

RECURSO DE CASACIÓN PENAL - DEFRAUDACIÓN - CIRCUNVENCIÓN DE INCAPACES - SUJETOS PASIVOS.

La agravante de la figura de defraudación artículo 174 inc. 2° CP, se relaciona con las menores posibilidades de discernimiento del sujeto pasivo para comprender el carácter dañoso del acto que realiza o su efecto patrimonial. Y que a esos efectos, debe entenderse por “incapaz” todo el que por circunstancias permanentes o transitorias, en el momento del hecho se encuentra afectado por disminuciones de su inteligencia, voluntad o juicio (Núñez), que lo priven o amengüen aquel discernimiento, lo cual puede coincidir o no con alguna de las categorías de personas que pueden ser declaradas civilmente incapaces (arts. 141, 152 bis, y 153, del Cód. Civil) En ese sentido, pueden ser sujetos pasivos del delito contenido en la figura penal comentada, no sólo los incapaces civiles (dementes, sordomudos), esto es, aquellos a quienes el Derecho privado resta capacidad para celebrar actos jurídicos, sino también quienes no encuadrando en esas hipótesis legales, padecen una debilidad de hecho que les impide resguardar sus intereses económicos.

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS CINCUENTA Y UNO

En la Ciudad de Córdoba, a los veintinueve días del mes de agosto de dos mil trece, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados “*BASUALDO, Miguel Ángel p.s.a. estafa calificada -Recurso de Casación-*” (Expte. “B”, 28/2011), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Domingo Carlos Cangelosi en contra de la sentencia número cinco, del veintitrés de marzo de dos mil once, dictada por la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de esta ciudad, en Sala Unipersonal.

Abierto el acto por el Sr. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Se ha aplicado erróneamente la figura del art. 174 inc. 2º del C.P. al caso?

2º) ¿Carece de adecuada fundamentación el fallo?

3º) ¿Debe admitirse el planteo del demandado civil contra la condena civil por daño material y daño moral, y la devolución del inmueble dispuesta?

4º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por sentencia número 5, del 23 de marzo de 2011, la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de esta ciudad, en Sala Unipersonal, dispuso -en lo que aquí interesa-: “...Declarar a Miguel Angel Basualdo, ya filiado, autor responsable de los delitos de estafa calificada por circunvencción de incapaz reiterada (dos hechos) (hecho primero y segundo de la requisitoria fiscal de fs. 135), en concurso real (arts. 45, 174 inc. 2º y 55 del C.P.) y en consecuencia imponerle la pena de tres años de prisión en forma de ejecución condicional y costas (arts. 9, 26, 27 bis inc. 3º, 40 y 41 del C. Penal y 550/551 C.P.P.). II. Disponer que durante el tiempo que dura la condena, Miguel Angel Basualdo cumpla con las siguientes condiciones: 1) Fijar domicilio, debiendo comunicar cualquier cambio del mismo. 2) Concurrir a la primera citación judicial que se le formulare. 3) Someterse al Patronato de Liberados. 4) No cometer nuevos delitos bajo apercibimiento de revocársele el beneficio otorgado en caso de no dar cumplimiento a las condiciones impuestas y efectivizar la presente sentencia. III) Hacer lugar a la acción civil interpuesta por la Dra. Miriam Nieva quien actuó en nombre y representación de Lilian Vilma Peña Torre y Elaine Elva Peña, en contra del

imputado Miguel Angel Basualdo en lo que respecta al rubro DAÑO MATERIAL, y en consecuencia condenar al nombrado a pagar a las demandantes en el término de quince días a contar de la fecha de la presente sentencia, la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) y en concepto de DAÑO MORAL, la suma de diez mil pesos (\$ 10.000), con más los intereses correspondientes al momento de su efectivo pago (arts. 1073, 1074, 1077, 1078, 1079, 1083, 1086 del C. Civil, 29 y 31 del C. Penal y sus cc.). IV) Remítase oficio al Registro general de la Provincia, una vez firme la presente sentencia, a fin de que se proceda a rectificar la Escritura N° 169 de fecha 23 de marzo de 2004, referente al inmueble sometido al régimen de la Ley 13.512 de PH, sito en Avenida Vélez Sársfield 156 quinto piso, debiendo volver a anotarse a nombre de su anterior y legítima propietaria, Nelly Yolanda Peña MI 7.368.177 (art. 302 del CPP). V) Remítase a la Fiscalía de Instrucción que en turno corresponda, copia de las actas de debate, sentencia y prueba pertinente a fin de determinar la existencia o no de la comisión de un supuesto delito por parte de la escribana Claudia Roxana Dorada..." (fs. 291/327 vta.).

