

COMPARECE - OFRECE PRUEBA

Señor Juez Correccional N° 3:

Juan Carlos Romero, por mis derechos, en la Causa Gar - 102884/12, ante V.S. comparezco y digo:

I.- OBJETO:

1.- Que en los términos del art. 16 del Código Procesal Penal, comparezco a aclarar los hechos que motivan la presente causa, ofreciendo pruebas y diligencias pertinentes.

2.- Para demostrar la sinrazón de la acusación, permítaseme primeramente aludir a los hechos que relata el Sr. Fiscal como originarios de la apertura de la investigación, para luego aclararlos y, finalmente demostrar la inexistencia de ilícito endilgado.

II.- APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN:

1.- Los hechos relatados por el Fiscal:

En el escueto relato de los hechos el Sr. Fiscal Penal señala que en el mes de octubre del corriente año ha tomado estado público que en los últimos días de vigencia del mandato como Gobernador del Dr. Juan Carlos Romero se emitió el Decreto N° 3306/07, que fuera firmado por el Senador Mashur Lapad, Vicepresidente 1° del Senado y quien se encontraba a cargo del Poder Ejecutivo Provincial; refrendado, además, en su condición de Secretario General de la Gobernación, por el Dr. Raúl Romeo Medina.

Alude que, con el decreto en cuestión, se aprobaron diversas operaciones llevadas a cabo por la Dirección General de Aviación Civil, entre las que se encuentra un convenio de comodato y donación de una fracción de terreno, por 20 años, suscripto con al firma Finca de La Represa S.A.

Sugiere que en el predio cedido se construyó un hangar de uso aeronáutico, con oficinas administrativas, que al día de la fecha aparece ocupado por otra empresa, "Avionsur".

Apunta que de las constataciones desarrolladas no se permite observar que tales empresas (Finca de la Represa S.A. y Avionsur) tengan una ostensible actividad aeronáutica que cumplan con el objeto del convenio. Asimismo, afirma que ante el Juzgado de Minas y Registro Público de Comercio, se intentó constituir una sociedad denominada “Avionsur S.R.L”, sin concluir tal trámite.

Para sortear escollos insalvables, despliega una alquimia jurídica llevando al principio de oportunidad del ejercicio de la acción penal a límites sorprendentes y violatorios del art. 231 del Código Procesal Penal. En efecto, con un razonamiento evidentemente defensivo, el Sr. Fiscal considera que de la lectura del Decreto N° 3306/07 no resulta posible establecer el verdadero alcance de la aprobación que en tal instrumento se disponía, por lo que el Sr. Senador, circunstancial encargado del Ejecutivo Provincial, no podía conocer lo que firmaba. De allí que, en su razonamiento, éste sería un mero instrumento de quienes figuran en los actos preparatorios del expediente administrativo (Ricardo Funes y Raúl R. Medina) y de quien, en su posición de dominio de ese equipo (el ex Gobernador), habría buscado satisfacer un interés personal con la cooperación de un familiar directo (Juan Esteban Romero), dando la orden de que se lleve a cabo la adjudicación del espacio destinado a operaciones aeronáuticas.

Concluye con el endeble andamiaje jurídico acusando la orientación de actos del Estado para favorecer intereses particulares, empleando una fachada que intentaba generar la apariencia de los requisitos que se necesitaban para ser adjudicatario de la concesión de uso del espacio en el que se permitía la construcción de instalaciones para el desarrollo de la actividad aeronáutica.

2.- Resumen de las conductas imputadas y la calificación legal:

Para aclarar el tenor de la imputación, resulta necesario sintetizar la insólita conducta atribuida:

“El Dr. Juan Carlos Romero, empleando a funcionarios provinciales (Ricardo Funes y Raúl Romero Medina) –quienes a su vez se habrían aprovechado del entonces interino representante provincial (Senador

Mashur Lapad)- y a través de la figura de su hijo (Juan Esteban Romero), le adjudicaron a una empresa (Finca de las Represas S.A.), a 20 años una porción de terreno, para luego construir un hangar. Además, esta sociedad, luego habría transferido la concesión a otra (Avionsur), cuyo trámite comercial no esta concluido, agravándose la situación por el hecho que ambas no se dedicarían a la actividad aeronáutica, lo que violaría la finalidad del comodato otorgado”.

La contumelia concluye endilgando la comisión de los delitos de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 del Código Penal) y defraudación en perjuicio de la administración pública (art. 173 inc.7 en función del 174 inc. 5).

III.- LA REALIDAD DE LOS HECHOS e INEXISTENCIA DE DELITO:

Con el solo fin de aclarar los hechos esgrimidos por la acusación, resulta necesario traer a colación, en primer lugar, los antecedentes fácticos tal cual ocurrieron.

