

SENTENCIA N° noventa y cuatro /2015.- En la ciudad de Neuquén, a los *veintitrés días del mes de noviembre de dos mil quince*, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los **Dres. Liliana Deiub, Federico Somer, y Mario Rodríguez Gómez**, con el objeto de dictar sentencia en el caso judicial "**MAZZONE, José Luís s/Negociaciones incompatibles con la función pública**" Legajo MPFCU 10.446 Año 2014. Seguido contra: **José Luis Mazzone**, DNI n° 10.206.881. Intervinieron en la instancia de impugnación, por la Fiscalía: el Dr. Gastón Liotard; por la Querrela el Dr. Lino Gómez y por la Defensa el Dr. Martín Segovia.

ANTECEDENTES:

Con fecha 26 de mayo de 2015, en la Ciudad de Cutral Co, la Sra. Juez de Garantía, Dra. Lupica Cristo, declaró a José Luís Mazzone, autor materialmente responsable, del delito de negociaciones incompatibles con la función pública, en concurso ideal con fraude en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5 y 265 del C.P.), por los siguientes hechos: El día 9 de mayo de 2001, Jorge Omar Guy, solicitó a la Comisión Municipal de Villa El Chocón, presidida José Luís Mazzone, un terreno en dicha localidad a los efectos de emprender un "criadero de chinchillas" y un proceso de abono orgánico. El Municipio, otorgó a favor del Sr. Guy la tenencia precaria

de lotes (lote Nro. 03, Mza 1 de la zona denominada 22 Hectáreas y luego el lote Nro. 02 de la Fracción "C1" de la zona denominada 45.2 Hectáreas), lugar en donde el citado construyó una vivienda y un galpón.- Posteriormente, mediante nota de fecha 15/10/2003 dirigida a José Luís Mazzone (a cargo del Municipio), el Sr. Guy manifestó expresamente su decisión de dejar sin efecto el la cría de chinchillas, renunciando al mismo por motivos particulares y ofreciendo además en venta las mejoras que introdujera en el terreno. Ante la situación planteada, y operándose la extinción del acto administrativo, el Municipio vuelve a tomar efectiva posesión del terreno, como así también de los inmuebles (mejoras) allí construidos, todo ello de conformidad a lo oportunamente establecido en la cláusula quinta del acta de tenencia precaria suscripta entre las partes ("perdida de las mejoras introducidas") y consecuentes artículos 80/81 del Código de Procedimientos Administrativos. Tras ello el Municipio en forma efectiva instaló rápidamente en uno de esos inmuebles -a modo de servicio público municipal para la población/sociedad- un Jardín de Infantes ("Jardín Maternal Comunitario Municipal"), el cual habría funcionado normalmente en dicho lugar hasta el mes de diciembre de 2.007, fecha a partir de la cual habría tomado posesión de dicho inmueble (a modo de vivienda particular) el Sr. Juan José Mazzone (hijo de José

Luís Mazzone), debido a que en fecha 23/06/2007 se materializó una "sesión extraordinaria" de la Comisión Municipal de la Villa, en donde el Sr. José Luís Mazzone, impone el "tratamiento y resolución de solicitud del Sr. Jorge Omar Guy", señalando que por nota el mencionado Sr. Guy solicita información "sobre su proyecto" (que en realidad se encontraba ya sin efecto, caduco, hacía ya unos tres años y medio aproximadamente) y que se le debía dar solución al mismo "en el día de la fecha por el sí o por el no", informando además un precio para la "venta" que sería en realidad la que por entonces se establecía para terrenos baldíos (lo que no es el caso del terreno en cuestión, merced a las mejoras aquí ya mencionadas), cuando dicha sesión no encontraba en realidad debida motivación, no contaba con urgencia alguna, omitiendo intencionalmente el cumplimiento de normativa específica (arts. 42/43 y 52 de la Ley 53 y arts. 67, 70 y 80 de la ley 1284), en consecuencia: dictando y ejecutando así resoluciones u órdenes contrarias a las leyes de la Provincia de Neuquén. Asimismo, el Sr. José Luís Mazzone (todavía titular de la Comisión Municipal) en conjunto con el Sr. Jorge Guy, en fecha 09/08/2007, suscribieron un "boleto de compraventa" por el cual "vende" (sin que medie ninguna licitación pública o remate) a favor del Sr. Guy el lote identificado como nro. 2 de la Fracción C1 del Parque Industrial de la