II. Contra dicha resolución interpuso recurso de casación el Dr. Domingo Carlos Cangelosi en su carácter de defensor del prevenido Basualdo invocando ambas causales del art. 468 C.P.P. (fs. 331/350).

En el gravamen que encuadra en el motivo sustancial, expresa que se ha aplicado erróneamente al caso, la figura de defraudación por circunvencción de incapaces del art. 174 inc. 2° del C.P.. Ello es así, por cuanto dicha figura, exige que el sujeto pasivo sea un incapaz -declarado o no- lo cual debe determinarse siguiendo lo establecido por el Código Civil. En ese sentido, dicha normativa establece que como regla debe considerarse capaz a toda persona (art. 52 CC) planteándose la incapacidad como excepción, sólo en los supuestos expresamente establecidos. Pues bien tales hipótesis comprenden la situación de las personas por nacer, los menores impúberes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los dementes (art. 59 C.C.). Y estos últimos (los dementes) que configuran la única hipótesis en la que podría encuadrarse la situación de Nelly Peña, son definidos como aquellas personas que por causa de enfermedades mentales, carecen de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 141). De modo que no surgiendo de los hechos que el sentenciante tuvo por probados la existencia de una situación de demencia que ameritara una declaración civil de incapacidad, éstos no debieron encuadrarse dentro de la figura del art. 174 inc. 2° C.P. como en realidad se terminó haciendo.

Argumenta en ese sentido transcribiendo literalmente la fundamentación que realiza el fallo sobre tal extremo al abordar la segunda cuestión. Así las cosas, atendiendo a la naturaleza de su planteo y la crítica formula, se advierte que lo que quiere resaltar de allí, es que el sentenciante entendió que tal encuadramiento procedía, aun cuando no se había comprobado que la víctima fuera demente en el sentido civil del término. Y que lo que entendió en autos, es que satisfacía las exigencias de incapacidad civil que dicha figura exigía, atendiendo, únicamente, a que presentaba una apreciable disminución en sus capacidades psíquicas, con repercusiones intelectuales o volitivas que le restaban discernimiento para comprender y valorar con plenitud el acto que realiza y sus repercusiones económicas.

En definitiva, no se ha tenido debidamente en cuenta, que las exigencias de incapacidad de la figura aplicada, no se satisfacen con la situación de cualquier persona que padezca una enfermedad y hasta por quien sufre una disminución psíquica, por el sólo hecho de que ello la coloque en un supuesto e hipotético estado de inferioridad frente al sujeto activo. Lo que se necesita es una disminución considerable de esas capacidades y de las funciones volitiva y afectiva en términos que autoricen la declaración de incapacidad civil. Y sostener lo

contrario, conlleva un grave perjuicio para la legalidad y el derecho de disposición patrimonial de las personas al tiempo que se estaría planteando una situación que no puede aceptarse ni existe en la ley penal aplicada. Por lo cual el fallo confunde *cierta vulnerabilidad* de la víctima con la *incapacidad* como requiere la figura aplicada.

Por ello no puede considerarse en ese sentido, que para ello alcanzan, por sí, los síntomas naturales de la edad, con sus proyecciones en el relajamiento de la capacidad de fijación o el estrechamiento de los intereses, ni con una simple disminución del juicio crítico. Tampoco puede extraerse por simple comparación con otra persona distinta dotada de diversa capacidad crítica y disímil sugestión, y no tienen relevancia a los fines de la hipótesis delictiva, las distintas formas depresivas y las manifestaciones de tipo emocional estrictamente ligadas a la edad fisiológica avanzada de una persona es incapaz en el sentido apuntado, sólo porque tiene 78 años de edad, importa directamente una discriminación y un desconocimiento de la realidad, pues en la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desempeña un Vocal de más de 90 años sin que nadie dude de su lucidez. Y a ello se añade numerosa doctrina y jurisprudencia moderna considera que actualmente la edad productiva se ha extendido hasta los setenta y cinco años en promedio.