1.- Antecedentes:

a).- Es de público conocimiento que con fecha 27 de mayo de 1997 el Estado Nacional y la Provincia de Salta han celebrado un convenio por el cual, entre otras cuestiones, le fue cedido a la primera la administración y explotación del “Aeropuerto El Aybal” (hoy Aeropuerto Martín Miguel de Guemes). A su vez, la Nación le reconoce a la Provincia, por un lapso de treinta (30) años –incluida la opción de prórroga por diez (10) años más- el derecho de administración, libre y gratuito uso de la fracción de siete (7) hectáreas y nueve mil sesenta tres metros cuadrados (9.063).

Cabe señalar que expresamente se estipuló que la Provincia, en esta fracción de terreno, no podrá efectuar actividades de carácter comercial (cláusula 7^a). Aclaremos que es en este último predio donde se asienta Aviación Civil de la Provincia y los hangares de distintas empresas.

El convenio aludido luego fue ratificado por la legislatura Provincial, mediante ley N° 6970.

b).- De la propia página web oficial (www.aviacioncivilsalta.gov.ar), se describe a la Dirección General de Aviación Civil, como un organismo oficial de la Provincia de Salta, creado en 1957, para atender las necesidades de traslados aéreos del estado provincial y contribuir al fomento aeronáutico en la Provincia de Salta.

En cumplimiento con la finalidad de creación, la Dirección ha suscripto distintos convenios con empresas particulares:

1) Con fecha 16 de marzo de 1998, Minera El Altiplano S.A. y la Dirección General de Aviación Civil de la Provincia celebraron un convenio de comodato de una fracción del terreno que la Provincia administra (treinta [30] metros de frente por cuarenta [40] de fondo), para que aquella construyera un hangar para un avión, el que posteriormente es donado al Estado Provincial.

Se estipuló el comodato por veinte (20) años y una vez vencido, deberá la empresa restituir el predio, con el hangar, en óptimas condiciones de uso y funcionamiento y sin que pueda exigir compensación alguna.

Este acuerdo fue motivo del pertinente dictamen legal (12/11/98 y 24/12/98 y 29/04/99) y aprobación mediante Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 3307, del 22 de julio de 1999.

2) Con posterioridad, siguiendo con los lineamientos y fundamentos emergentes del primigenio acuerdo, la Dirección General de Aviación Civil firma idénticos comodatos y donaciones, con Andes Líneas Aéreas S.A. y Finca de La Represa S.A., convenios que fueron aprobados por el Director General (Disposición N° 104/07), ad referendum del Poder Ejecutivo Provincial.

Por último, mediante Decreto N° 3306, del 22 de noviembre de 2007, el Poder Ejecutivo ratifica, entre otras, la Disposición N° 104/07 de Aviación Civil relativas a los comodatos aludidos. Corresponde aclarar que tal norma fue firmada por el Sr. Mashur Lapad, Vicepresidente 1° de la Cámara de Senadores, quien se encontraba a cargo del Poder Ejecutivo; la que, también, fue refrendada por el Secretario General de la Gobernación, Dr. Raúl R. Medina.

2.- Aclaraciones previas necesarias:

Desde el punto de vista de los hechos resulta necesario realizar distintas aclaraciones, las que por si solas, derriban la endeble acusación:

1º).- Resulta jurídicamente impropio emplear, como fundamento de la investigación e imputación, la existencia de perjuicio a la administración pública derivado del comodato de una fracción de terreno para la construcción de un hangar. Ello es así por cuanto, además de encontrarse permitida la celebración de tales acuerdos para cumplir con la finalidad de creación de la Dirección General de Aviación Civil, debemos tener presente que el convenio celebrado entre la Provincia y la Nación, que fue ratificado por la Ley N° 6970, expresamente le prohíbe a aquella realizar actividades de carácter comercial sobre el fundo en cuestión (por ello no puede percibir alquiler o arrendamiento por tales terrenos).

Esta primera aclaración hecha por tierra la supuesta comisión del delito de fraude a la administración pública.

2º).- Todos los comodatos realizados tienen un plazo de duración (20 años) y la carga de construir el hangar, el que al vencimiento de aquel, son donados al Estado Provincial en perfecto estado de uso y conservación. Tal circunstancia elimina, también, la figura del daño o perjuicio al Estado.

3º).- La ley de creación de la Dirección General de Aviación Civil, ha señalado, como uno de sus finalidades, la de contribuir al fomento aeronáutico en la Provincia de Salta. De allí que una de las formas posibles de lograr la finalidad, sin violar las disposiciones ratificadas por la Ley N° 6970 (art. 7º), es propender a la radicación de empresas dentro de su espacio físico y ello lo hace mediante los comodatos que ahora indebidamente se critican.

