En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de mayo de dos mil diez, la Cámara en lo Penal de esta Circunscripción Judicial, integrada por la Dra. Nelly García, como presidente y los vocales subrogantes Dres. Daniel Luis María Pintos y Omar Florencio Minatta, en el marco de los autos caratulados: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ N., A. Y B., L. A. s/ " (Carpeta N° 422 Legajo N° 2.201), seguidos contra A. N., DNI N° **.***.***, argentina, nacida en Trelew, provincia de Chubut, el ** de marzo de 19**, hija de D. L. N., con estudios terciaríos, soltera, empleada, domiciliada en Barrio X, casa n ° ***, Dpto *, sobre calle W. Jones n ° *** de la Ciudad de Puerto Madryn, Chubut, y L. A. B., argentino, DNI N° **.***.***, apodado "E. C.", nacido en Comodoro Rivadavia, Chubut, el ** de octubre de 19**, hijo de L. B. y de E. G., divorciado, instruido, comerciante, domiciliado en Barrio X, casa n° ***, Dpto *, sobre calle W. Jones n° *** de la Ciudad de Puerto Madryn, Chubut, en virtud de la impugnación deducida por la Defensa en contra de la sentencia que los condenara a la pena de tres años de prisión en suspenso a la Sra. N., y a la pena de dos años y ocho meses de prisión en suspenso al Sr. B., ambos por el delito de Administración Fraudulenta (art. 173 inc. 7 ° del C. Penal), por el hecho por el que fueran traídos a juicio, ocurrido en la ciudad de Puerto Madryn, Chubut, el 3 de noviembre de 2005, en perjuicio de A. A. y D. L. N..

CONSIDERANDO

Que el día 12 de mayo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública prevista por el art. 385 del C.P.P. presidida por la Dra. Nelly García, en la que se escuchó al Dr. M. M., Defensor de ambos imputados, quien ratificó su escrito de impugnación y al Dr. Fernando Rivarola, Fiscal General, quien sostuvo los fundamentos de la sentencia.

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones a resolver: 1) ¿Debe admitirse la impugnación ordinaria deducida por el Sr. Defensor Dr. M., contra la sentencia condenatoria dictada en contra de A. N. y L. A. B., con fecha 29 de octubre de 2008.? 2) En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: Dr. Daniel Luis María Pintos, Dra. Nelly Nilda García, y Dr. Omar Florencio Minatta.

A la cuestión planteada el Dr. PINTOS dijo:

I.- 1) El Sr. Defensor de confianza de los acusados A. N. y L. A. B., Dr. R. M. M., fundamenta la impugnación en los motivos pautados en el art. 372 del C.P.P., es decir: errónea aplicación de la ley penal; falta de motivación suficiente;

ilogicidad y arbitrariedad; falta de correlación entre la acusación y la sentencia. Como así también en base a la norma del citado art. 372, inc. 8, CPP, sostiene que la sentencia atacada transgrede las garantías constitucionales de: igualdad ante la ley, debido proceso, defensa en juicio, entre muchas otras, a la hora de arribar a una condena en orden al delito de Administración Fraudulenta.-

Solicita el impugnante que la Cámara Penal anule la sentencia impugnada y dicte un nuevo pronunciamiento absolutorio sin reenvío (art. 386, última parte, del C.P.P.).-

Primer agravio: errónea aplicación de la ley: sostiene la Defensa que la presente impugnación encuentra cauce en el inciso 2) del Art. 372 del C.P.P., toda vez que el Tribunal colegiado vía una errónea interpretación de los tipos penales enrostrados, ha efectuado una errónea aplicación de la norma del art. 173 inc. 7° del Código Penal.-

Con cita en copiosa doctrina que avala su postura, concluye la Defensa que "es un absurdo hablar de Administración Fraudulenta en el presente caso, ya que a todo evento, A. N. estaba facultada por mandato para vender (así lo votó el Dr. Víctor Sarquis), y si decidió vender, pues deberemos analízar si, las particulares circunstancias del negocio lo transformaron en un buen o mal negocio para su mandante, pero lo que jamás podemos tolerar es que se nos recrimine el haber obrado el Verbo o algunos de los Verbos para los que estuvo autorizada por escritura pública, ya que el así actuarlo...Le estaba legítimamente permitido". Si el negocio fue bueno o malo, aceptan dirimirlo en otra sede, pero no en la penal, y que por ello debe decretarse la absolución de sus defendidos.-

Segundo Agravio que invoca es la Falta de Motivación Suficiente, Contradicción, Ilogicidad Arbitrariedad.-

Señala que la causal del inciso 3) del artículo 373 del C.P.P. (Ley 5478) también dice presente, en tanto sostiene que la sentencia es inmotivada e incongruente, vicios que a criterio del suscripto se entrelazan y van de la mano en este caso.-

Refiere que la motivación debe resguardar su concordancia pero también debe ser inequívoca, debe necesariamente aportar a la claridad y no a la confusión, disipar dudas y sostener sin fisuras ni contradicciones la decisión que se adopte, que "todos los habitantes de la nación tienen derecho a que sus peticiones y argumentos sean suficientemente considerados y tratados por los Tribunales. Si éstos no lo hacen, cuando la omisión puede traer consecuencias decisivas para la solución del pleito, se

configura una denegación de justicia incompatible con la garantía de defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional".-

Señala que la Dra. Cristina Isabel Jones en su voto afirma: "Por todo lo que llevo dicho, concluyo que en la época de emisión y suscripción del poder tantas veces citado, el citado otorgante (refiriéndose a Don A. A.) padecía una incapacidad intelectual y mental, por la que podría haber sido objeto de una inhabilitación judicial, en los términos del art. 152 bis del C. Cívil". Opina el impugnante con todo el respeto que le profesa a la magistrada que es por lo menos una audacia superlativa, condenar a un justiciable... **"por lo que podría haber sido"** y esto es lo que aquí ha sucedido, a contrapelo de la legislación de fondo en la materia que nos ocupa, refiriendo a la normativa del C.Civil que sostiene que nadie puede ser considerado un incapaz, sin por una sentencia que así lo declare....-

Que sostuvo en su alegato que Don A. A. no era un incapaz, y lo fundamentó aportando contundente prueba documental y testimonial que así lo avalaba. Que la única prueba que aportó la parte acusadora y que fue tomada por la Dra. Jones en su voto (y que siguieran los demás vocales a su turno) es la prueba testimonial de los familiares del difunto A., personas que se constituyeron como Querellantes y por lo tanto tienen un inocultable interés en la condena de sus representados.

Destaca que tanto el Dr. L. como el Dr. R., si bien es cierto que declararon que Don A. A. padeció de A.C.V. y por ende tuvo secuelas incapacitantes, no es menos cierto que a pregunta que le formuló la defensa no pudieron manifestar con certeza el grado de evolución y recuperación que pudo tener A.. Que lo cierto y concreto es que existieron hechos gravitantes, que la Defensa demostró en juicio, que indican que Don A. A., el día 30 de marzo de 2005, al momento de otorgar el mentado poder a favor de A. N., comprendía muy bien lo que estaba haciendo y son:

a) En sede de la E. A. de El Bolsón, tanto Don A. A. como su mujer Doña D. L. N., mantuvieron una entrevista con la notaria L. A., titular del registro, profesional que les explicó puntillosamente el contenido del acto. Que la citada escribana en el debate, fue contundente a la hora de sostener que en su dilatada trayectoria, jamás otorgó una escritura pública sin entrevistar a los otorgantes y requerirlos sobre si comprendían el contenido del mismo. Señala también que el M.P.F. omitió enderezar esta investigación en contra de la notaria interviniente, extremo que entiende priva por un lado de seriedad a sus Teoría del Caso, ya que no encontramos

ningún caso jurisprudencial, en que en una causa en orden al delito de Circunvención de Incapaz, no se haya imputado al beneficiario del acto y al notario interviniente, resultando evidente que la omisión del M.P.F. obedece a que no ha encontrado elementos probatorios que siquiera le sugieran que el otorgamiento de este poder haya sido un acto abusivo.

b) La citada escritura de poder no fue argüida de falsa y esta es la única vía que nuestro Ordenamiento Jurídico brinda para poder enervar el valor probatorio que una escritura públíca tiene.