Expresa asimismo, que junto a las excepciones al art. 52 del CC que surgen de lo regulado por el art. 54 con los alcances y proyecciones de los arts. 55 y 141 de dicho cuerpo legal, aparecen los supuestos de inhabilitación del art. 152 bis CC. Pero éstos, de ser aplicados al caso, plantean distintos grados de disminución en las capacidades del sujeto que sin embargo no llegan a la demencia que se requiere para ser incapaz que requiere la figura. Además que necesitan una declaración judicial. Y cuando la normativa alude a la posibilidad de la no declaración de incapacidad, lo hace para supuestos en los que ésta opera automáticamente, como ocurre con las personas por nacer o la minoría de edad. Sin embargo, la supuesta víctima no fue declarada incapaz, no presentaba un estado que lo ameritara, e incluso, si se estimare que podía ser inhabilitada, ni siquiera ello ocurrió. Esto último, pese a que esto último pudo ser solicitado por los parientes que reclaman, conforme establece el art. 144 CC, quienes tampoco asumieron una curatela, sin perjuicio de que los inhabilitados son capaces con un complemento. De modo que éstos, recién se quejan cuestionando el acto tardíamente cuando se ven afectados por una decisión libre de la supuesta víctima.

En relación con la prueba obrante en autos en relación con la incapacidad de Nelly Peña, expresa que en el propio decisorio atacado, se advierte que cuando supuestamente había perdido contacto con Basualdo, la propia víctima requería su presencia mostrando su buena relación con él. A su vez, el testimonio de la transferencia del inmueble quedó a la vista en el propio departamento de la damnificada, quien era una docente con entendimiento que, entonces se había dejado una copia de lo realizado con la leyenda en la tapa, que quedaba accesible a cualquier familiar suyo. Todo lo cual muestra la claridad del obrar de Basualdo quien pudiéndolo hacer nunca retiró ese testimonio que queda a disposición de cualquier persona, particularmente la víctima. Máxime cuando ésta siguió viviendo allí y no surge que tuviera ninguna voluntad de realizar algún acto jurídico con el inmueble. De manera que no se advierte que sufriera algún perjuicio.

Añade que también yerra, el juzgador cuando considera herederos forzosos a la hermana y sobrina de la víctima, siendo que conforme lo establece la ley civil, únicamente lo son, los ascendientes, descendientes y cónyuge. Expresa que ello no constituye una cuestión menor, pues la víctima fue entonces una persona libre que decidió dar un destino a su único inmueble, pero conservando el usufructo, lo cual implica usarlo y afrontar sus obligaciones mientras viva.

Asimismo refiere que no surge de ninguna constancia de autos, que la víctima pudiera haber presentado una insuficiencia mental notoria, habitual y manifiesta, ni defectuosa

conformación lógica de los juicios, ni demente, ni siquiera disminuida o con alguna necesidad material, ni afectiva con el imputado, ni que la Sra. Peña refiriera que la amistad o el vínculo con Basualdo fuera de tal intensidad para influir en su voluntad, criterio, que le resultare indispensable para ella o que creyera en esa necesidad suya. Por el contrario surge de allí que ella podía acceder a sus familiares, poco preocupados personalmente por ella, en contraste con su interés en sus bienes. Al extremo de declarar que la peor noticia en el día del cumpleaños fue conocer que había transmitido el bien. De modo que ellos tenían acceso a ella, quien no vivía con Basualdo y quien, según señala su hermana, le contaba todo. Señala también en respaldo que no surge de autos que Nelly Peña sufriera alguna consecuencia negativa derivada de esta situación (depresión, angustia, etc.) indicando que en su relación con el imputado no existió ninguna necesidad afectiva, económica o de otro tipo que la afectara hasta el punto de hacerle perder el juicio.

Más aún, en claro respaldo de lo expuesto, destaca que de las constancias de autos se desprende que ni el Tribunal de sentencia ni ningún otro órgano jurisdiccional interviniente en los litigios civiles o penales existentes en relación con el asunto, diera intervención al Asesor Letrado que ejerce la representación promiscua de los incapaces (art. 59 CC), o nombrara un curador para que le asistiera complementariamente en los mismos actos del tribunal.