La suscripción de comodatos y posterior donación de las construcciones al Estado, además de beneficiar las arcas estatales, ha legalizado y enmarcado una situación fáctica que tenía y aún tiene, vigencia. En efecto, las aeronaves eran depositadas por los particulares en los hangares del Estado, sin convenio alguno y con el agravante de que éste era responsable por los posibles daños a las mismas; con tales acuerdos, la responsabilidad del Estado, por los posibles daños, ha cesado.

En esta instancia corresponde poner énfasis en lo absurdo de la acusación: en la actualidad, en el predio de Aviación Civil, se encuentran alojadas distintas aeronaves de particulares, sin autorización o contrato alguno (por ej. del Banco Macro, de Salvador Muñoz, de Javier Montero Alesanco, entre otros).

4º).- Si la finalidad del organismo es contribuir al fomento aeronáutico, cualquier particular puede obtener los mismos beneficio, tan solo debe acreditar que desarrolla actividades aeronáuticas.

Mal que le pese al acusador, la sociedad Finca de la Represa S.A. tiene como actividad principal el servicio de transporte aéreo de pasajeros, conforme se acreditará oportunamente.

5º).- Finca de la Represa S.A. es una sociedad cuyo Presidente es el Sr. Juan Esteban Romero, mientras que la Vicepresidente es la Sra. Ermelinda Elena Romero de Ramírez y en la que carece de participación o interés el Dr. Juan Carlos Romero.

3.- Incongruencia de la acusación:

Si bien en el decreto de apertura de la investigación el Sr. Fiscal no determina concretamente a quienes imputa cada delito y en que grado de participación, corresponde realizar las siguientes apreciaciones jurídicas.

a.- Improcedencia de la imputación conjunta de ambos delitos:

El art. 245 del Código Procesal Penal dispone que, al decretarse la apertura de la investigación, deberá el Fiscal, entre otras cuestiones, indicar la calificación legal provisional.

En la cuestión que nos ocupa, el acusador ha calificado las conductas por él relatadas como constitutivas de los delitos de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 del Código Penal) y defraudación en perjuicio de la administración pública (art. 173 inc.7 en función del 174 inc. 5).

Como no determina si las concurrencias de ambos delitos constituye, o no, un concurso real o ideal, corresponde ahora, para ejercer

correctamente el derecho de defensa en juicio, aclarar que estamos en presencia de un concurso aparente (arts. 54 y cc. del Código Penal).

Es jurisprudencia reiterada que existe concurso aparente -por especialidad- entre los tipos penales mencionados. La referida relación normativa tiene lugar cuando un tipo penal (en este caso el previsto en el artículo 174, inciso 5°, en función del artículo 172 del C.P.), contiene todos los elementos del otro (artículo 265 del C.P.), pero además algún otro elemento que demuestra un fundamento especial de punibilidad (ver Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Ed. Hammurabi, Bs. As.1999, pág. 572).

Así pues, si bien la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos legales, el contenido del hecho resulta completamente absorbido con la aplicación de uno o alguno de ellos de manera que los restantes deben ser dejados de lado (Günther Stratenwerth, Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible, Fabián J. Di Plácido. Editor. Traducción Gladys Nancy Romero, Buenos Aires 1999, pág. 343).

Es que ambos tipos penales contienen un especial elemento subjetivo distinto del dolo, y de características similares, definido en un caso, como “interesarse en miras de obtener un beneficio propio o de un tercero” y en el otro como “el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido”. Ambas descripciones de tal elemento remiten a idéntico contenido la exigencia de que la conducta tenga la finalidad de lograr un beneficio ajeno al interés de la administración pública, circunstancia ésta que constituye todo el marco de ilicitud que caracteriza al delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y que determina que – aun cuando se descarte la defraudación – subsista como figura remanente este otro encuadre típico.

Recordemos que, para la tipificación del delito de negociaciones incompatibles, no se requiere la existencia del perjuicio económico a la Administración, que para el caso de existir, desplazaría dicha figura a los delitos contra la propiedad privada, con el agravante del art 174 inc 5 del Código Penal.

La doctrina mayoritaria comparte lo expuesto, siguiendo a Molinario y Aguirre Obarrio (Los Delitos, Tea, Buenos Aires, 1999; cita de

Donna, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, T. III, Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 371).

En tal inteligencia, la imputación de ambos delitos, en el caso que nos ocupa, constituye un absurdo, violándose con ello los principios de congruencia y contradicción, circunstancia que afecta palmariamente el derecho de defensa consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

4.- Atipicidad:

Sea cual fuere el delito que se pretende imputar, corresponde en esta instancia señalar que las conductas atribuidas no encuadran en tipo penal alguno. Paso a demostrarlo:

A).- Negociaciones incompatibles con la función pública:

El artículo 265 del Código Penal dispone: "*Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis 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. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales*".