c) El día 29 de julio de 2003, Don A. A. se constituyó en el Juzgado de Paz de Epuyén, en compañía de su compañera Doña D. L. N., y dos testigos, y contrajo matrimonio, acto que afirma es más trascendental que vender una propiedad u otorgar un poder, toda vez que no estamos hablando del despacho de un notario, estamos hablando de un Juzgado de Paz, lugar público, en un día laborable con la presencia de público a los fines de celebrar un acto trascendente si los hay, como es la celebración de un matrimonio que se realiza en presencia de una Oficial Público que dialoga con los contrayentes y los impone del contenido de la legislación civil y del contenido del acta que a posteriori los invita a firmar, en presencia de testigos que fedatan el acto. Pero que no se arriba a dicho acto sin que se hayan llenado requisitos tales como acreditar ante el Oficial Público la actitud nupcial que esta dada, entre otros extremos, por el acompañamiento de un certifica de "Buena salud".- Pregunta el impugnante, si puede pensarse que Don A. A. haya logrado sortear todos estos recaudos y haya logrado casarse sin gozar de buena salud y estando incapaz de comprender lo que haciendo? Esto es impensable, pero que en esta tesitura se han enrolado los Señores Camaristas, quienes sostienen que Don A. A. no comprendía lo que hacía y el contenido de los actos que otorgaba. Esta es la inmotivación que denuncia el impugnante, ya que si bien es cierto que A. tuvo un A.C.V. en el año 2001, el mismo evidentemente evolucionó y se sobrepuso a dicho cuadro. Concluye entonces que es un absurdo conjeturar que si en el año 2003, había evolucionado al punto tal de tomar una trascendente determinación como la de contraer matrimonio, no haya entendido en el año 2005 el contenido de un simple poder de administración y disposición de bienes, como el que le otorgó a su hija en la E. A. del El Bolsón.-

2°) Afirma también el impugnante que en varios pasajes de la sentencia se sostiene como un postulado irrefutable que ni D. L. N. ni ninguno de los descendiente de Don A. A., recibieron jamás sumas algunas en concepto de pago del precio

estipulado por la venta de las tierras de Epuyen. Se llega al inusitado límite de afirmar que el precio pactado... ”fue inexistente". Que para arribar a tamaño acerto los Señores Camaristas realizan, al igual que con el postulado analizado en el punto anterior, una merituación de la prueba testimonial brindada por los querellantes y de la propia D. L. N. quien el debate se empeñó en negar la firma de los recibos de pago acompañados por su parte. Subraya que su parte no tenía el onus probandi, sin embargo aportó un elemento irrefutable, cual es la prueba pericial caligráfica de la ex imputada Doña D. L. N., que arrojó un resultado contundente cual es que la firma inserta al pie de la totalidad de los recibos de pago aportados, es de puño y letra y le pertenece a D. L. N., esposa de Don A. A.. Que este es otro elemento que indica que los Señores Camaristas omitieron considerar, privándose ex profeso de los mismos y tiñendo el decisorio en crisis de inmotivación e ilogicidad. Tacha así de inmotivada la sentencia toda vez que se auto sustenta en la afirmación que Don A. A. era un Incapaz, y que por ende no comprendió el contenido del Poder otorgado aquel 29/7/2005 en El Bolsón, pero dicha afirmación solo encuentra reparo en una prueba testimonial que es brindada por personas privadas de idoneidad subjetiva, extremo que hace naufragar el fallo por inmotivación ya que los Señores Camaristas se limitaron a "resolver el litigio" como afirma el maestro Carrió citado, pero olvidaron hacerlo con arreglo a criterios y apreciaciones dotadas de fuerza de convicción.

Impugna la sentencia en crisis por incongruente, ya que la presente investigación nació, pivoteó y se desarrolló en base a la figura típica del inciso 2° del Art. 174 del Código Penal, y en ese molde típico se vació el hecho y sustrato fáctico de la imputación. Destaca que los Señores Camaristas omitieron absolver por este delito, y se limitaron a echar mano a una condena en orden a un delito que había sido traído a la acusación por la vía de un concurso ideal que requiere conductas diversas para su configuración, varía la norma y por ende altera el primigenio sustrato fáctico de la impugnación. Cita fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, que ha sostenido: "si las imputaciones efectuadas al encartado, sin perjuicio de recibir distintas calificaciones legales, constituyen un hecho único, el sobreseimiento firme por ese hecho, aún en el caso en que se relacione con una sola de las calificaciones atribuidas al nombrado, constituye cosa juzgada material". Que la solución justa, congruente, y razonable que su parte esperaba, era que tomada la determinación absolutoria del delito principal, sin mutar la plataforma fáctica, se

arribara a idéntico criterio absolutorio respecto del concurso ideal por Administración Fraudulenta. Que esto fue advertido por la defensa al alegar, empero ni siquiera fue merituado a la hora de sentenciar, avasallándose los principios de la lógica y de la psicología, a sí como los de defensa en juicio y debido proceso.-

Señala que en el caso que nos ocupa, se permutó la premisa mayor de una manera esencial, -se tomó en cuenta una situación fáctica normativa de diferente naturaleza- se operó una modificación del razonamiento silogístico original. Al variarse una de las proposiciones, ya no es posible mantener la identidad del argumento, y esta variación, cuado es relevante en los términos fácticos ya explicados, implica una afectación del principio de congruencia. Sostiene que la incongruencia esta dada en que los hechos concretos imputados (premisa menor) se vaciaron en el molde típico del Art. 174 inc. 20 del C.P. y al tiempo de sentenciar esos mismos hechos concretos fueron tomados para condenar por el Art. 173 inc 7° del C.P., cristalizándose una hipótesis de variación relevante del supuesto fáctico que habilita la impugnación deducida.-

Con cita doctrinaria de Ricardo Núñez, Maier, expresa que la regla se expresa como el principio de correlación entre la acusación y la sentencia; su categoría constitucional ha sido reconocida por la Corte Suprema Nacional. Culmina sosteniendo que "La base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir.-

Afirma que el cambio de calificación principal efectuado por los Señores Camaristas, en cierta manera desbarató la estrategia defensiva de esta parte, y por ende aniquiló la garantía inserta e n la norma del Art. 18 de la C.N., ya que si bien se lee este trámite judicial, se advertirá que toda la tarea investigativa pivoteo en torno a la figura típica del inc 2° del Art. 174 del C.P., y ninguna prueba se produjo en punto a la norma del inciso 7° del Art. 173 del C.P., en tanto "las partes" siempre interpretamos e internalizados que la misma era una figura accesoria e parasitaria de la principal y que, frente a una futura Absolución en orden al delito principal y más grave de Circunvención de Incapaz, se imponía la absolución consiguiente por dicha figura accesoria de Administración Fraudulenta. Que nada de ello ocurrió, y estamos a criterio de la Defensa en la agravíante de "cambio

de calificación" ya que la figura accesoria y concursada idealmente al tiempo de acusar, ha mutado en principalísima y única a la hora de condenar.-

Que la C.S.J ha sostenido: "el cambio de calificación adoptado por el Tribunal será conforme al art. 18 de la C.N. a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole "formular sus descargos". Sostiene el impugnante que esta situación de restricción defensiva concurre en este caso, en que el cambio operado en la subsunción legal afectó las garantías judiciales de sus ahijados procesales, tanto por un defecto del conocimiento cabal de la imputación, como por una afectación a su estrategia defensiva. Sostiene, que no es lo mismo desplegar una estrategia defensiva en orden a una acusación por Circunvención de Incapaz en concurso ideal con Administración Fraudulenta, que hacerlo por una acusación autónoma en orden al delito de Administración Fraudulenta.-

Finaliza solicitando se anule la sentencia en crisis, y se disponga la absolución de sus ahijados procesales sin reenvío (Art. 386 último párrafo del C.P.P.). Hace Reserva de Caso Federal para el hípotético caso de que el recurso sea rechazado de conformidad a la norma del artículo 14 de la Ley 48.-

2) El Ministerio Público Fiscal al contestar la impugnación expresó, que debe ser rechazada la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa, por entender que estamos en presencia de una sentencia que se ha ceñido adecuadamente al análisis de los hechos sometidos a juzgamiento, que halla debidamente fundamentada en las probanzas producidas en el debate, no advirtiéndose la violación ni de las normas del procedimiento, ni la inobservancia o violación de la ley sustantiva.-

3) a) En la audiencia fijada conforme lo dispone el art. 385 CPP, el Sr. Defensor de confianza e impugnante insistió con el agravio relativo al defecto de congruencia entre la acusación y la sentencia, remarcando que el concepto de "concurso ideal" supone por definición, que se atribuye al imputado un hecho inescindible; por lo cual, si la sentencia no ha recepcionado favorablemente la pretensión acusatoria en orden al delito de Circunvención de incapaces (art. 174, inc. 2, CP), se impone entonces dictar la absolución de los acusados en la parte dispositiva de la sentencia, en vez de condenar por el delito de Administración fraudulenta (art. 173, inc. 7, CP).-

En opinión de la Defensa, la imputación de la figura de Defraudación agravada del art. 174, inc. 2 CP, ha "naufragado" en la sentencia recurrida, por lo que no puede

aquella misma plataforma fáctica, venir luego a abonar una condena por Administración fraudulenta. Particularmente, critica el referido "concurso ideal", que entiende es de imposible existencia entre una figura de peligro, y otra de abuso.-

b) A su turno, el Sr. Fiscal General actuante en el caso, postula que se rechacen los argumentos centrales de la impugnación, destacando que no se deben juzgar calificaciones legales, sino solamente hechos, concluyendo que la posición de la Defensa entraña un error interpretativo. Añade que no es necesario dictar, en el caso, ninguna absolución y resalta que su contraparte en todo momento ha podido debatir ampliamente los hechos, ya que la imputación en orden al delito de Administración fraudulenta, siempre estuvo. Cita en pro de la validez de lo actuado, respecto a las distintas calificaciones que se fueron proponiendo de modo principal y subsidiario -una de las cuales fue la seguida, en definitiva, por el Tribunal de juicio-, un precedente de la Sala Penal de nuestro STJ, caso "D. – P.", originario de la Circunscripción judicial de Esquel, sentencia del año 2007.-