Resalta además que el Tribunal de mérito ordenó una pericia psicológica sobre la persona de Nelly Peña que no pudo realizarse debido a su fallecimiento lo cual podría haber permitido un dictamen sobre esos aspectos relevantes que deben probarse en autos. De modo que si el Tribunal ordenó la medida por considerarla pertinente y útil, a lo cual no se opuso la parte querellante, no puede dudarse sobre la existencia de una incertidumbre en relación con el estado de salud mental de Nelly Peña. Y ello no ha podido ser esclarecido quedando intacta entonces la duda sobre dicho extremo que sin embargo fue resuelta en contra del imputado, en una errónea aplicación de la normativa vigente.

Adita, además que se desprende de autos que ni siquiera Peña compareció en alguna oportunidad al órgano judicial para denunciar los hechos o ratificar personalmente la hipótesis inculpativa, constituirse en querellante particular, actora civil. Y al plantear la demanda de nulidad en el proceso civil, en ningún momento manifestó padecer alguna incapacidad, o que el imputado obrara aprovechándose de su situación de vulnerabilidad, e incluso obra una pericia que afirma que la supuesta víctima no era incapaz.

En consecuencia la condena dictada contra Basualdo resulta vulneratoria del principio de legalidad por lo que debe revocarse la condena y absolver al imputado, rechazando todas las medidas accesorias como la acción civil, la condena en costas y la orden de revertir el dominio.

III. Se desprende de lo expuesto, que dentro del planteo expuesto el impugnante desarrolla una clara crítica de carácter sustantivo, relacionada con la intelección de la figura del art. 174 inc. 2° C.P. aplicada a los hechos, que determinaría la atipicidad de su conducta. Aunque junto a ello incluye otros planteamientos contra la fundamentación probatoria que por ese motivo serán analizados al abordar la segunda cuestión junto con los otros cuestionamientos similares formulados.

En ese sentido, el recurrente expresa que la caracterización que la figura del art. 174 inc. 2° C.P. hace del sujeto pasivo, exigiendo su incapacidad, debe interpretarse siguiendo lo establecido por la normativa civil en relación con la incapacidad de las personas. De modo que en la situación de discapacidad mental planteada en autos, debe tratarse de un demente, declarado o no declarado tal, con los alcances establecidos por el art. 54 inc. 3° en función del 141 y cctes. del C..

Sin embargo, ello no se condice con la interpretación que debe hacerse de dicha expresión en el marco de la figura penal analizada, respetando la autonomía del Derecho penal como rama jurídica.

En efecto, en relación con ello, esta Sala ya ha sostenido claramente, siguiendo autorizada doctrina, que la agravante de esta figura de defraudación, se relaciona con las menores posibilidades de discernimiento del sujeto pasivo para comprender el carácter dañoso del acto que realiza o su efecto patrimonial. Y que a esos efectos, debe entenderse por “incapaz” todo el que por circunstancias permanentes o transitorias, en el momento del hecho se encuentra afectado por disminuciones de su inteligencia, voluntad o juicio (Núñez), que lo priven o amengüen aquel discernimiento, lo cual puede coincidir o no con alguna de las categorías de personas que pueden ser declaradas civilmente incapaces (arts. 141, 152 bis, y 153, del Cód. Civil) (CREUS, CARLOS, BUOMPADRE, J.E., *Derecho penal Parte especial*, Tomo I, 7º ed. act. y ampl., Astrea, Bs. As., 2007, pág. 561) (T.S.J., Sala Penal, “Sesin”, S. n° 277, 30/10/2012).

Es que, las situaciones que se orienta a tutelar la ley penal a través de dichas disposiciones, van más allá de los casos de incapacidad civil, abarcando situaciones de discapacidad que no encuadran en el estado de demencia al que se refiere el ordenamiento privado. En ese sentido, calificada doctrina ha señalado que pueden ser sujetos pasivos del delito contenido en la figura penal comentada, no sólo los incapaces civiles (dementes, sordomudos), esto es, aquellos a quienes el Derecho privado resta capacidad para celebrar actos jurídicos, sino también quienes no encuadrando en esas hipótesis legales, “*padecen una debilidad de hecho que les impide resguardar sus intereses económicos*” (BOUMPADRE, Jorge E., en AAVV, BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirs), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, edit. Hammurabi, 2009, t. 7, p. 385).