El bien jurídico protegido por esta figura es el correcto desarrollo de la actividad pública, el que no sólo requiere que terceros ajenos a ella interfieran en forma negativa en su funcionamiento, sino que también exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y que demanda el propio ejercicio de la función pública.

Se puede afirmar, entonces, que la norma en comentario tutela la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la administración

pública (Carlos Creus, Delitos contra la Administración Pública, Ed. Astrea, 1981, comentario de los artículos 237 a 281 del Código Penal, § 683, p. 369).

Teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por la norma, encontramos que en el caso no se encuentra violado o alterado: Finca de la Represa S.A., cuyo objeto social es el transporte aéreo, le solicitó al Director de Aviación Civil, Sr. Ricardo Funes, por nota de fecha 12 de abril de 2007, permiso para el uso de un espacio físico y construcción de un hangar; mientras que éste, ejerciendo la facultad que le encomendaba la ley de creación de la Dirección de Aviación Civil, formalizó el comodato y, como contraprestación, estipuló que la construcción, al finalizar el acuerdo, quedaba en propiedad de la Provincia. Esta fue la modalidad que se empleó con anterioridad, en especial con la firma Minera El Altiplano S.A. (la que a la fecha no mereció reparo alguno por el Fiscal).

Por último, ese acto administrativo fue aprobado por el representante del Poder Ejecutivo Provincial mediante el Decreto N° 3306/07, el que necesariamente tiene que ser refrendado por el Secretario General de la Gobernación, Dr. Raúl Romeo Medina.

La firma del Secretario General es un requisito necesario expresamente establecido por la Ley de Ministerios de la Provincia (vigente en el año 2007, ley 7483, art. 32, en especial inc. 14).

Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal:

a.- El interés del funcionario público:

El tipo objeto requerido por esta figura penal es la de interesarse en miras de un beneficio propio o de un tercero en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo. 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 público debe dar preeminencia en función del cargo que ocupa (véase Sancinetti, Negociaciones incompatibles de funciones públicas, en Revista Doctrina Penal, Año 9, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 75). De allí que

se debe recordar que la norma en cuestión reprime la existencia de parcialidad en el sujeto activo, el cual puede, o no, confluir con el interés público.

La doctrina denominó a la confluencia de intereses disímiles en el agente como el "desdoblamiento del agente", ya que éste interviene, por un lado, por su calidad y función en un contrato u operación como representante del Estado, y por el otro como particular interesado (Creus, ob. cit., § 687, p. 370; Molinario, ob. cit., t. III, § 208, p. 369).

El contenido de la acción de interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa (Creus, ob. cit., § 687-A, p. 371, con cita de Fontán Balestra).

Los autores se muestran de acuerdo al afirmar que la parcialidad del agente abarca el interés propio o personal que puede tener éste en el resultado de la negociación, así como si el interés es de un tercero en relación al funcionario público, ya que precisamente el fundamento de la norma penal en comentario es evitar la parcialidad del agente sin atender a la causa que lo impulsa (Creus, ob. cit., § 687-A, p. 371).

Así, es requisito que el funcionario público intervenga en la negociación (vgr. licitación, concesión, etc.) en favor de un interés propio o ajeno, es decir, que asuma un interés de parte en el resultado del negocio cuya intervención en forma necesaria le compete para que se configure la figura penal de negociaciones incompatibles, aunque no cause perjuicio, ya que no es un delito de daño.

El indebido interés que se refleja en la intervención del funcionario público en la operación en la cual participa en función de su cargo puede manifestarse en cualquier etapa de ella, es decir, el espurio interés puede presentarse en la etapa de tratativas llegando hasta su conclusión definitiva. La doctrina ha discutido respecto del verbo típico, esto es "se interesare". Para Molinario y Aguirre Obarrio: *"El «interesare» es un subjuntivo hipotético; la forma simple se denomina subjuntivo futuro, y la compuesta, subjuntivo futuro perfecto. El subjuntivo denota duda, deseo, hipótesis, y versa sobre algo posible, pero que todavía no sabemos si es real. El subjuntivo futuro simple 'se interesare' enuncia el hecho como no acabado y siempre contingente. En*

contraposición 'hubiere intervenido', expresa acción, acabada y contingente. En pocas palabras, las acciones de los delitos están redactadas para el caso de que la posibilidad que ellas suponen se lleve a cabo [...] No se trata de un tiempo verbal pasado o pretérito. Lo que la combinación verbal expresa es la posibilidad futura de que un perito o contador se interese" (Molinario y Aguirre Obarrio, ob. cit., ps. 275/276).