II.- De conformidad a lo acordado en la deliberación, por razones de índole metodológico, hemos de comenzar por el agravio identificado como "La Incongruencia".-

1) En la referida etapa, prestamos especial atención al desarrollo del alegato final del Ministerio Público Fiscal, en la audiencia de debate, a fin de esclarecer cuál ha sido el itinerario que se recorrió; para luego cotejarlo con el que llevara al Tribunal -una vez descartada la concurrencia, en el caso, del tipo penal de la Circunvención de incapaces (art. 174, inc. 2, CP)-, a condenar a N. y B., como autora y partícipe respectivamente, del delito de Administración fraudulenta (art. 173, inc. 7, CP).-

En primer lugar, se destaca en la exposición del acusador público, la referencia a la necesidad de realizar un "esfuerzo", en la labor de mostrarle a los jueces del debate su convencimiento acerca de cuál es la figura aplicable; como asimismo, se alude a la "difícil" tarea de aquéllos, que deberán dirimir si los hechos de la acusación se adaptan, o no, a una figura típica. También encontramos, en la misma línea de razonamiento que se viene reseñando, referencias a la "complejídad" del caso.-

En verdad, no nos debe llamar la atención la existencia de dificultades, ni la advertencia de un caso complejo, etc., en esta materia, si tenemos en cuenta que el delito de Circunvención de incapaces, siempre ha suscitado muchas dudas en su aplicación; y como ejemplo del complicado panorama que este tipo penal nos ofrece, en su interpretación, podemos

citar algunas consideraciones que el tema le ha merecido al Prof. Zaffaroni (en su artículo: "Genealogía del tipo de Circunvención de menores e incapaces", publicado en NDP-996/A, págs. 103 y ss.), como ser, que se trata de un: "...tipo en que la doctrina y la jurisprudencia se desconciertan, de modo sumamente peligroso"; respecto del cual casi todos los autores dicen un poco, pero ninguno precisa mucho..."; además que "la genealogía (de la ley argentina) es constitucionalmente sospechosa"; "...figura indefinida, colocada en la zona gris de los 'engaños', los 'fraudes', las 'defraudaciones'..., que no es estafa, ni hurto ni falsedad, pero que -al decir de Carrara- tiene algo de los tres"; "tipo híbrido, desdibujado, de 'abuso de menores' como una subespecie de 'abuso de confianza'..1; mucho la atención un tipo penal que los legisladores han denominado y clasificado de modo tan diferente, lo que no hace más que poner a las claras sus dudas, es decir la falta de claridad respecto de lo que legislaban"; la forma "cómo llegó el tipo a nuestro código de 1921 ... confirma el desconcierto legislativo mundial a su respecto... fue incorporado por efecto de inercia legislativa"; "nuestra doctrina se ha ocupado -o 'ha reparado'- muy poco del tipo del inciso 2° del art. 174"; "en cuanto a la jurisprudencia nacional, prácticamente es ínfima (insignificante) -lo cual pone de manifiesto la escasa aplicación del tipo-y, que por ende, los fallos muy aislados son poco significativos de tendencias claras".-

Frente a este panorama, el autor citado nos previene en contra de una posible interpretación extensiva de este tipo penal: "El desconcierto doctrinario que provoca un tipo con tan confusa tradición legislativa, genera reacciones interpretativas que responden a una escasa racionalidad. Nuestra doctrina se percata de algunos problemas pero no parece resolverlos. No es el más pequeño de ellos, por cierto, que el tipo tiene la ubicación y la pena de una defraudación calificada, con un mínimo muy superior al de la estafa, pero que aparece tipificado como delito de peligro que, parece tipificar un acto preparatorio de una lesión a la propiedad ...".-

Como muestra adicional de alguna de las dificultades que provoca la aplicación de esta figura penal, podemos traer a colación también jurisprudencia reciente acerca de los requisitos objetivos de este tipo, en el sentido que si bien no se debe exigir que la incapacidad del sujeto pasivo de la Circunvención, esté declarada judicialmente, sí es necesario que los casos de incapacidad no declarados revistan, como mínimo, la suficiente entidad como para justificar su

encuadramiento en los términos de los arts. 140 y ss. del Código Civil. Por lo cual, por ejemplo el art. 152 bis del C.C., que configura una extensión de lo establecido en el art. 141 del C.C., sin embargo "en materia penal no podría configurar un permiso en blanco para delimitar los contornos de la prohibición del art. 174 inc. 2) según el criterio individual de cada magistrado" (cfme.TCPBA, Sala II, 04/03/2010, caso "G.D.M. s/ recurso de casación").-

A mayor abundamiento, merece destacarse que en la sentencia precedentemente citada, hubo de sostenerse que el tipo penal que nos ocupa es de pura actividad, y no admite su comisión con dolo eventual, toda vez que "el delito en estudio, según la doctrina unánime, exige un especial elemento subjetivo ('el ánimo de abusar'), que sólo resulta compatible con el dolo directo..."; concluyéndose en la absolución del imputado, que era un profesional del notariado -se resalta este extremo, a título meramente comparativo, en relación con una de las manifestaciones del impugnante, quien ha calificado de "desquicio de la plataforma acusatoria", que el Ministerio Público Fiscal no haya incluido en la misma a la escribana interviniente en el presente caso (al argumentar respecto a que el otorgamiento del poder por parte de A. a N., no puede considerarse como un acto abusivo).-

2) Tenemos hasta ahora, entonces, una primera certeza: la admisión, por parte del Ministerio Público Fiscal en su alegato, de que nos encontramos frente a un caso complejo respecto a la subsunción -convicción que tiene, como vimos, muy serio respaldo en la propia doctrina nacional, y también en la jurisprudencia, que nos ilustran a las claras sobre estas dificultades-.-

Ahora bien, veamos a continuación de qué manera la acusación ha enfrentado esos obstáculos, y si en definitiva lo ha hecho con éxito, o por el contrario como sostiene la Defensa, "naufragó" en su intento -según el diccionario de la RAE, naufragar significa: "irse a pique" o "perderse la embarcación", y en sentido figurado: "perderse o salir mal un intento o negocio"; por su parte, naufragio en sentido figurado implica: "pérdida grande", "desgracia", "desastre"-.

De la exposición de los Sres. Fiscal general y Funcionario de la Fiscalía intervinientes en la audiencia de debate, se desprende que los acusadores previeron la posibilidad de que el tribunal de juicio entendiera que no se había podido acreditar la existencia de una Circunvención de incapaces; en cuyo caso, solicitaron se aplique la figura de la Administración fraudulenta. Para ello, se argumentó en lo sustancial: (según registro de audio) "si los Sres. Jueces dudaran de la incapacidad probada de Don A. A., deberán

entonces darse cuenta que estamos frente a un mandato legal que debió ser cumplido fielmente por la mandataria, y fielmente quiere decir lo contrario a fraudulentamente o a perjudicialemente... el agente en este caso A. N. se ha excedido en el poder otorgado, burlando la confianza en ella depositada y violando la obligación de custodiar los intereses ajenos, en este caso de Don A. A.. Cuando (éste) delegó en A. N. el manejo de su patrimonio, creó una expectativa de que actuaría de igual modo que lo venía haciendo él y esta expectativa precisamente es la que protege la norma del art. 173 inc. 7... Es un delito que afecta a la propiedad entendido como el conjunto de intereses cuantificables en términos económicos que afecta a alguno de los componentes del patrimonio, en este caso indudablemente el elemento de mayor valor o casi el único elemento de valor del patrimonio de Don A. A. que era precisamente su campo, respecto de cuya administración tampoco se ha discutido que tenía una conducta uniforme de mantenimiento, y de disposición solamente como adelanto de herencia en beneficío de sus hijos, de modo que lo lógico y esperable era que la administradora se manejara de igual modo que el poderdande y en igual sentido ...".-

Tal como se han ocupado de destacarlo las partes en la audiencia del art. 385 CPP, y se desprende claramente de las constancias documentales y audiograbadas con las que contamos al momento de resolver este recurso, es evidente que el debate en el caso ha sido muy rico, y nos ofrece un sinnúmero de elementos útiles para el análisis. De todos modos, hallándose circunscripta la competencia de este Tribunal de impugnación, a los motivos de agravio del recurrente, entiendo que la reseña efectuada precedentemente sobre los argumentos centrales de la acusación fiscal, en la etapa de la discusión final, ha de resultar suficiente para fundamentar la conclusión de que no se advierte violación alguna al principio de congruencia, y que por ende la sentencia merece ser confirmada en este punto.-

3) En efecto, como lo precisara el Sr. Fiscal general en su responde, en el término de emplazamiento del art. 384 CFP, como asimismo en la audiencia del art. 385, la dinámica del proceso acusatorio y sus etapas sucesivas, determinan que a lo largo del mismo la acusación pueda ir moldeándose, inclusive reformulándose, sin que ello la invalide, siempre y cuando se respete un mismo cuadro fáctico.-