Siendo ello así, se advierte que la afirmación del impugnante en relación a que la referencia a una persona incapaz del art. 174 inc. 2º del C.P., debe interpretarse en términos de un incapaz civil conforme a la regulación de la cuestión en el ordenamiento privado, desconoce tal doctrina sin hacerse cargo de los argumentos sobre la que aquélla se sustenta. Y por ende, no puede prosperar.

Voto pues, negativamente en relación con esta cuestión.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. En el que define como su agravio formal, el presentante cuestiona la fundamentación del fallo expresando que ello debe acarrear su nulidad de conformidad con lo establecido por el art. 413 inc. 4º C.P.P..

En ese sentido, la presentación comienza exponiendo la normativa ritual y constitucional, y citar doctrina y jurisprudencia en relación con tales extremos, aludiendo a los distintos defectos de fundamentación que puede presentar la sentencia y su incidencia en la ineficacia del fallo.

A continuación transcribe la declaración del imputado quien afirmó que en una oportunidad Nelly Peña le dijo que le quería dejar el departamento a él porque estaba molesta con sus hermanos porque cuando murió su madre no le reconocieron el 50 % que había puesto para comprar un departamento con ésta, que por ese motivo le quería dejar el departamento,

diciéndole que si no aceptaba se lo dejaría *a los curas*. Expresa que el análisis de la versión del imputado se limita a esa transcripción sin que su contenido haya sido objeto de valoración por parte del Tribunal de mérito, que nada ha dicho en relación con dicha hipótesis.

Expresa que lo mismo ocurre con la declaración de la escribana Claudia Roxana Dorado, cuyos dichos avalan la versión del imputado, que el Tribunal de mérito, nuevamente se limita a transcribir sin ponderar. Y transcribe textualmente sus dichos, quien relata que vio a Peña como una persona lúcida y simpática, y que ésta le manifestó que quería que el encausado se quedara con el inmueble reservándose ella el usufructo hasta su muerte, y que al preguntarle si estaba segura de lo que hacía y preguntarle si tenía marido, hijos o parientes para donarle, le respondió negativamente y que su voluntad era dársela a Basualdo, diciéndole que éste era *sus ojos*, *sus oídos* y *sus brazos*. También dijo que aunque trabaja en varios centros de jubilados, conocen cuándo un anciano se halla mal, viendo a Peña bien, lúcida y muy simpática. Y que al explicarle a Peña los motivos del acto, ella entendió bien la explicación, manifestándole que sabía lo que firmaba.

Añade asimismo que también se transcribió y se omitieron valorar la única pericia realizada a Nelly Peña el 14 de septiembre de 2006 (dos años antes de los hechos), donde se concluyó que presentaba un déficit psiconeurocognitivo propio de la edad, sin impedimentos para prestar declaración testimonial, pues se trata de una disminución psíquica y no una alienación, tratándose de una persona vulnerable que puede en su libertad otorgar actos perjudiciales para sus intereses, pero no de una persona *incapaz*. Destaca asimismo los demás datos del dictamen entre los que surge que no presentaba dificultades de deambulación, preguntándose por la hipótesis del andador considerada, negando otras enfermedades u otros antecedentes psicopatológicos, no mostrando particularidades al examen psiquiátrico actual, con una actitud cooperativa durante la entrevista, con conciencia vígil y lucidez, orientación en persona pero con una leve desorientación temporal (no sabe el día pero identifica mes y año), con un déficit en la memoria propio de la edad, pero con buen nivel, sin alteraciones en la senso percepción, con una inteligencia promedio, con una consciencia presente de la situación y un juicio crítico disminuido.

Expresa que esa omisión recae sobre un elemento probatorio de valor decisivo, pues muestra de manera terminante que Nelly Peña no era una persona incapaz pese a lo cual, no se ha realizado labor evaluativa alguna en relación con ello. Por el contrario, las conclusiones del fallo son inexplicablemente opuestas, contrariando las reglas de la lógica y la sana crítica racional al plantear su incapacidad que niega abiertamente la pericia. Tanto es así que el sentenciante se ve obligado a afirmar que Peña sufre una apreciable disminución en sus capacidades psíquicas, sin advertir que la pericia indica solamente una disminución en su juicio crítico.