A su vez, la acción típica de interesarse cometida por el autor debe ser específica respecto a alguna negociación en la que tome parte el funcionario público, extremo que no concurriría en el caso de la firma de una medida general (ej. decreto) (C.S.J.N, Fallos: 316:365).

Un sector mayoritario de nuestra doctrina (Díaz, Rivarola, Núñez, entre otros) se inclina por sostener que el carácter del interés que tiene el agente debe ser de naturaleza económica, vale decir, el que persigue el funcionario no debe ser meramente personal, verbigracia, preferencia por la nacionalidad de alguna de las empresas-participantes en la licitación o por la calidad del servicio público que presta alguna de ellas, sino que, por el contrario, el carácter económico de aquél se revela como especial para configurar la acción típica (Véase, Creus, ob. cit., § 688, p. 372; Sancinetti, ob. cit., p. 76; Molinario, ob. cit., t. III, § 208, p. 369)

En contra, algunos autores, con una fuerte influencia de la doctrina italiana, afirman que el interés personal del funcionario público puede ser tanto de carácter económico como de cualquier otro; lo determinante aquí es que ese interés sea distinto al de la administración pública. Para ello se sostiene que el carácter del interés privado del funcionario no es determinante para la realización del tipo penal, puesto que la ilicitud no procede de la naturaleza de aquél, sino de la especial situación en que se encuentra el agente que le impide actuar en forma privada en el negocio público, para cuya realización él es competente (Creus, ob. cit., § 688, p. 372).

En este sentido, Creus afirma que *"la controversia está signada por una aguda confusión entre el contenido de la pretensión que constituye el interés privado que el funcionario hace valer en el negocio y la finalidad que lo puede guiar para hacer valer de ese modo dicha pretensión; veremos que*

parece imposible sostener la existencia de un contrato u operación que no tenga un contenido económico, en las referencias típicas; por lo tanto, la pretensión que constituye el interés privado ilícitamente insertado en la negociación tiene que poseer ese carácter, cualquiera que sea la finalidad que guíe al autor en la promoción de ese interés" (Creus, ob. cit, § 688, p. 373). De allí, agrega el autor citado, que la presencia del interés económico constituya el requisito típico indispensable para la configuración de este tipo penal, sin importar los restantes fines que persiga el agente con la realización de la negociación, incluso de aquellos que se muestren afines con el interés público.

La ley exige dos formas de intervención personal del funcionario público en el negocio u operación de que se trate. Por un lado, el agente puede interesarse en forma directa en el negocio en el cual interviene como funcionario público, y por el otro, acudir a la interposición de otra persona como interesada, es decir, que ella aparezca frente a los demás como portadora de un interés personal sobre la realización del negocio u operación, cuando, en realidad, ésta actúa motivada por el interés del agente en el desarrollo y conclusión del negocio en el cual interviene por su calidad y función (Creus, ob. cit, § 690, p. 373).

Analizado el interés que debe tener el funcionario público, de acuerdo al tipo penal, no surge, ni se lo puede inferir en relación al Dr. Juan Carlos Romero; ello simplemente es así por cuanto no ha participado en instancia alguna en la negociación o en el dictado del decreto respectivo.

b.- Objeto del comportamiento:

La acción típica especifica cuál debe ser el acto donde el funcionario recale su interés, es decir, no en cualquier acto de la administración, sino sólo en contratos u operaciones en los cuales el agente intervenga por razón de su cargo.

En este sentido, Sancinetti discrepa, en principio, con la interpretación restrictiva que realiza la doctrina nacional al limitar el interés sólo a los contratos u operaciones, *"porque del hecho de que el acto administrativo deba ser un contrato u operación de contenido económico, no se deriva que también el interés perseguido deba tener igual naturaleza.*

También en un contrato se puede actuar en virtud de un interés espurio no administrativo que no sea de contenido económico -como ocurre en el ejemplo anterior del enemigo político-, y quedar la imparcialidad de la administración tan afectada como si se tratara de un interés económico" (Sancinetti, ob. cit, p. 76).

Con la reforma de la ley se ha aclarado este punto, ya que ésta habla de que "*se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero*", no haciendo ninguna aclaración si ese beneficio es de tipo económico o no, por lo tanto limitar el interés del autor a lo meramente económico va en contra del texto legal, y del bien jurídico protegido.

En materia de contratos rige lo dispuesto por la ley civil (art.1137, Cód. Civ.), mientras que las operaciones son aquellas disposiciones de carácter económico en que la administración no actúa conjugando voluntades con otra parte, sino a título singular (subastas de objetos secuestrados, expropiaciones, incautaciones, comisos, etc.) (cfr. Núñez, Derecho Penal... cit., t. VII, p. 130, citado por Creus, ob. cit., § 691, p. 374).