Al respecto, la jurisprudencia del TCPBA advierte que: "En el ámbito de un trámite procesal de naturaleza inquisitiva, la acusación fiscal es de muy distinta factura que en el marco de un proceso acusatorio... En el segundo, el

centro de gravedad finca en el debate, respecto del cual la instrucción tiene mero carácter preparatorio de un complejo acreditante que, salvo medidas irreproducibles, recién **adguirirá contornos definitivos en el curso de la audiencia.** Es así como en la ley ..., enrolada en la corriente acusatoria, el pronunciamiento fiscal solicitando la elevación a juicio sólo tiene carácter de conclusión provisoria ... Al iniciarse el debate, establecer las líneas de la acusación y defensa no significa otra cosa que contribuir a determinar el alcance de la pretensión fiscal... Por último, al plantearse la temática de la discusión final, el ... Código Procesal Penal deja a la parte actora la posibilidad de **reformular la acusación**, previendo como correlato las réplicas de la defensa. De ahí que el **principio de congruencia** deba experimentar, dentro del nuevo proceso penal, las **lógicas alternativas** que puedan emerger de tales cambios, **armonizándolos** con miras a la plena vigencia del derecho de defensa en juicío" (causa "R.G.", del 13/11/2003 - el destacado me pertenece-).-

En otro supuesto, el mismo Tribunal sostuvo que: "La sentencia atacada **no resulta incongruente** respecto del requerimiento de elevación a juicio cuando, habiéndose ya arribado a un conocimiento certero sobre el hecho, detalla que ..., pues con ello no se hace más que individualizar un aspecto fáctico que, ... **estaba ya contenido en la acusación** ... En las etapas **previas** al juicio, **no** podría exigirse al órgano acusador ni al Tribunal un conocimiento absoluto y detallado sobre cada una de las circunstancias y particularidades del suceso, de modo que todas aquellas precisiones contenidas en la sentencia pero ausentes en actos anteriores, como en el caso, en la acusación, **no** implican por sí solas detrimento a garantía alguna si al incluirlas **no se excede la primitiva extensión del hecho** y con ello **sólo se introducen variaciones** que derivan de un conocímiento **más profundo e intensivo** del mismo" (causa: "L.C.", del 20/12/2001 -el destacado ha sido agregado al original-) - todas citadas por Julián Horacio Langevin, en su obra "Nueyas formulaciones del principio de congruencia: Correlación entre acusación, defensa y sentencia", editorial Di Plácido, págs. 209 y ss.-.-

En esta misma obra, también leemos: "Para la comparación entre acusación y sentencia no sirve por restringido el mero concepto que brinda el típo legal. Ni siquiera la determinación misma de único hecho o pluralidad de hechos debe realizarse según las valoraciones jurídicas que brinda el Derecho Penal, sino que debe tomarse el suceso en el sentido natural de acontecimiento histórico con todas sus

modalidades temporales y espaciales... que vienen determinadas por la noción de objeto procesal. No es preciso una identidad absoluta, pues atañe solamente a los elementos fácticos relevantes para la defensa, que se erige así como un criterio corrector por fuera de los hechos, ya que lo que se pretende es asegurar al imputado la posibilidad de defenderse con la plenitud de sus facultades respecto de todo elemento relevante de la imputación, en forma que se excluya cualquier sorpresa... la importancia del objeto procesal cobra relevancia pues su determinación no queda en manos del Tribunal sino de la acusación, pues lo contrarío, además de violar el principio de contradicción, afectaría el de imparcialidad, ya que el acusatorio supone como regla de garantía que el juzgador quede ligado a la acusación en el sentido de S ll imposibilidad de condenar a persona distinta de la acusada y por hechos distintos de los imputados. Ello fue puesto de relieve por la Corte Suprema en el caso Fariña Duarte, Fallos, 327:2790...".-

En una interpretación más moderna y amplia de la garantía, que procura limitar los alcances del principio *iuria novit curia,* el resultado del análisis en el caso concreto, tampoco favorece la tesis del impugnante. Sobre este modo de interpretación, explica el autor citado que: "La congruencia no debe verificarse en los dos punto radicionales (se refiere a los términos de comparación entre la acusación la sentencia) sino que debe necesariamente comprender también a la tercera pata del proceso: *Acusación-defensa-sentencia es la tríada que debe recorrer el principio* de *congruencia para verificar el respeto de la defensa en juicio.* Y la única manera de hacerlo **es constatar la existencia de un débate previo entre acusación y defensa sobre la cuestión que se pretenda resolver...**La defensa no se satisface con la mera posibilidad de ejercerla, sino que es menester un ejercicio **real**, **efectivo y cierto** de ese ministerio" -con cita de Bovino (Revista de Derecho Procesal Penal, 2006-1 de Rubinzal Culzoni): "...en la medida en que las reglas jurídicas que el tribunal aplica a los distintos aspectos del caso no hayan sido debatidas y no se haya permitido a la defensa alegar sobre tales cuestiones, la situación de indefensión puede resultar prácticamente idéntica a la del cambio sorpresivo de calificación jurídica"- (ob. cit. pág. 103).-

También en la obra de Langevin se cita jurisprudencia del TC Español, fallo 4/2002, que ha advertido que "...lo relevante, a los efectos de poder apreciar la vulneración del principio acusatorio, no es la falta de homogeneidad formal entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena, sino si, en las circunstancias concretas del caso, el

recurrente **pudo contradecir la totalidad de los elementos** que integran la valoración jurídica o tipificación de los hechos efectuados en la resolución judicial" (aut. y ob. cits. pág. 114, el destacado en todos los casos ha sido agregado al original).-

En el presente, no hay duda que tanto aquel "debate" sobre la cuestión a resolver, como esta posibilidad de total contradicción, referidas, han existido ampliamente.-

4) A mayor abundamíento, y siempre en apoyo de lo que se viene exponiendo en el sentido de que la sentencia no presenta ningún vicio de incongruencia, Mauro Divito en su análisis del fallo "Fariña Duarte" de la CSJ, ya citado, enseña que: la descripción del hecho (y sus variantes, si se ha acudido a acusaciones alternativas), la acusación -pública o particular- delimita todos los aspectos fácticos del objeto procesal, esto es, el hecho delictivo (acción típica, antijurídica y culpable) con todos sus elementos objetivos y subjetivos, y sus circunstancias agravantes y atenuantes. De tal modo, el tribunal puede prescindir de algunos de esos aspectos (por ejemplo, frente a una acusación por robo, considerar que no fue acreditada la violencia sobre la víctima y calificar el hecho como hurto) o valorar otras circunstancias que favorezcan al imputado (por ejemplo, una atenuante no invocada por las partes), *pero no puede ir más allá* (por ejemplo, tener por probado lo que el fiscal consideró que no se había acreditado, o incorporar una agravante no esgrimida por el fiscal). De lo contrario, se incurriría en una violación a la garantía de la defensa en juicio, de la cual el principio de congruencia no es más que una manifestación. Evidentemente también está en juego la imparcialidad del tribunal. Al respecto, señala Cafferata Nores que la normativa supranacional incorporada a la Constitución Nacional (cfr. Art. 75, inc. 22) coincide en torno del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial (con cita de los arts. 8°.1, CADH y 15.1, PIDCP)...".-

Reiteramos, una vez más, que en el presente caso se han respetado plenamente en la sentencia de condena, los recaudos descriptos por el comentarista citado, en razón que el tribunal en ningún momento ha ido mas allá de la propuesta de la Fiscalía. Finalmente, cabe agregar que el anotador del fallo de la CSJ nos dice que en definitiva: "...lo verdaderamente relevante es determinar si la defensa –para cumplir adecuadamente su ministerio- *debía argumentar* sobre una determinada cuestión o no. En principio no existen razones valederas para sostener que un defensor deba abordar aspectos no propuestos por la acusación..." -en nota al pie

de página se lee: "Obviamente, si se han presentado **acusaciones alternativas**, la defensa **debería abordarlas todas** (cfr. Maier, Derecho procesal penal, t. I, "Fundamentos", p. 576) (cfme. "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", tomo 1, dirigido por Leonardo Pitlevnik, págs. 72 y ss. -el destacado ha sido agregado al original-).-

III.- Una vez que hemos despejado, entonces, toda duda acerca de la legítimidad, en lo formal, de la condena por Administración fraudulenta en la sentencia impugnada, a continuación corresponde analizar ya la cuestión de fondo, en torno a si el decisorio ha fundamentado debidamente que en el caso concurra aquel tipo penal, en cabeza de los acusados A. N. y L. A. B..-

1) En primer término, y dentro de los elementos objetivos de la estructura del delito que nos ocupa (art. 173, inc. 7, CP), el fallo en crisis se encuentra más que suficientemente motivado, en orden a que la nombrada N. ostentaba esa cualidad especial del autor de esta figura penal, cual es el haberse hallado legítimamente a cargo del cuidado de intereses pecuniarios ajenos, en virtud del poder que le otorgara el difunto A. A. –cabe remarcar que la doctrina nacional caracteriza a este especie de defraudación, como un delito "propio", en virtud de que el mismo sólo puede ser cometido por "determinados sujetos", que están investidos de las "facultades de manejo, administración o cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos", y "a raíz de las fuentes que menciona el precepto: la ley, un acto jurídico o la autoridad" (cfme., entre otros, De Luca, Javier A., nota a fallo publicada en L.L., suplemento de jurisprudencia penal, setiembre de 2000, págs. 1 a 14).-

