

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

Reg. Nº 17.077

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 9 días del mes de diciembre de 2010, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Juan E. Fégoli como Presidente, y los doctores Juan C. Rodríguez Basavilbaso y Raúl R. Madueño como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa en esta causa Nº 13.361, caratulada: "Guitart Bonifacino, Ricardo José s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

**1º)** Que la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico rechazó -por mayoría- el recurso de apelación articulado por la querrela y confirmó la resolución del juez de primera instancia por la que se decretó el sobreseimiento total de Ricardo Bonifacino, con costas.

Contra esa decisión, el querellante interpuso recurso de casación pues, a su criterio, se habría efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1º del C.P.P.N.). Su rechazo en la instancia anterior motivó el recurso de hecho que esta Sala decidió abrir (confrontar fs. 2279).

**2º)** Que en el remedio casatorio el recurrente cuestionó la decisión desvinculatoria adoptada (I) y la imposición de costas (II).

I. A. Criticó, en primer término, la aplicación de una causal de justificación, en el caso, el desconocimiento de la antijuridicidad alegada por el imputado. Sostuvo que el *a quo* había valorado erróneamente las declaraciones del Dr. Mario Carregal que, en un primer momento,

sirvieron para fundamentar el procesamiento del mencionado Guitart Bonifacino. Los jueces de la cámara de apelaciones, en una intervención anterior, habían ordenado la nueva citación del referido letrado anulando el procesamiento que se había dispuesto. De las resultas de este segundo interrogatorio sólo pudo haberse extraído, según el recurrente, la confirmación de la tesitura adoptada.

En esta línea de pensamiento, reprochó la ausencia de consideración de la posición del imputado quien ocupaba el cargo de gerente general de una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones y, como tal, estaba en conocimiento de la legislación cuya dimensión penal ahora se reputa desconocida. Para fundamentar esta posición invocó las declaraciones del propio imputado durante la declaración indagatoria.

Advirtió, por otro lado, que las respuestas negativas de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (SAFJP) debieron ser valoradas en su contra. El desinterés que habría mostrado el imputado por la prohibición declarada por el órgano de contralor no podría amparar la situación de error alegada por la defensa, mucho menos de error invencible. La reiteración de la conducta reprochada confirmaría -según el recurrente- la actitud de desprecio del imputado por la norma.

Sostuvo que los argumentos de descargo son débiles y que no permiten fundamentar un sobreseimiento. Menospreció el apoyo en las conversaciones telefónicas con el entonces presidente del SAFJP, Francisco Astelarra.

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

En otro orden de ideas, la querrela criticó el argumento según el cual el imputado habría realizado las operaciones siguiendo una tendencia del mercado. A su juicio, había otras acciones que se realizaban en el mercado, y además, la rentabilidad buscada con las acciones que se investigan se perdió con el monto de la multa que se debió pagar al SAFJP. En definitiva censuró -por superficial- el análisis económico efectuado para llegar a esa conclusión.

B. En segundo lugar, discurrió sobre el error de prohibición e invocó la doctrina que sostiene que este tipo de error deja incólume la tipicidad y la antijuridicidad de la acción reprochada.

En este sentido, recordó que Guitart Bonifacino “jamás podría en su calidad de Gerente General de SIEMBRA AFJP S.A., invocar el desconocimiento de la norma y, mucho menos que no tenía los elementos para salir del tal supuesto yerro (supuesto error invencible)”.

II. En cuanto a las costas impuestas a esa parte, el recurrente adujo la nulidad de tal declaración pues ninguna fundamentación se ha dado al respecto, más allá de la enunciación de la parte dispositiva. El hecho de haber recurrido una decisión desvinculatoria no constituiría un motivo suficiente para esa imposición cuando existieron razones plausibles para litigar. En efecto, en primera instancia Guitart Bonifacino fue procesado por estos hechos, el fallo que ahora se recurre fue dictado en disidencia y uno de los jueces ha votado en idéntico sentido al propuesto por el querellante. Al no haber existido mala fe ni malicia de esa parte debió

eximirse del pago de las costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 531 del C.P.P.N.

**3º)** Que, en la oportunidad prevista por los arts. 465 y 466 del C.P.P.N., los defensores de Ricardo Guitart Bonifacino solicitaron la fijación de la audiencia que establece el cuarto párrafo del citado art. 465 del C.P.P.N.

**4º)** Que, superada la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, oportunidad en la cual los defensores de Ricardo Guidart Bonifacio y los letrados de la parte querellante agregaron las breves nota que autoriza la mencionada norma, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.). Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan C. Rodríguez Basavilbaso, Juan E. Fégoi y Raúl R. Madueño.