La ley también prevé como medio típico la realización de un "acto simulado", entendido éste como la falta de relación entre la voluntad manifestada y la voluntad verdadera del agente, el cual procura con dicha engañosa representación o apariencia, con la cual se recubre en el caso particular el negocio jurídico en donde aquél participa, ocultar la realidad de las cosas.

En cuanto al alcance del acto de la administración, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que una resolución de contenido general implica también la acción de interesarse en los términos del artículo 265, ya que no se exige que el funcionario público deba realizar un acto administrativo separado e independiente para tener por configurado el requisito típico contenido en la norma en comentario (C.S.J.N, 23-3-93, "Martínez de Hoz, José A. A.", L. L. 1993-C-196, con nota de Miguel M. Padilla).

La tutela de la imparcialidad que persigue el tipo penal sólo se refiere a actos legítimos, es decir, a aquellos que se elaboran y ejecutan de acuerdo a las normas aplicables vigentes.

Por otra parte, se requiere para la configuración de la acción típica la coexistencia del ejercicio del cargo y la negociación, ya que de lo contrario resultaría atípico ese comportamiento (CPen, de Rosario, sala III, 24-3-81, "Daverde, Alfredo").

Asimismo, la intervención del agente en la realización del contrato u operación debe ejecutarse en el ámbito de su competencia funcional, ya que la propia ley exige que intervenga por razón de su cargo.

Una cuestión en relación al presente tema tiene que ver con el poder decisorio que debe poseer el agente, de lo contrario no se podría sostener que se encuadraría en el supuesto el caso de desdoblamiento del agente que se traduce en la confluencia del interés personal de éste en la conclusión del contrato u operación, por un lado, y el interés de la administración pública que debe primar en la toma de decisión por parte del autor, encontrándose afectada así la imparcialidad que debe mantener el agente, por el otro (Creus, ob. cit., § 693, p. 375).

Va de suyo que el Dr. Juan Carlos Romero carecía de poder decisorio en el otorgamiento del comodato, ya que éste es facultad exclusiva y excluyente del Director de Aviación Civil.

c.- El elemento subjetivo:

El artículo 265 se erige como una figura legal dolosa. No se exige ningún interés específico en el autor. Sin embargo, es dable destacar que el agente debe perseguir un interés personal o de un tercero en la negociación u operación, lo que lleva a que el dolo tenga que ser directo.

Como en las anteriores críticas, no se encuentra, como tampoco se puede suponer, interés del Dr. Romero en los actos cuestionados.

Conclusión: atipicidad.

Analizando lo precedentemente expuesto y contrastándolo con los hechos surge, sin duda alguna, que los acusados no han cometido delito o falta alguna. Veamos, pues:

1.- El Dr. Juan Carlos Romero: además de no ser integrante de la sociedad adjudicataria –circunstancia que elimina la figura penal cuestionada-

tampoco ha participado en ninguna de las instancias que luego concluyeron con el dictado del Decreto 3306/07. En efecto, la solicitud de permiso de uso y luego el contrato fueron firmados por, por un lado, por Juan Esteban Romero –en su carácter de Presidente de la firma Finca de la Represa S.A., mientras que por la administración lo hizo el Sr. Ricardo Funes, como Director de la Dirección de Aviación Civil. El decreto de aprobación final fue suscripto por el Senador Mashur Lapad y refrendado por el Secretario General de la Gobernación, Dr. Raúl Romeo Medina.

En definitiva, la falta de participación en el acto administrativo por parte del ex gobernador, conlleva la atipicidad del hecho: si tenemos en cuenta la faz del funcionario público, no contaba con la atribución para la celebración del contrato (solo es potestad del Director de Aviación); mientras que tampoco ha firmado el decreto que ratificaba tal acto; en consecuencia, no se tipifica el verbo “interesare” que requiere la figura penal.

2.- Juan Esteban Romero: solo ha participado como Presidente de la firma cuyo objeto social es el transporte aéreo de pasajeros (Finca de la Represa S.A.), mientras que la condición de ser el hijo del ex gobernador no conlleva la tipificación de delito alguno.

Por lo demás, Juan Esteban Romero no fue funcionario público, por lo tanto carece de la calidad funcional que expresamente requiere el tipo penal endilgado.

3.- El Dr. Raúl Romeo Medina: su participación se circunscribió a refrendar el decreto N° 3306/07 como Secretario General de la Gobernación, ya que ésta era su obligación y función, a tenor del art. 32 de la ley 7483.