Es importante destacar, en este punto, que si bien es cierto que una hipótesis probable para explicar lo sucedido en el caso, podría ser que el poder obtenido, a su favor, por A. N., formara parte ya desde elcomienzo de una maniobra estafatoria, a completarse luego con la firma del boleto de compraventa a favor de su concubino B., parece más razonable en cambio -como lo hace la sentencia- tener como manifestación de voluntad legítima de Don A. A. el otorgamiento del mandato; claro está que, siempre y cuando, se interprete este apoderamiento como limitado a los actos de administración, tal como lo ha corroborado la prueba testimonial concordante en este punto, tanto de parientes, allegados, escribano público, etc., en sus deposiciones durante la audiencia de debate.-

Es interesante uno de los argumentos empleados en la sentencia, para fundamentar el razonamiento que ha conducido

a reconocer legitimidad, además de validez formal, al poder de administración otorgado a A. N.; cual es, que nada cabría reprocharle a la acusada -y de hecho, nunca se hubiera iniciado ningún proceso penal en su contra-, si la misma hubiera utilizado el mandato para realizar genuinos actos de administración, en beneficio del poderdante, contribuyendo de este modo a mejorar/aliviar su situación, severamente afectada por razones de salud.-

2) A fin de concluir que, en el caso, la acusada hubo de infringir los deberes a su cargo, que disponía el mandato -"infracción", en el sentido de contrariedad del comportamiento del agente con cualquier norma, que regule su actividad en relación con el titular de los intereses-, los Sres. Jueces han computado una serie de elementos de prueba, sobre todo indiciario, que llevan a la convicción de que N. ha violado el deber de fidelidad que debía observar, en relación con su poderdante.-

a) En tal sentido, se destaca en el decisorio que la conducta precedente de Don A. A., inequívocamente, conduce a inferir que en ningún momento ha estado en su ánimo disponer de sus bienes, a favor de un tercero (B.) -entendido como extraño al círculo familiar-; y ello por motivos de arraigo, razones sentimentales, etc. que lo ligaban a ese medio rural en el que habitó tanto tiempo. Además, en los casos concretos en que exhibió una voluntad de disposición, fue a favor de sus sucesores, en forma de un anticipo de herencia.-

También concurre en apoyo de este razonamiento, el secreto u ocultamiento a su mandante, de la operación realizada entre N. y B., lo cual resulta inexplicable si se hubiera tratado de la celebración de un acto jurídico lícito y transparente. La sentencia da cuenta de modo detallado, por medio de la reseña de la prueba testimonial rendida en el juicio oral y público, que la noticia del inminente desalojo a los herederos de A., intentado por B., en la zona de Epuyén, sorprendió al poderdante, y lo llevó incluso a trasladarse al lugar del hecho; como así también se comprobó en el debate, merced a las deposiciones de un médico tratante y sus familiares, que tal situación lo había llenado de angustia, y provocado un empeoramiento general en sus condiciones de salud.-

b) Las conclusiones a las que arriba el fallo, en cuanto a la inexistencia de pago del precio supuestamente convenido en el boleto, confirman el desvío que la acusada practicó en relación con el deber de resguardo del patrimonio de A., que le imponía el mandato. A tal efecto, el Tribunal ha destacado, fundamentalmente, que en ningún momento se acreditó que aquel "precio" llegara a manos del titular del

bien, no existiendo razón alguna que justifique que sea su esposa quien deba recibir el importe –recordemos que el difunto A. había firmado "a ruego" en la Escribanía, en oportunidad del otorgamiento del poder, lo cual nos lleva mediante la utilización de una argumentación por analogía, a la conclusión de que eventualmente podría haberse echado mano a ese mismo procedimiento, para firmar los recibos del dinero de la "venta"-; todo ello sin contar además que: la propia madre de la acusada niega haber recibido esa suma de dinero; que el lugar de expedición del documento (recibos sin fecha cierta) no coincide con el de residencia de la Sra. N. en esa época, y que a pesar de constar fechas diversas, la pericia caligráfica da cuenta que fueron confeccionados con el mismo elemento, etc. –todo valorado en la sentencia como indicios de cargo-.-

3) La conducta de los acusados ha determinado la causación de un perjuicio a los "intereses confiados" por A., a la mandataria A. N.. Este requisito típico está sobradamente verificado, en el caso, desde que la interpretación de la figura penal que nos ocupa, es sumamente amplia en este punto, entendiendo que no sólo la afectación a la intangibilidad del patrimonio material configura el tipo, sino que inclusive la presunción de que la gestión infiel puede generar compromisos indebidos, es suficiente para satisfacer la consumación del delito (cfme. Carrera: "Administración fraudulenta", pág. 121: "Con anterioridad a la reforma, el delito estaba considerado como de daño efectivo. La real y efectiva lesión de la propiedad es un extremo que atafte a la esencia de la defraudación, pero sólo de modo general y no caracterizante preside a la administración fraudulenta. El perjuicio efectivo se presenta cuando, por ejemplo se dilapidan o regalan bienes que integran el patrimonio. La actual estructuración del tipo permite, sin embargo, concluir que, en algunos de sus supuestos, es suficiente el daño potencial. Esto por cuanto es dable que la acción reprimida consista en que el autor se exceda en su facultad, para obligar al titular del patrimonio, por ejemplo, reconociendo una deuda inexistente, o constituyendo una fianza ...").-

Siguiendo al autor citado, resulta muy interesante la comparación que efectúa, con otras figuras defraudatorias, que requieren que se concrete un "perjuicio efectivo"; como, por ejemplo, el caso de la Simulación defraudatoria de contrato, del art. 173 inc. 6 CP, que exige que exista un "uso exitoso del contrato creador de una obligación".-

A propósito de la referencia a la figura del art. 173, inc. 6, CP, me permito una digresión: el voto del Dr.

Sarquís, ha aludido al concepto de "irregularidad, por no decir... falsedad" -por ejemplo, en relación con los recibos, de lo cual se infiere "la aseveración de la inexistencia del pago de precio de venta"-; y precisamente, aquel tipo defraudatorio protege el bien jurídico "fe en la contratación en general", a punto tal que Nuñez afirma, en relación a este delito, que "se trata de una falsedad ideológica bilateral" (cit. por Navarro: "Casos especiales de estafas y otras defraudaciones", pág. 103; este autor también nos enseña que, en razón del principio de especialidad, en el caso de simulación de quien defrauda por infidelidad o abuso, el delito de Administración fraudulenta desplaza al del art. 173, inc. 6, CP -pág. 106-). Como vemos, estas opiniones doctrinarias nos sirven para reforzar la conclusión de que el criterío seguido por el tribunal de juicio para la calificación del hecho, es el acertado.-

4) También está más que acreditado, que ha existido una relación causal directa entre la infracción de los deberes a su cargo, por parte de la acusada, y la producción del perjuicio a los "íntereses confiados"; ya que, indudablemente, a partir del boleto suscripto con B., este último adopta una conducta que claramente puso en serio riesgo la integridad patrimonial de la víctima, tanto a través de la realización de mejoras en el predio -considerándolo como propio-, y también mediante el desalojo de sus anteriores ocupantes, vinculados familiarmente al poderdante (cfme. Millán: "Los delitos de administración fraudulenta y desbaratamiento de derechos acordados", p. 39: "Ha de existir *relación de casualidad* entre la violación de los deberes y el abuso con perjuicio. Porque si el perjuicio se ha derivado de otras causas, del mismo modo que sí no se ha originado perjuicio, se elimina la tipicidad. El perjuicio puede derivarse tanto del examen y resultado conjunto de la gestión como **de una sola operación** porque lo que caracteriza este delito no es tanto la realización de una serie de maniobras como que la administración comprende un conjunto de bienes" (el destacado me pertenece).-

5) a) En lo concerniente al tipo subjetivo, en el caso de la acusada N. (autora), el mismo está compuesto por el dolo -que basta con que sea eventual, en lo referido al daño patrimonial- (cfme. Carrera, ob. cit., pág. 139, con apoyo en las posiciones de Maurach, Welzel, Soler y Fontán Balestra); y por los especiales elementos subjetivos del tipo, distintos del dolo, en el caso el fin de procurar "para sí mismo" o "para un tercero" un lucro indebido. Ambos componentes concurren en el caso, si tenemos en cuenta el valor de la propiedad en juego, de acuerdo a las diversas tasaciones

producidas en el juicio, que nos ilustran claramente acerca de la magnitud del provecho y beneficio, que buscaban obtener los acusados, como resultado final de la operación instrumentada en el boleto.-

b) En el caso del partícipe, su dolo requiere el conocimiento de estar prestando ayuda al hecho típico, y como éste se integra en el caso con un especial elemento subjetivo -como se vio precedentemente-, el partícipe debe saber o tener conciencia al menos de la posibilidad (dolo eventual) de que el autor tenga aquel "fin de lucro". Todos estos extremos también se encuentran demostrados en el caso, motivo de juzgamiento, y ahora de impugnación, a partir de la propia conducta desplegada por B., en relación con el predio.-