Villa(junto con las mejoras), asignándose nuevamente como "destino exclusivo" que el Sr. Guy desarrolle el "Proyecto Criadero de Chinchillas y elaboración de abono orgánico". De igual manera, en fecha 18/09/2007, el Sr. Jorge Omar Guy -ignorando adrede la condición establecida del destino exclusivo al proyecto de chinchillas- firma otro "boleto de compraventa" por el cual "vende" a favor de la empresa "Quilci S.A." -representada Juan José Mazzone (accionista y presidente de dicha empresa e hijo del por entonces Presidente de la Comisión Municipal)- el terreno en cuestión (lote nro. 2 de la fracción C1 del parque industrial), apareciendo entonces el Sr. Guy como nexo para que de ese modo el inmueble en cuestión pase del dominio municipal a su propia esfera, con lo que el Sr. José Luís Mazzone -en carácter de Funcionario Público en ejercicio de las funciones- se interesó incompatiblemente en un negocio privado que lo tenía a su hijo como involucrado (convergencia intencional ilícita), pretendiéndose entonces -con todo ello- otorgar visos de verosimilitud administrativa y comercial a la maniobra defraudatoria realizada en perjuicio del dominio público. Por esta "operación" se pactó un precio de ochenta mil pesos, acordándose la efectivización del mismo "cuando se firme la escritura traslativa del dominio", no constando pago alguno a cuenta del precio y siendo ello de imposible realización

ante la afectación de los actos administrativos y la inexistencia de mensura, todo ello en fraude a la administración pública. Acto seguido, previa desafectación y desalojo del Jardín de Infantes que se encontraba funcionando en el inmueble sito en dicho terreno, entró directamente en posesión del mismo, habitándolo, el Sr. Juan José Mazzone (hijo del Presidente de la Comisión Municipal) y utilizándolo incluso como vivienda particular, perjudicando de esta manera a la administración pública mediante este accionar engañoso al consumarse prácticamente la sustracción de un bien importante (terreno, inmuebles, en uno de los cuales funcionaba un Jardín de Infantes público) de su esfera de actividad y disponibilidad.).

ALEGATOS: La Defensa, Dr. Martín Segovia (impugnante): en primer término, plateo que su asistido, se encontró, durante todo el proceso en estado de indefensión. La Defensa Técnica que lo precedió, se encargó, obstinadamente, en plantear la prescripción de la acción penal, pese al resultado desfavorable en las diferentes instancias en que la postuló. Por otra parte, adujo que tuvo una actitud completamente pasiva a la hora de contra examinar a los testigos de cargo y no citó a los concejales que aprobaron la transferencia del lote, motivo de la imputación, testigos claves (a juicio de letrado) para su tesis. Este bosquejo, fue resuelto, en la audiencia, previo

traslado a las contrapartes (Fiscalía y Querella) y celebrar un cuarto intermedio. La solicitud fue rechazada por unanimidad y sus fundamentos, se encuentran video gravados y con la constancia escrita en el "acta de audiencia OFIJU Cutral Co, **ACTAUD, 16090/2015.**"-Sobre la admisibilidad dijo que se trata de una condena, representa al imputado y fue presentado en término (art. 236 Y 242 del C.P.P.). Sobre el fondo de la cuestión: realizó, en primer término, una lectura de los hechos motivo de impugnación y condena, y luego postuló que no fue acreditado el perjuicio, elemento esencial del tipo objetivo del delito de administración fraudulenta, se menciona la suma de ochenta mil pesos, pero no fue esta la que se pactó y percibió en la operatoria entre el Municipio y el particular, Jorge Omar Guy. No es correcto afirmar que Guy habría perdido la posesión del terreno, ni por abandono, ni por renuncia. En el lote se hicieron inversiones y mejoras y hubo un proyecto terminado. No era necesaria la licitación pública, teniendo en cuenta que no había vinculación con la administración públicas al momento de realizarse la operación (Guy y Quilci S.A.). Debe distinguirse la sociedad de los socios y si bien Quilci S.A. está representada por Juan José Mazzone (hijo del intendente) fue la empresa la que compró y no el particular. Agregó que el fallo realiza una construcción

dogmática, sobre el delito de negociaciones incompatibles, pero ajena a la realidad, la forma en que se realizó la operación y la prueba sustanciada en el debate. Cerró su exposición requiriendo que el Tribunal de Impugnación ejerza competencia positiva revocando la sentencia y absolviendo a Mazzone.