Núñez ha definido al interesarse "*...como un interés ajeno al que representa en razón de su cargo...*", y justamente aquí, conforme lo ya expuesto, no aparece otra cosa más que un actuar de los funcionarios (tanto Medina como Funes), cumpliendo el cargo que a cada uno le correspondía, decidiendo por el Estado, sin que pueda vislumbrarse interés particular alguno distinto al propio que la actividad requería (conf. Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Lerner, 1992, p. 128).

Insospechablemente absurda es la acusación cuando refiere a que el firmante circunstancial que representaba al Poder Ejecutivo lo hizo sin conocer el contenido del acto aprobado ya que el Fiscal, o bien desconoce la tramitación administrativa de los antecedentes que motivaron dicho acto, los que son elevados necesariamente siempre para su consideración al firmante; o bien le atribuye una condición de ignorante para el cargo, lo que a todas luces es inaceptable.

4.- Ricardo Funes: no surge, como tampoco se puede sospechar que la participación del entonces Director de Aviación Civil lo haya hecho para favorecer a un tercero particular: tan solo lo hizo dando cumplimiento con la finalidad de creación de la citada Dirección, de su cargo y teniendo en cuenta los antecedentes que habían motivado otros contratos idénticos (vf. Minera El Altiplano).

Al respecto debemos recordar que lo relevante de la figura penal del art. 265 del Código es el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe arrimar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad negocial de la administración por la inserción de un interés particular, circunstancia que en esta causa no se tipifica (conf. Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, causa N° 22.371 "Martínez de Hoz", reg. N° 742 del 15/11/90; causa N° 28.847 "Lira", reg. N° 943 del 04/11/97; sala II, causa N° 6.298 "Di Fonzo", reg. N° 6.849 del 28/12/89; causa N° 12.480 "Nicolini", reg. N° 13.177 del 29/05/96 y causa N° 12.307 "Tedesco Balut", reg. N° 13.497 del 16/09/96, entre otras).

B).- Fraude a la administración pública:

El restante delito atribuido es el fraude a la administración pública, hecho previsto y reprimido por el art. 174 inc. 5° del Código Penal.

Al respecto debemos tener en cuenta que el artículo 172 del Código Penal establece que será reprimido *"el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o*

valiéndose de cualquier otro ardid o engaño". El artículo 174, inciso 5º, por su parte, sanciona al que "*cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública*".

Como especie agravada de la figura genérica de la estafa, la defraudación a la administración pública requiere tres elementos para su configuración: ardid, engaño y perjuicio. Es decir, no sólo requiere de un resultado perjudicial al patrimonio público, sino también que éste se produzca de manera que implique, en palabras de Sebastián Soler, el "*despliegue de medios engañosos*" (Conf. Soler, S. Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1988, T. IV, p.347). En igual sentido y en relación al artículo 174 inc. 5º del Código Penal, ha sostenido la jurisprudencia que "*Para la existencia del delito de defraudación a la administración pública, artículo 174 inc. 5º del Código penal, debe encontrarse integrada una lesión al patrimonio en función de los elementos constitutivos de la figura que en términos generales define el artículo 172 o las especiales que sin perjuicio de ella define el artículo 173 del citado código*" (CFed. de Resistencia, 6-7-82, "Z. De A. V del V.", JA 1983-I, síntesis, JA 1990-III, cit. por Donna Edgardo Alberto y otros – El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia, Tº III, editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 676). Con claridad, Núñez señala que "*la defraudación se produce en perjuicio de una administración pública, cuando el delito lesiona la propiedad de una entidad dotada de personalidad de derecho público...*", mientras que "*el perjuicio de que habla el inciso 5º es el que resulta por la pérdida del objeto mismo del fraude...*" (Tratado de Derecho Penal, tomo IV, pág. 406, Ed Depalma).

Como ya se adelantara, por Ley N° 6970 se ratificó el convenio celebrado el 27 de mayo de 1997, entre la Provincia y la Nación, por el cual, entre otras cuestiones, le fue cedido a la primera la administración y explotación del "Aeropuerto El Aybal" (hoy Aeropuerto Martín Miguel de Guemes); y, su vez, la Nación le reconoce a la Provincia, por un lapso de treinta años –incluida la opción de prórroga por diez años más- el derecho de administración, libre y gratuito uso de la fracción de siete hectáreas y nueve mil sesenta tres metros cuadrados. Asimismo, en la cláusula 7ª se le prohíbe a la Provincia desarrollar

cualquier actividad comercial sobre aquella fracción de terreno donde funciona Aviación Civil. Desde la perspectiva de tal prohibición y en cumplimiento de los fines de creación del organismo, se dieron en comodato por veinte años a personas físicas particulares, fracciones de terreno para la construcción de hangares para aviones, mientras que éstos, al vencimiento del contrato, donan a la Provincia la totalidad de lo construido, sin contraprestación alguna.