6) Por último, el encuadramiento de la conducta de N. como "autora" es correcta, teniendo en cuenta lo que ya se explicó en el apartado III 1), sumado a que ha tenido el dominio del hecho junto a B., y también ha actuado con el particular elemento subjetivo distinto del dolo, de acuerdo a lo explicitado precedentemente. Idénticos extremos subjetivos concurren en el caso del partícipe, con la salvedad que el mismo no reviste la cualidad especial de la autoría, cual es el apoderamiento por parte de la víctima, lo que explica que no pueda ser considerado autor, sino cooperador necesario (art. 45 CP).-

IV.- Por todo lo expuesto hasta aquí, emito en definitiva mi sufragio por la negativa a la cuestión planteada, postulando en base al resultado de la deliberación, que se rechace la impugnación de la Defensa y se confirme íntegramente la sentencia registrada bajo el número 570, de fecha 22 de mayo de 2009, con costas a los condenados.-

No existiendo constancias que el Sr. Defensor de confianza de los condenados N. y B., haya cumplido con la carga prevista impuesta por el art. 2°, inc. b) de la ley 17.250, corresponde diferir la regulación de honorarios por los trabajos en esta instancia, hasta que dicha obligación sea cumplida.- En cuanto a los letrados de la parte querellante, no corresponde expedirse sobre sus honorarios en la presente instancia, toda vez que no han desplegado ninguna actividad profesional, ni en el término de emplazamiento del art. 384, ni en oportunidad de la audiencia del art. 385 del CPP.-

Corresponde asimismo hacer lugar a la Reserva de caso Federal.-

A la cuestión planteada la Dra. García dijo:

Para tratar los agravios de la Defensa, voy a cambiar el orden en que fueron planteados y trataré en primer lugar la

violación al principio de congruencia, por una cuestión lógica ya que si prosperara este vicio correspondería anular la sentencia y los demás agravios carecerían de relevancia.

El Dr. M. plantea la incongruencia, ya que los hechos concretos imputados se vaciaron en el molde típico del art. 174 inc 2 del C. Penal y al momento de sentenciar esos mismos hechos fueron tomados para condenar por el art. 173 inc 7 del C. Penal.-

Al respecto la plataforma fáctica de las conductas reprochadas se mantuvo; pero que el MPF fue mutando las calificaciones dadas a esos hechos así en la audiencia de apertura con respecto a A. N.,(fs.8/vta. de la carpeta judicial), calificó los hechos como circunvención de incapaz en concurso ideal con administración fraudulenta, la mantuvo en la audiencia preliminar (fs. 27/30) y ya en el debate, el Fiscal, conforme las disposiciones del art. 322 del C.P.P., adecuó la imputación respecto a L. A. B. y en el alegato final ajustó la calificación a lo probado en juicio y le imputó a A. N. circunvención de incapaces o en forma subsidiaria administración fraudulenta o estafa genérica. Los jueces toman como correcta la calificación de administración fraudulenta, tal como lo expresa la Dra. Cristina Isabel Jones, al comenzar su voto, cuando dice "que está a favor de la teoría del caso de la Fiscalía, fundamentalmente en lo que hace a la proposición fáctica que derivó en la proposición jurídica planteada como subsidiaria de administración fraudulenta (art. 173 inc 7 del C. Penal), coincidiendo en este punto los tres jueces por unanimidad.

Asimismo he podido verificar que la plataforma fáctica y los elementos del tipo del art. 173 inc 7 del C. Penal, fueron ampliamente discutidos en debate, el otorgamiento del poder, los actos de administración, el abuso de confianza, el boleto de compraventa, el precio y el perjuicio patrimonial, por lo que no se afectó el derecho de defensa, tal como lo reconoció el mismo Defensor en su alegato, cuando dijo:_ "que cuando sostuvo y remarcó cada una de las mutaciones de la postura fiscal no fue para sostener menoscabo al derecho de defensa", y concluyó que: ..."por la actitud asumida por el M.P.F. no había un rumbo muy definido, por lo que hecha mano a calificaciones que se excluyen entre (según réplica de la defensa pista 18 del audio).

En consecuencia este agravio debe ser rechazado y así lo voto.

Seguidamente voy a tratar como segundo agravio, lo que relaciona con la incongruencia y cuestiona la omisión del tribunal de absolver por circunvención e incapaces, echando mano a una condena por un delito que había sido traído a la

acusación por la vía de un concurso ideal, que requiere conductas diversas, ya que al sobreseer por uno al ser un hecho único, hace cosa juzgada material.

En este punto, le asiste razón al Fiscal General Dr. Fernando Rivarola, pues en el juicio se juzgan conductas, se efectúa la subsunción en un molde típico y se descartan otros, resolviéndose el concurso aparente de normas, pero no se absuelven calificaciones.

En el caso los tres jueces del debate por unanimidad concluyeron que las conductas atribuidas a A. N. y a Luis B., son típicas y encuadran en la administración fraudulenta, descartando las otras calificaciones, no advierto ningún error, ni corresponde sobreseer por las calificaciones desechadas, por lo que este agravio también debe ser rechazado.

Como tercer agravío, trataré lo que considera un absurdo que si en el 2003, A. había evolucionado a tal punto de poder contraer matrimonio como no iba a entender en el 2005 el contenido de un simple poder de administración y disposición de bienes, como el que le otorgó a su hija en la E. A. de El Bolsón. Si A. N. estaba facultada para vender y no se extralimitó en el poder, si fue un mal o buen negocio hay que dirimirlo en otra sede.

No advierto ningún absurdo, una realidad es que Don A. A., haya contraído matrimonio con su concubina de hacía por lo menos veinte años, para regularizar una situación de hecho, conocida y consentida, y hasta esperable para todos, era una cuestión simple de comprender y es posible que haya prestado consentimiento libremente, comprendiendo el contenido del acto.

Pero, es otra realidad muy distinta, conceder un poder amplio de administración y disposición de bienes, que es un acto complejo, extraordinario en su vida sencilla de hombre de campo, comprender el significado y alcance de cada una de sus cláusulas exige una mayor capacidad de razonamiento y abstracción, que con las limitaciones constatadas por los médicos, que declararon en el juicio, no creo que haya sido posible, a lo sumo habrá entendido lo mismo que su esposa D. N., que era un poder para que administre y les ayude a pagar los impuestos.

Sin embargo esta cuestión es incidental, ya que el poder fue otorgado y el mandato es válido en esos términos ya que no fue invalidado en sede penal ni en sede civil.

La Dra. Jones, descarta la circunvención de incapaces por considerar que no se da el elemento típico que exige, que el peligro concreto de perjuicio económico, surja del mismo documento. Y en un segundo paso sostiene que las conductas de

los prevenidos encuadran en el delito de administración fraudulenta, y afirma que el mandato estaba vigente al momento de celebrarse el boleto de compraventa entre A. N. y L. A. B. y pasa a tratar en qué consistió la infidelidad de la Administradora, cuando dice "la administración de los bienes era el cometido acordado y no la venta de las tierras como surgió claramente de toda la prueba testimonial referenciada en tal sentido y especialmente los dichos de la escribana A.. Que la administradora violó el deber de fidelidad, lo considera probado con el hecho de vender todo el patrimonio, ocultando la venta al mandante y al resto de la familia. También afirma que el perjuicio patrimonial es indiscutible y el fin de lucro perseguido por los imputados, conforme toda la prueba reseñada.

El Dr. Jorge Eyo en su voto analiza en primer lugar los elementos de la circunvención de incapaces y coincide con la Dra. Jones, con que falta un requisito de la tipicidad. Seguidamente analiza si la conducta de A. N. encuadra en la primer calificación alternativa, la administración fraudulenta. En ese sentido sostiene que A. N. era mandataria con facultades de administración y disposición del patrimonio de A. A., con poder vigente a la época de suscribirse la venta y cesión. Que el perjuicio patrimonial está probado ya que la operación se realizó a un precio por debajo de los valores de plaza, incluso menos de la mitad del menor de ellos. Y a este perjuicio se suma que A. A., quien era el único titular del campo, no recibió ni un peso de dicha operación por parte de su apoderada, por cuanto los importes se habrían pagado a D. L. N..

Por último el Dr. Víctor Sarquís en su voto hace un exhaustivo análisis de toda la prueba y coincide con los colegas que le preceden en cuanto a que A. N. era la administradora, que violando el deber de fidelidad vendió todo el patrimonio a un precio muy bajo y no pagó a su mandante, concluyendo que su conducta es típica y encuadra en la administración fraudulenta.

Por lo que no advierto contradicción interna en el razonamiento seguido por los jueces, manteniéndose la logicidad de la línea argumental.