El **señor juez Juan C. Rodríguez**

**Basavilbaso** dijo:

**I.** El *a quo* confirmó la decisión del juez de primera instancia por la que se dictó el sobreseimiento total de Ricardo José Guitart Bonifacino, ex Director y Gerente General de la firma Siembra A.F.J.P. S.A., en orden al delito previsto en el art. 140 de la ley 24.241.

Los hechos reprochados se circunscriben a la realización de tres operaciones de adquisición de acciones de la especie CITI (emitidas por el CEI) entre el 19 de julio y el 3 de agosto de 2000. Dicho comportamiento encuadraría dentro de las prohibiciones del art.

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

75, inc. e), de la ley 24.241 y el art. 7° de la resolución 465/96 del SAFIP por cuanto se trataría de títulos accionarios emitidos por el mismo grupo empresarial cuya compra ha provocado un perjuicio económico al Fondo de Jubilaciones y Pensiones.

En la instancia anterior, la mayoría llegó a la conclusión que "Ricardo José Guitart Bonifacino incurrió en un error de prohibición invencible sobre la relevancia penal o típica de la antijuridicidad pues, si bien habría conocido la eventual antijuridicidad de su acción, en las condiciones verificadas en los autos principales pudo estimar que sólo acarrearía sanciones de naturaleza civil o administrativa".

Corresponde, en esta instancia, examinar el fallo desvinculatorio recurrido a la luz de las críticas formuladas por la querrela.

**II.** En cuanto a la errónea aplicación de una causal de exclusión de la culpabilidad, se hará un análisis en tres etapas: Primera: ¿medió un error por parte del imputado? Segunda: en caso de respuesta afirmativa, ¿cuál es la naturaleza del error? Tercera: ¿cuáles son las consecuencias del error invocado?

1°) La defensa alegó -y en las instancias jurisdiccionales anteriores así fue recogido- un desconocimiento del imputado en cuanto al carácter penal de la infracción cometida que consistió en la compra de acciones emitidas por una empresa del grupo económico al que pertenecía SIEMBRA A.F.J.P. S.A.

Así pues, Guitart Bonifacino en ningún momento sostuvo que desconocía la ley 24.241 que contiene el régimen del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones ni los decretos que la reglamentan. Adujo que desconocía que su accionar encuadraba en una conducta típica.

Eugenio Zaffaroni -citado por el propio recurrente en su recurso- sostiene, a propósito del error de prohibición directo, que el "error limitado a la relevancia penal o típica de la antijuridicidad (...) Tiene lugar cuando el agente conoce la antijuridicidad de su acción pero cree que ésta sólo acarrea sanciones civiles o administrativas. Este error afecta el conocimiento de la relevancia penal de la antijuridicidad, que es requisito implícito en la exigencia de posibilidad de comprensión de la *criminalidad* requerida por la ley" (conf. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "Manual de Derecho Penal". Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 574, la cursiva figura en el original).

Ahora bien, para afirmar que en el caso de autos existió un error de prohibición por parte del imputado, el voto de la mayoría tuvo en cuenta, además de su declaración indagatoria en cuanto a que "no se habría representado la posibilidad de cometer un hecho delictuoso", las declaraciones testimoniales del Presidente de la SAFJP, Francisco Astelarra.

Ambos coincidieron que Guitart Bonifacino los consultó sobre la posibilidad de realizar las operaciones de compra que se investigan en esta causa (fs.

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

2151/52 vta. declaración de M. Carregal y fs. 2149/50 vta. de Francisco Astelarra). Dicha actitud, contrariamente a lo sostenido por el querellante, denotan en primer lugar, el desconocimiento de los alcances de su obrar y, en segundo término, su voluntad por atenerse a la normativa vigente.

Además, de las declaraciones mencionadas se desprende que ninguna de las personas consultadas afirmó que la compra de acciones CITI por parte de SIEMBRA podían constituir un delito penal. Más aún, Astelarra habló de una sanción administrativa.

Todo ello constituye una fundamentación suficiente de la existencia de un error por parte de Guitart Bonifacino respecto a la relevancia penal de la conducta que se le reprocha.

Los riesgos económicos que se corrían con las referidas compras -incluida la posible imposición de una multa de carácter administrativo- no constituyen parámetros que los jueces penales deban examinar para ponderar la existencia o no del error invocado.

2º) La querrela puso en tela de juicio el argumento según el cual Guitart Bonifacino no pudo salir de este error.