Es evidente que esta modalidad no solo no le produce daño alguno al Estado Provincial, sino más bien lo beneficia al quedarse, en definitiva, con la construcción. Tal circunstancia despeja la tipicidad del delito investigado ya que *“sería un contrasentido hablar de una defraudación que no frustra nada o que beneficia”* (Núñez, obra citada, pág. 289).

En este mismo sentido Creus señala que, al hablar de la disposición patrimonial perjudicial, *“no se da esa circunstancia cuando la disposición de la propiedad importa un valor compensatorio para el patrimonio, lo que pasa cuando, a cambio de la prestación realizada, el agente, o un tercero por él, le da a quien la realizó, una contraprestación que él acepta sin error sobre su carácter, o cuando él está jurídicamente obligado a realizar la disposición, o cuando ésta es legal o materialmente imposible, o cuando en virtud de la acción misma del agente incorpora al patrimonio un valor superior o equivalente al de la disposición. En todos estos casos, la circunstancia de que haya mediado fraude para lograr la disposición, carece de importancia típica”* (Creus, Derecho Penal, Parte Especial I § 1097, pág. 465).

Tampoco se encuentran reunidos los restantes requisitos del tipo penal toda vez que la estafa es la defraudación causada por el autor valiéndose de cualquier ardid o engaño. Por ardid, Núñez entiende que es cualquier artificio o medio empleado hábil y mañosamente para el logro del algún intento, mientras que el engaño es la falta de verdad en lo que se dice o se hace o, en otros términos, que padezca el error que es su consecuencia (obra citada, pág. 294). Ahora bien, aunque el Fiscal no haya determinado la persona que a su entender habría cometido tal delito, corresponde dejar sentado que ninguna de las formas posibles de comisión se han acreditado: el Director de Aviación Civil

acordó con una sociedad que se dedica al transporte aéreo, la celebración de un comodato de una fracción de terreno, mientras que ésta le dona lo construido; tal acuerdo es ratificado por un decreto, el que es firmado por un Senador y refrendado por el Secretario General de la Gobernación. Evidentemente, no se evidencia el ardid o engaño requerido necesariamente por la figura penal.

En definitiva, este delito imputado tampoco se encuentra tipificado, por lo que corresponde el archivo de las actuaciones.

IV.- PRUEBAS y DILIGENCIAS:

Como prueba se ofrecen las siguientes:

1) Copia del Convenio de Cesión de Derecho de Uso, celebrado entre el Estado nacional y la Provincia de Salta, de fecha 27 de mayo de 2007, el que es ratificado por Ley N° 6970;

2) Copia del Decreto N° 3307, de fecha 22 de julio de 1999, por el cual se ratifica el convenio celebrado por Aviación Civil y la empresa Minera del Altiplano S.A., con los respectivos dictámenes;

3) copia de la Disposición n° 104/07, del 10 de setiembre de 2007;

4) copia del convenio de comodato y donación celebrado por Aviación Civil y Finca de la Represa S.A., de fecha 7 de setiembre de 2007, con las respectivas actas de Directorio que acreditan la representación;

5) Nota remitida al Director de Aviación Civil por la firma Finca de la Represa S.A. de fecha 12 de abril de 2007 y su contestación de fecha 23 de abril de 2007;

6) Propuesta de fachada del hangar remitida por la firma Finca de la Represa S.A.;

7) copia del Decreto N° 3306 del 22 de noviembre de 2007;

8) se requiera de la Presidencia de la Cámara de Diputados de la Provincia y de la Secretaría General de la Gobernación, el Expediente N° 01-188.907/12 “Presidente de la Cámara de Diputados solicita documentación relacionada al decreto N° 3306/07 y disposición 75/07, 104/07, 119/01 y 124/07 de la Dirección de Aviación Civil”;

9) se requiera de la Dirección General de Aviación Civil de Salta copia del decreto de creación de la misma y de todos los antecedentes relacionados con la celebración de comodatos con personas físicas o jurídicas, para la construcción de hangares en el predio del Aeropuerto de Salta. Asimismo, informe sobre la totalidad de particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, que utilizan las instalaciones de Aviación Civil, debiendo acompañar la nómina, documentación respaldatoria y detalle de la contraprestación.

V.- DESIGNA ABOGADO DEFENSOR:

Que designo como abogado defensor a la Dra. Andrea Astudillo Rizzi, matrícula profesional N° 3687 y quien suscribe la presente.

VI.- PETITORIO:

Por todo lo expuesto a V.S. solicito:

- 1.- Tenga por aclarados los hechos que motivan la presente causa y por ofrecida pruebas;
- 2.- Oportunamente se disponga el archivo de las presentes actuaciones por no constituir delito alguno.-

Provea V.S. de conformidad, que

SERA JUSTICIA.-