Continuando con el análisis de la sentencia en crisis, también por unanimidad los jueces consideran que la conducta de A. N., fue dolosa con conocimiento e intención de perjudicar el patrimonio confiado para lograr un beneficio personal y para su concubino L. A. B..

A mi criterio, es correcto el razonamiento efectuado para tener por probado el dolo, a la luz de toda la prueba directa colectada y de los indicios de venderle a su propio

concubino, ocultar la venta y supuestamente pagarle a quien no debía recibir el pago, por lo que no podría sostenerse que sólo fue un mal negocio, como pretende la defensa.

Finalmente el último agravio de la Defensa, es que con relación al precio, omitieron considerar extremos que gozan de un poder de convicción elevadísimo como ser los recibos firmados por D. N. y el resultado de la pericia caligráfica, por lo que considera inmotivada y contradictoria la sentencia.

Tengo en cuenta que en la sentencia se hace un análisis exhaustivo de toda la prueba, valorándola y explicitando cada uno de los jueces, las razones para darle determinada significación en cada caso, y no advierto circunstancias que pongan en crisis los testimonios de los familiares de A., ni de la madre de la imputada D. N. ni de su hermana L. M. A., resultando contundente y acertado lo afirmado por la Dra. Jones, cuando expresa: "Y por último con relación a la valoración probatoria, quiero dejar expresada mi absoluta convicción de la veracidad de los testigos que depusieron en la audiencia, tanto los querellantes, como la Sra. D. N. y su hija L. M.. Todos a mi juicio, se mostraron conmovidos por la memoria del Sr. A. A. y su triste final y sinceros en sus relatos. No hubo contradicciones entre ellos más allá de las imprecisiones de algunas fechas y en particular la Sra. D. N., mostró absoluta coherencia interna y externa con relación a las demás pruebas y a pesar de haber sido imputada en la causa entiendo que se pronunció con la verdad".-

Tampoco puede prosperar este agravio ya que dicha prueba fue tenida en cuenta y valorada surgiendo del voto de la Dra. Jones, que D. N. primero dijo que la firma de los recibos era parecida a la suya pero que no era su firma, después ante la evidencia de la pericia reiteró no haber recibido dinero recordando que alguna vez le firmó unos recibos a A. a su pedido para llevar la cuenta de los gastos. Y resalta que según la perito calígrafa B. todos los recibos fueron firmados con el mismo elemento suscriptor lo que resulta llamativo y no esperable ya que las fechas de los recibos son 10 de mayo de 2006, 15 de mayo de 2007, 1 de junio de 2006, 22 de junio de 2005 y 25 de noviembre de 2006.

El Dr. Sarquís también trata ampliamente el valor de los recibos firmados por D. N., tiene en cuenta las conclusiones de la pericia, los confronta con el testimonio de D. N. y advierte que conforme las fechas de atención de A. en Madryn es inexacto que haya extendido los recibos en Epuyén cuando en esas fechas estaba en Madryn.

El Dr. Eyo considera suficiente para la configuración del tipo que se haya desviado el pago del precio a D. N.

cuando debió efectuarse a A. A. que era el único legitimado para recibir el precio de la venta.

En consecuencia no advierto en la estructura de la sentencia ilogicidad ni contradicción alguna, coincidiendo en un todo con los fundamentos efectuados en los votos, por lo que debe confirmarse en todas sus partes y sí lo voto.

En cuanto ala regulación de los honorarios del Dr. M. M. en su carácter de defensor por su actuación en esta instancia, comparto el criterio del Dr. Pintos de diferir su regulación hasta que el profesional cumpla con los requisitos impuestos por la Ley N ° 17.250.

A la cuestión planteada el Dr. Minatta dijo:

Que la defensa se agravia porque se afectó el derecho de defensa al no respetar la sentencia condenatoria la necesaria congruencia con los hechos imputados. Argumenta que tanto las investigaciones como el contradictorio en el debate se centraron en verificar -la parte acusadora- y refutar -la defensa- la plataforma fáctica correspondiente al tipo penal del delito de circunvención de incapaces y no a los hechos que sustentan el delito de administración fraudulenta por los que fueron condenados sus defendidos. Sostiene que el tribunal, al no tener por acreditado el primer tipo penal, debió absolver también por el segundo, puesto que se trataba de un solo hecho o acontecimiento histórico, tal como lo demuestra la fiscalía al concursar idealmente ambos. Asimismo se agravia porque no tuvo oportunidad de defenderse respecto de los hechos que sustentan la existencia del tipo penal por los que resultaron condenados sus defendidos, afectándose así el derecho de defensa. Otro de los agravios que trae es la queja por la errónea valoración de las probanzas que acrediten los extremos fácticos de la Administración Fraudulenta, argumentando que su defendida estaba autorizada legalmente a vender y que lo hizo dentro de las facultades dadas por la propia víctima vía el pertinente poder general para tal acto, no excediéndose del mismo, y que el pago del dinero recibido está demostrado en autos por documental consistente en recibos que acredita ese pago. Agrega que la cuestión referida a sí el precio fue vil o si se trató de un buen o mal negocio se puede discutir en otra sede, pero no en el fuero penal. Además de todo ello, hace una serie de consideraciones en línea de críticas a los votos de los jueces que afirman la incapacidad o insuficiencia de comprensión de la víctima para otorgar tal poder. Seguidamente trataremos, en dos apartados separados, los agravios citados.

a) Incongruencia: Adelantamos que no se acogerá este agravio, especialmente porque de la acusación fiscal en el

debate surge prístinamente la imputación concreta de los hechos por los que los jueces condenaron, amén de que fueron objeto de prueba y contradicción efectiva en la audiencia, por lo que mal puede considerarse violado el derecho de defensa en juicio que abarca tanto la correlación citada como la efectividad en el control de los medios probatorios de cargo y la exposición de las razones fácticas y jurídicas tendientes a convencer al tribunal sobre la postura defensista.

Para descartar el agravio, advirtamos sobre lo incorrecto de estimar que en los casos de concurso ideal el tribunal no podría condenar por alguna de las tipificaciones en disputa sin tener por probada la otra. Esto es así, pues en el concurso ideal se trata de un mismo hecho o acción o acontecimiento histórico que tiene una tipicidad plural, es decir, hay una doble desvaloración de una misma conducta y es por esto que se trata de un delito y se le impone una pena, no de dos delitos, de forma tal que el tribunal puede entender que ese hecho único no se subsume en uno de los tipos, pero sí en el otro. Esto último significa que se estima aplicable un solo tipo penal, pero tal declaración no borra la unidad del hecho o conducta que, de ser doblemente desvalorada por dos tipos penales- repetimos, una sola conducta con tipicidad plural- quedó ahora desvalorada por uno solo de ellos. En definitiva, el tribunal no descartó la existencia fáctica que sustentaba el encuadramiento acusatorio en dos tipos penales ,sino que le dio una valoración distinta a los mismos hechos estableciendo que ellos eran atípicos de un tipo y típicos de otro. Entonces, no se ve obstáculo alguno en que el descarte de una tipicidad afecte necesariamente al hecho como unidad, por lo que éste puede seguir encuadrado en la otra tipicidad sostenida. De todas formas, adviértase que en los alegatos la misma fiscalía entendió que los tipos penales que había estimado como concursados idealmente, en verdad se excluyen en el caso, por lo que tampoco puede sostenerse sorpresa alguna al respecto. En suma, lo que debe tratarse en definitiva es si los hechos que la sentencia considera demostrados fueron imputados, probados, controlados y material de alegato en orden a la refutación, lo que pasamos a tratar.

b) <u>errónea aplicación de la ley penal:</u>

Adelantamos que no se advierte que la sentencia hay aplicado erróneamente la ley, ni la procesal en orden a la valoración probatoria ni la de fondo en cuanto a la figura penal por la que se condena a sus defendidos, extremos que, por su íntima relación, tratamos en forma conjunta.