Alegato de la Fiscalía: En respuesta a los agravios citados el Dr. Liotard, refirió que las quejas se entienden mejor como una incomodidad con lo resuelto y no con una hipótesis clara para revocar el acto jurisdiccional. El Fallo cuenta con bases sólidas, sostenidas en la prueba definida en el debate, en un análisis coherente y constitucional. Fue claramente expuesto el interés y el perjuicio a la administración pública y por otro lado, a partir de esto, el beneficio obtenido por la sociedad que preside su hijo y por este en particular. No existe arbitrariedad, ni absurda valoración de la prueba, los hechos y la teoría legal, fueron debidamente acreditados.

La Querella: hizo suyos los argumentos, esgrimidos por la Fiscalía, destacando que la prueba es elocuente y quedó debidamente documentada. Por otra parte hizo hincapié en el apuro innecesario de la asamblea y el modo que impuso, debía definirse la votación, por "sí" o por "no", con clara intención de confundir y no abrir al

debate, dando los antecedentes precisos de la cuestión planteada.

PRACTICADO el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: **Dr. Mario Rodríguez Gómez, Dra. Liliana Deiub y Dr. Federico Somer**

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

El recurso fue presentado en término (art. 242 del C.P.P.). Se trata de una sentencia condenatoria, fue impugnada por el Defensor (art. 236 del C.P.P.), se encuentra debidamente fundada y no existió oposición de la Fiscalía ni de la Querrela, en esta cuestión. Por esto debe ser declarado admisible el recurso interpuesto.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: acompañó argumentos y conclusión y voto en el mismo sentido.

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

Del cotejo de los agravios esgrimidos en

la impugnación y la lectura del Fallo, se desprende que las esmeradas críticas de la defensa, no se compadecen con el desarrollo de la condena, que sortea, con éxito, las quejas esbozadas en la impugnación, y brinda un análisis coherente y congruente, resolviendo y detallando, con simpleza y claridad, las propuestas fácticas de la acusación y precisando su trama con la teoría legal propuesta. Si bien la asiste razón al Dr. Martín Segovia, al postular que el perjuicio, es un elemento esencial del tipo objetivo, en la defraudación y fraude, en todas sus hipótesis, en el caso que nos ocupa, al tratarse de un fraude en perjuicio de la administración pública, debe acreditarse, también, que el bien pertenece al patrimonio de la administración pública. "... Creus sostiene que el delito se comete cuando el patrimonio ofendido es de la administración pública en cualquiera de sus ramas, lo cual ocurre cuando la propiedad que él ataca pertenece a una entidad que es persona de derecho público..." (Creus, op. P.519). Tanto la acusación como la condena, recogiendo los argumentos de esa parte, dan cuenta certera de ambas cuestiones, el perjuicio y la titularidad del lote. Alegó la Fiscalía que "Lo que se hizo en esta maniobra fue desafectar un bien público, llevarlo de la esfera pública a la esfera privada, y de ahí a la esfera patrimonial del Sr. Juan Jose Mazzone. En el terreno en cuestión existió una caducidad en el año 2003, esa

caducidad importaba la pérdida de las mejoras ello conforme lo establecido en la cláusula quinta de la sesión, art. 42, 43 y 52 de la ley 53, entre otra normativa. Es decir, desde el 2001 al 2003 existió explotación del predio" y el Fallo de la Dra. Lupica Cristo, en congruencia con la acusación (art.196 del C.P.P.) considero: "Sumado a las declaraciones testimoniales reseñadas anteriormente, obran las evidencias que fueran incorporadas mediante los testigos, tales como el acta de tenencia precaria otorgada por el municipio, cesión del lote en cuestión, boleto de compra venta por la cual la Comisión Municipal de Villa el Chocón vende a Guy y boleto de compraventa por el cual a su vez Guy vende a Quilci S.A empresa de JUAN JOSE MAZZONE. Extremo este reafirmado por la declaración de Oddone, vecino del predio, Di Fonzo, Castro, entre otros, sumado al descargo del mismo imputado quien expresa que es una empresa de su propiedad y que fue creada mucho tiempo antes de la compra del terreno. Hay una maniobra pergeñada a la perfección por las partes intervinientes, quienes luego de que el terreno en cuestión formó parte del patrimonio de la administración pública por haber caducado el emprendimiento de Guy a quien originariamente se le cediera la tierra, a sabiendas de tal circunstancia -toda vez que si quedara alguna vacilación- en el lugar funcionó una guardería municipal". En relación al perjuicio, critica el impugnante que la referencia hecha