El voto en disidencia en la instancia anterior aseguró que, si bien la doctrina reconoce que el consejo profesional de un abogado es una fuente de información confiable, la circunstancia de que el imputado haya presentado con posterioridad una nota ante la SAFJP denota que "el consejo profesional recibido no era lo suficientemente idóneo o fiable

como para estimar permitida la operación que se pretendía llevar a cabo". Además, citó otras declaraciones recibidas en autos según las cuales "en la reunión del Comité Fiduciario del 19/9/2000 se sabía que aquéllas (las acciones CITI en cuestión) no podían adquirirse en virtud de un impedimento legal". Por lo demás, refirió que la conversación telefónica mantenida con el presidente de la SAFJP no tenía virtualidad para modificar la situación del imputado que, por la posición que ocupaba en SIEMBRA y la gran formación recibida para ejercerla, no podía desconocer la existencia del delito previsto por el art. 140 de la ley 24.241.

Ahora bien, más allá de la conjetura efectuada en el mencionado voto y por el recurrente en su remedio casatorio en cuanto a que el imputado debía estar en conocimiento del delito penal endilgado, lo cierto es que de ninguna constancia del expediente puede extraerse, con la certeza que requiere un pronunciamiento vinculatorio, que Guitart Bonifacino supiera que la compra de acciones CITI constituía un delito.

Su abogado de confianza no lo advierte ni tampoco lo hace el presidente de la AFJP. El planteo ante este órgano de contralor, efectuado con posterioridad a la respuesta del doctor Carregal no desmerecen su consejo profesional puesto que la consulta de Guitart Bonifacino estaba encaminada a despejar las dudas en cuanto a la conformidad administrativa de su conducta y nunca con relación a la comisión de un delito penal.

En definitiva, no hay motivos para

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

descalificar el fallo recurrido en cuanto consideró que Guitart Bonifacino cometió un error de prohibición invencible por desconocimiento de la relevancia penal de su conducta.

3º) La decisión del juez de primera instancia, confirmada por la cámara de apelaciones, concluyó en el sobreseimiento del imputado ante la imposibilidad de formularle un juicio de reproche penal. El *a quo* recordó, con cita de distintos fallos de la CSJN y de doctrina, el principio de culpabilidad que rige nuestro sistema de sanción penal, y que exige que el imputado tenga la posibilidad real y efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta, todo lo cual impide la atribución al imputado de la acción ilícita investigada.

Pues bien, sin perjuicio de avalar la tesis adoptada, es posible agregar al debate doctrinal aquél que protagonizaron Marcelo Sancinetti y Eugenio Zaffaroni a propósito del fallo "Clínica Basterrica" de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (sentencia del 6 de septiembre de 1983), cuyos hechos resultan análogos a los aquí debatidos. El referido intercambio dogmático fue sistematizado y publicado por el primero de los autores mencionados en el libro "Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino", Hammurabi, Buenos Aires, 1990 (pags. 57/104).

En la sentencia recordada, los miembros del directorio de una sociedad -Clínica Basterrica- fueron denunciados por desobediencia, malversación de caudales privados y retención indebida por no haber cumplido una suma de

dinero determinada a la orden de su juzgado como consecuencia del proceso civil que se había iniciado en su contra. El director gerente invocó el asesoramiento del estudio jurídico de la Clínica el cual había aconsejado no pagar la suma intimada y que, como consecuencia de ello, se aplicaría sólo una multa administrativa.

Sancinetti encuadra la excusa del imputado dentro del "*error de punibilidad*" y no dentro del "*error de prohibición*". Esta clase de yerro, concluye, "no impide propiamente comprender el carácter antijurídico de la acción (la relación de oposición entre una acción y el ordenamiento jurídico)...por consiguiente, el autor es *culpable* por la realización del injusto penal cometido". Empero, la consecuencia es la misma pues, para el citado autor, se trata de un error "que afecta al principio según el cual `solamente es justificable la penal que aparece político-criminalmente como ineludible', principio que podría vulnerarse "cuando el autor tiene un error acerca del carácter efectivamente punible de su comportamiento" (ob. cit. pág. 63).

El "problema de la consciencia potencial de la punibilidad", tal como lo llama Sancinetti, puede ser abordado desde distintas situaciones fácticas. Entre ellas, cuando el autor de la conducta típica, antijurídica y culpable -según su teoría- yerra sobre la naturaleza de la penal (multa en lugar de prisión, por ejemplo) o en cuanto a la cuantía de la pena. En un caso como el presente -y tal como ocurría en "Clínica Basterrica", "lo que se halla afectada es la fuerza motivadora de la amenaza penal (sanción) que habría

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

tenido ésta si el autor hubiera reconocido el carácter penal del injusto cometido..." (ob.cit.pág. 85).

