraná, 18 de diciembre de 2015.-

SENTENCIA:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a los Recursos de Casación de fs. 586/594 vta., 595/612 vta., y 613/614 vta., contra la sentencia de fs. 535/578 -de fecha 10/09/2014-, la que en consecuencia, **SE REVOCA** disponiendo 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 CP.-

II.- DECLARAR las costas de oficio, con excepción de los honorarios profesionales de los letrados los que se declaran a exclusivo cargo de sus defendidos.-

III.- NO REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. Martínez, Schlotahuer y Chemez, por no haberlo solicitado expresamente -art. 97, inc. 1º Decreto Ley Nº 7046-.-

IV.- Protocolícese, sirva la presente lectura de notificación válida para las partes, a sus efectos, y en estado, bajen.-

RUBÉN A. CHAIA

ELVIO O. GARZÓN

PABLO A. VÍRGALA

Ante mi:

CLAUDIA ANALIA GEIST
-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.

CLAUDIA ANALIA GEIST

-Secretaria-