El tipo penal de la Administración Infiel o fraudulenta es una especie dentro del género de las defraudaciones, especializada por el medio que utiliza el autor para perjudicar el patrimonio de la víctima. En estos casos, no obtiene el sujeto activo la posibilidad de perjudicar mediante un ardid o engaño como en la estafa, sino que es la propia víctima quien lo autoriza en forma legítima a determinadas incumbencias sobre su patrimonio, lo que es desvirtuado por aquél al aprovecharse o abusar de la confianza jurídica y el poder que la víctima le dio para que le administre la totalidad o parte del patrimonio, perjudicando éste último como resultado de la violación de los deberes que le imponía el título jurídico por el que recibiera las citadas facultades. En este orden, corresponde analizar los siguientes extremos típicos:(a) como presupuesto del núcleo de la acción típica la existencia y validez del título jurídico, en este caso del poder general de administración y disposición a favor de A. N. que otorgara A. A.. La validez jurídica de este título fue ampliamente debatido, tanto respecto de la capacidad de A. para celebrarlo como de los alcances del mismo conforme la intención de las partes, concluyendo los jueces en que el título autorizaba formalmente a vender el inmueble, es decir, que al momento de la firma del boleto de compraventa la imputada era mandataria de la víctima, con todos los derechos y deberes que surgen del contrato de mandato, instrumento que obra en el legajo de prueba de la fiscalía. Este documento es claro y expreso en cuanto se trata de un acto jurídico del que se deduce que la acusada tenía la facultad para actuar con eficacia para otro frente a los terceros, que es lo que realmente importa. Esta eficacia respecto de terceros se sostiene, incluso, en los casos de nulidad, pues en derecho penal la relación jurídica puede ser tanto de hecho como de derecho, por lo que cabe aprobar la sentencia en este punto; (b) la segunda exigencia viene dada por la violación de los deberes que surgen del mandato, pues ése es el medio típico de la ley penal que determina el resultado. En este sentido, todos los jueces hacen hincapié en que la acusada violó el deber de fidelidad hacia la víctima, pues si bien el poder la autorizaba formalmente a disponer, el alcance de esta facultad fue ejercida por fuera de las intenciones de las partes que en ningún momento comprendía la venta de las tierras, según se desprende de las testimoniales citadas y de la misma escribana ante quien se otorgó el poder. No obstante ello, no hay que discutir, por la claridad del instrumento público al respecto, que la imputada estaba facultada jurídicamente para firmar el boleto de compraventa, por lo

que la cuestión debe centrarse en si ejerció tal facultad dentro del límite establecido por el contrato o no, es decir si hubo incumplimiento o violación de los deberes de un mandatario. En este camino, sabemos que una de los deberes básicos del administrador es manejar los intereses confiados conforme al deber de fidelidad hacia el mandante, lo que implica, en el caso de una venta, hacerlo a un precio razonable y entregar las sumas recibidas por tal concepto a sus poderdantes. Estas dos circunstancias se analizará en el punto del perjuicio; (c) el núcleo de la acción típica consiste aquí en perjudicar los intereses confiados, es decir, que individualíza el tipo penal la acción prohibida mediante su resultado, que es el perjuicio, estando prohibida toda acción que lleve a él, por lo que se tratará la cuestión de la acción y el resultado en forma conjunta. En este camino, la acción típica consistió en firmar el boleto de compraventa, constituyendo derechos sobre el patrimonio de la víctima a favor de terceros y, como veremos, también a favor de ella misma. En cuanto al resultado de perjudicar los intereses confiados se presenta en el caso con claridad. Así, según se desprende del boleto de compraventa suscripta por la mandataria se comprometieron 53 has, de un total de casi 65 has. del campo por la suma de pesos doscientos mil. Puede señalarse, conforme la tasación de la ingeniera Agrimensora G. E. M., que la superficie valía a ese momento la suma de pesos ochocientos dos mil doscientos noventa y seis ($ 802.296) o bien, la suma de pesos quinientos mil ($ 500.000), según tasación de M. J. M.. Es decir, que puede concluirse sin hesitación alguna que el valor de plaza de la fracción de campo comprometida oscilaba entre 500.000 y 800.000 pesos al momento del boleto. Si esto es así, existe una diferencia sustancial con el valor de la venta, pues el mismo es inclusive menor al 50% de la peor tasación. En este punto, es atinada la referencia del Juez Eyo en cuanto a que se trata de un inmueble que tiene una restricción de venta que opera en Enero de 2010 y ello tiene una incidencia negativa en el precio por la demora en la obtención del título por parte del comparador, pero tal circunstancia se compensa con la posesión inmediata para explotarlo. Además de todo ello, obsérvese que el negocio implicaba la transferencia de todos los derechos de explotación de 129 has, sobre el cerro Pirque, las que si bien no fueron tasadas, algún valor tienen, tal como lo sostiene el juez citado, por lo que en el total de doscientos mil debe incluirse ese rubro. Esto es un claro detrimento y perjuicio patrimonial y esto es así independientemente de si hubo o no pago válido, pues el hecho discutido de haber o no recibido

la suma de pesos doscientos mil no influye en el punto, por lo que el tratamiento del pago deviene abstracto en el caso a los efectos penales de determinación del resultado; (d) en cuanto al tipo subjetivo, se trata de uno comisible con dolo directo, puesto que exige en el autor la finalidad de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido, por lo que habrá que demostrar tanto el conocimiento como la voluntad del autor en orden a la realización del tipo objetivo llevados a cabo con tal finalidad. En este camino no se puso en discusión ni el conocimiento ni la voluntad de la autora respecto del poder y del efecto jurídico de la firma del boleto, pero sí niega la defensa que haya perjuicio o que haya actuado con la finalidad de lucro indebido, por lo que trataremos estas dos cuestiones. El conocimiento del perjuicio se deduce razonablemente de su condición de mujer informada y con una cultura e instrucción media que- conforme a lo que sucede ordinaria y regularmente en esos casos- hace casi imposible suponer que no haya consultado el valor de plaza mínimo para la transacción, sobre todo tratándose de una interesada directa, ya que es heredera de la víctima. El conocimiento y voluntad de procurar un beneficio para sí o para un tercero, no solo queda claro respecto del concubino, tal como se desprende del perjuicio analizado -contracara del beneficio-, sino porque con ello también se beneficia la acusada, pues se trata de un ingreso que el concubino deberá compartir conforme el régimen jurídico de las sociedades de hecho que implica tal relación; (e) el carácter de autora cualificada que exige el tipo especial no solo surge de su carácter indiscutible de administradora de los bienes de la víctima, conforme ya vimos, sino de que tuvo el pleno dominio del hecho en el sentido de que tenía todas las posibilidades de decidir el qué y el cómo de los mismos; (f) párrafo aparte merece el carácter de partícipe primario del concubíno de la autora, L. A. B. o B., como se individualiza en el dispositívo. En este sentido es clara la falta de coautoría al no reunir el carácter de administrador, por lo que solo cabe analizar si la calificación jurídica de partícipe prímario es acertada. Sabemos que el partícipe primario en nuestra legislación no tiene el dominio del hecho, por lo que su actuación es siempre preparatoria a la acción ejecutiva, aunque indispensable como aporte a la acción del autor. Sin embargo, tal regla tiene una excepción en los casos de delitos especiales: cuando se trata de aportes que hace un autor no calificado en la faz ejecutiva junto con el autor calificado no se puede decir que no tengan ambos el dominio el hecho a través de la división de tareas y es por ello que, desde el punto de vista óntico o material, en este caso

también el autor no calificado domina el hecho junto al calificado. Sín embargo, por expresa disposición legal no se lo considera coautor a pesar de ello. Este es el caso de B., pues participo con un aporte indispensable en la faz ejecutiva sin reunir las calidades de autor calificado que exige el tipo penal, por lo que su situación debe analizarse desde la óptica de la calidad de su aporte, no importando aquí el momento en que lo hace, extremo que está claro que lo fue en la faz ejecutiva, pues también firmó como parte el boleto de compraventa. Circunscripto el análisis, entonces, solo a la calidad del aporte- a lo que hay que sumar el extremo de la decisión conjunta- en este caso entendemos que el aporte fue necesario e indispensable, lo que surge sin duda alguna del carácter de comprador, ya que ésta parte es indispensable para que haya un contrato de compraventa o de promesa de venta como el boleto, por lo que su aporte resultó objetivamente necesario para la conformación de la acción típica. En cuanto al acuerdo de voluntades surge no solo de la firma del boleto, sino de otros indicios existentes en la causa, sobre todo de las innumerables testimoniales en cuanto a que B. colaboraba junto a la acusada en las tareas del campo, llevando máquinas y herramientas propias, amén de su condición de concubino interesado en la cuestión y cuyo dolo debe fundarse en los mismos argumentos expuestos para la autora, a los cuales nos remitimos. Es decir, conforme la experiencia, no cabe suponer que el beneficiario directo del negocio, no conocía el alcance del poder que tenía su concubina sobre el patrimonio de la víctima y el efecto perjudicial que causaba con su contribución a adquirir bienes por precios inferiores al mercado, por lo que el razonamiento de la sentencia en el punto es también de aprobación.

Por los argumentos precedentes, corresponde rechazar los agravios de la defensa y confirmar la sentencia condenatoria en cuanto a la existencia de los hechos e intervención de los imputados. Así lo voto.

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

RESUELVE:

1°) NO RACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados A. N. y L. A. B., contra la sentencia condenatoria n° 570/09, de fecha 22 de mayo de 2009 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP), con costas a los condenados.-

2°) CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria n° 570/09, de fecha 22 de mayo de 2009.-

3°) DIFERIR la regulación de honorarios profesionales del Dr. R. M. M., hasta tanto dé cumplimiento a la carga impuesta por el art. 2° inc. b) de la ley 17.250.-

4°) HACER LUGAR a la Reserva de caso Federal.-

5°) La presente es suscripta por la Dra. Nelly N. García, desde que los Dres. Daniel L. Pintos y Omar Florencio Minatta no se encuentran en la Jurisdicción, habiendo remitido sus votos por correo electrónico con firma digital, e incorporados al cuerpo de este decisorio.-

6 °) COPIESE, protocolícese, notifíquese.-

Frdo. Dres. Nelly García, Daniel Luis María Pintos y Omar Florencio Minatta

Registrado bajo N° 737 Folio 1365/84 Año 2010