Más allá de las consideraciones dogmáticas que justifican el tratamiento de la cuestión como "error de punibilidad" y no como "error de prohibición", su efecto es, en rigor, idéntico por cuanto el primero también es "excusante, al menos si no se quiere limitar la justificación del castigo a un fundamento exclusivamente retribucionista" (ob. cit. pág. 98). Así también lo reconoció Sancinetti que concluyó que "determinar si el error de punibilidad inevitable excluye la culpabilidad, y por ello, la punibilidad, o si se debe mantener como independiente de aquel concepto, aunque conduzca al mismo efecto, es en todo caso, una cuestión secundaria".

En suma, corresponde homologar el sobreseimiento de Ricardo José Guitart Bonifacino por cuanto no puede tenerse por cierto que actuó con conocimiento del alcance penal de la conducta reprochada, excusa que se encuentra avalada por las declaraciones acumuladas en estos obrados y cuyo efecto es, precisamente, la desvinculación de la causa.

**III.** Con relación a la imposición de costas en la segunda instancia, asiste razón al recurrente en cuanto a que existieron en autos motivos plausibles para litigar, los que se ponen de manifiesto en la existencia de un procesamiento anterior y en el dictado del voto en minoría que no le fue adverso en el fallo que recurrió esa parte.

**IV.** Por ello, en atención a las consideraciones efectuada, voto por hacer lugar parcialmente al

recurso casatorio y anular la imposición de costas a la querrela en las instancias anteriores, las que en definitiva serán en el orden causado; y rechazar dicho recurso respecto del auto de sobreseimiento dictado; sin costas (art. 531 del C.P.P.N.).

El **doctor Juan E. Fégoli** dijo:

Que del estudio del recurso deducido por la parte querellante cabe concluir que no le asiste razón al impugnante por lo que, atento a las razones que se exponen a continuación, -y en línea con la propuesta del distinguido colega que encabeza la votación- la vía intentada debe ser rechazada.

Así, y tras efectuar un pormenorizado examen de la prueba arriada al sumario -y particularmente de los testimonios de Francisco María Astelarra y Mario Alberto Carregal-, el voto que conformó la mayoría consideró que "...es posible afirmar que Ricardo José Guitart Bonifacio incurrió, en el caso, en un error de prohibición invencible sobre la relevancia penal o típica de la antijuridicidad pues, si bien había conocido la eventual antijuridicidad de su acción, en las condiciones verificadas en los autos principales pudo estimar que sólo acarrearía sanciones de naturaleza civil o administrativa...." -confr. fs. 2201 vta./2202-

En definitiva, concluyó el tribunal de a quo que se encontraba corroborado el descargo formulado oportunamente por el imputado en cuanto a que no se habría representado la posibilidad de cometer un hecho delictivo, extremo éste que habilitó la adopción del temperamento liberatorio a su respecto.

En esa línea, cabe concluir que los argumentos expuestos por la cámara a-quo resultan acertados, lo que autoriza a descartar la verificación de un

*Cámara Nacional de Casación Penal*

*2010 - Año del Bicentenario*

supuesto de errónea aplicación de la ley sustantiva en el decisorio cuestionado.

Por ultimo, cabe señalar que los agravios planteados en el recurso bajo análisis-so pretexto de una errónea aplicación de la ley sustantiva- evidencian tan sólo discrepancias con los fundamentos del decisorio, extremo que determina el rechazo de la vía intentada.

Por lo demás, con esta breve consideración, adhiero pues a la solución propuesta por el doctor Rodríguez Basavilbaso en los acápites III y IV de su ponencia, y emito mi voto en igual sentido.

El **doctor Raúl R. Madueño** dijo:

Que por iguales motivos adhiere al voto del Dr. Fégoli.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE**: Hacer lugar parcialmente al recurso casatorio y anular la imposición de costas a la querrela en las instancias anteriores, las que en definitiva serán en el orden causado; y rechazar dicho recurso respecto del auto de sobreseimiento dictado; sin costas (art. 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada y devuélvase a su procedencia.

Fdo. Juan E. Fégoli, Juan C. Rodríguez Basavilbaso y Raúl R. Madueño. Ante mí: Javier E. Reina de Allende. Secretario de Cámara.