a los ochenta mil pesos, no puede ligarse al patrimonio de la administración pública, toda vez que se trató de una negociación entre particulares Quilci S.A y Guy. Sin embargo, la referencia hecha a esta suma, se realiza en el contexto de señalar puntualizar y describir en forma completa la maniobra fraudulenta, que importó no sólo el fraude, sino también el interés incompatible con la función pública que ejercía Mazzone, quien logró que el lote pasara al patrimonio de la sociedad presidida por su hijo e instale allí su vivienda. Bien acotó la querrela que el menoscabo a los bienes públicos municipales, se produjo al cerrarse el jardín materno infantil municipal, instalado al recuperarse el terreno, que posteriormente pasó a manos de Juan José Mazzone, trasferido a través de deGuy, en violación a las normas municipales citadas. Posteriormente Guy dejó sin efecto el emprendimiento de la cría de chinchillas. En ese momento el Municipio vuelve a tomar efectiva posesión del terreno y de las mejoras introducidas. Sucedido esto, la Municipalidad instaló en uno de esos inmuebles una guardería que funcionó hasta Diciembre de 2007. Citando nuevamente el Fallo: "Aquí la administración Pública se ha visto perjudicada, toda vez que el autor ha quebrantado la fidelidad que implica el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos y enderezado a obtener un lucro indebido". Es cierto, como postula el

Defensor, que hay citas y construcciones dogmáticas, pero estas son perfectamente compatibles con la teoría legal propuesta por la acusación y los hechos que motivaron los cargos. En particular al referirse al interés, elemento distintivo en las negociaciones incompatibles, el momento en que se perfecciona el tipo y que debe tratarse de un acto propio de la administración pública.

La sesión extraordinaria convocada y los términos en que se debía votar, por si o por no, y sobre un proyecto que ya había caducado, indujo a error a los ediles y colocó a José Luís Mazzone en calidad de autor mediato, con pleno dominio del hecho. Las críticas formuladas a la actuación del Defensor anterior, específicamente, a no haber llamado a declarar a quienes aprobaron la operación, son absolutamente infundadas. Lo dicho, sobre el apuro, la forma, la falta de información sobre el estado del lote y el carácter extraordinario, permite afirmar que los concejales engañados, fueron mediatizados para instrumentar el fraude y satisfacer el interés del imputado, en consecuencia, poca utilidad hubiesen tenido para la defensa. Lejos de desincriminarlo, fueron un elemento clave, reiteradamente ponderado por la Querrela al insistir en la modalidad de la asamblea, para que el imputado logre las cesiones necesarias y el fin buscado: transferir el lote a la empresa presidida por su

hijo y que instale su vivienda particular. "Es autor mediato quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser la que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material ya la persona de atrás. Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es sólo partícipe (inductor), en la autoría mediata sucede precisamente lo contrario. La razón habrá de ser que en este caso la posición respectiva de ambos sujetos ante el hecho varía en sentido de que el papel fundamental, el que permite imputar el hecho a alguien como autor, deja de tenerlo el realizador material para pasar a la persona de atrás. Ello puede suceder por dos clases de razones: por una parte porque el realizador material actúe sin libertad o sin conocimiento de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por la persona de atrás, coaccionando o engañando al instrumento..." (Santiago Mir Puig Derecho Penal Parte General 9º edición pag. 388). Sin duda los datos falsos, el indebido carácter extraordinario (invocado por el autor) y al exigencia de una votación si debate, indujeron y provocaron el error de los ediles, aprovechado por el imputado. Por estas consideraciones, debe confirmarse la sentencia impugnada art. 246 del C.P.P.).

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: acompaño argumentos y conclusión y voto en el mismo sentido.

TERCERA CUESTIÓN: ¿Corresponde la imposición de costas?.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

Habiendo sido declarado admisible los recursos presentados por los impugnantes (primera cuestión), y teniendo en cuenta que la imposición de costas provocaría un detrimento en la garantía de "doble conforme", no corresponde la imposición de costas.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: acompaño argumentos y conclusión y voto en el mismo sentido.

Por estos argumentos el Tribunal por unanimidad;

FALLA:

I.- **DECLARAR ADMISIBLE** el recurso presentado por la Defensa (art. 236 y 242 del C.P.P.).

II.- **CONFIRMAR** la **SENTENCIA** dictada por la Sra. Jueza de Garantías, Dra. Lupica Cristo, en la Ciudad de Cutral Co, el día 26 de mayo de 2015.

III.- Dejar constancia que la Dra. Liliana Deiub, participó de la deliberación y no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

IV.- Sin costas a la vencida.

Dr. Mario Rodríguez Gómez

Juez

Dr. Federico Sommer

Juez

Reg. Sentencia N° 94 T° VII Fs. 1283/1289 Año 2015.-