Por lo tanto, el fallo ha resuelto contradiciendo las reglas de la sana crítica racional, al resolver considerando que la Sra. Nelly Peña era una incapaz no declarada cuando ello no es lo que surge de la causa. De modo que el planteo formulado no constituye una discrepancia en la valoración de la prueba sino directamente una crítica ante la falta de valoración de prueba dirimente, necesaria para que dicha fundamentación sea válida.

Siendo las alternativas que la víctima sea un incapaz declarado o un incapaz no declarado, pero siempre un incapaz, conforme surge de la exigencia del art. 174 inc. 2° C.P., la vulnerabilidad frente a ciertas situaciones de la vida (todos lo somos en distinto grado conforme a nuestras capacidades) no suple esa incapacidad como elemento irremplazable exigido por dicha figura legal para su concurrencia. Cita en respaldo doctrina que señala justamente que la declinación propia de la edad avanzada no autoriza a presumir la falta de salud mental sino que hay que analizar cada caso particular. Y ese análisis no se ha formulado adecuadamente al omitirse el examen crítico de la versión del imputado, el testimonio de la escribana Dorado y el

análisis de la pericia mencionada. Por lo cual la fundamentación y por ende la resolución atacada deviene arbitraria. Ello por cuanto se ha omitido considerar elementos de prueba dirimientes, por cuanto resultan relevantes para cambiar el destino de lo resuelto, al impedir extraer con univocidad, las conclusiones inculpativas sobre las que se asienta el fallo.

Resalta asimismo que los dos hechos por los cuáles resultó condenado Basualdo carecen de prueba directa, de modo que el sentenciante se ha basado en dichos de dichos. Sin embargo se valora el testimonio de la hermana de Peña, brindado con lujo de detalles, pese a que no presenció nada. Paralelamente, se considera que la fuente de esa información es una incapaz mental Y en medio de todo ello, esos testimonios no son contrapuestos con las otras versiones de la causa para ver cuál es la verdadera. Destaca en ese sentido que a esos efectos se consideraría primero que Peña denuncia que firmó un papel en blanco, luego, que no firmó nada, más adelante, que firmó con lujos de detalles como si fuera un juego, se omite considerar la existencia de la escritura en la casa que al cortarse la comunicación extrañaba a Basualdo, que no se ha ejercido querrela de falsedad de la escritura cuando ello se requiere desde el Derecho civil, y sin embargo se suprimen los efectos de esa escritura pública y la fe pública de la escribana sin querrela.

Expresa asimismo que tampoco se valoraron los dichos de la propia víctima Peña. Particularmente sus pedidos a su familia para que la dejen sola con Basualdo, porque éste era tímido. Una iniciativa individual adoptada en ausencia del nombrado, por ende sin presión ni vulnerabilidad, que muestra su preferencia a la compañía de Basualdo que la de su propia hermana y sobrina. Inclination que, lógicamente, también pudo hallarse en otros actos como la donación de la vivienda.

Finalmente tampoco se ha tenido en cuenta que la prueba parcial valorada para sustentar la resolución atacada, tuvo en cuenta lo dicho por diversos testigos sobre la supuesta incapacidad de Peña, sin advertir que éstos eran sus herederos, y por ende, testigos que tenían un interés directo e importante en el resultado del juicio. Además siendo ello así, aún si se considerara que la nombrada era una persona vulnerable (sin ser incapaz) no tenía más garantías frente a parientes ambiciosos que ante las que se le atribuye frente a Basualdo. De manera que no queriendo explicar lo que hizo, que su parentela pudo advertir leyendo papeles privados, se encargaron de buscar abogados para revertir esa situación aprovechándose de su vulnerabilidad. Ello por cuanto no se puede ser una persona vulnerable ante alguien y no ante otros, sin perjuicio de que ello no la convierte en incapaz.

Expresa que siendo ello así, tampoco se hallan fundados los daños a los que se refiere la condena. Al respecto, señala que por una parte, no hay hechos que permitan justificar el daño moral. Y por otra parte, se afirma infundadamente que las reclamantes son herederas forzosas resultando que no lo son, pues no tienen legitimación. Por lo cual se está aplicando el art. 1078 C.C. sin fundamentación legal y sin elementos que muestren el daño material que se reclama. Asimismo se están valorando dichos de abogados que son equiparables a la parte y tienen interés en la resolución, sin tamiz alguno, violando también de ese modo la debida fundamentación. E incluso la falsa hipótesis sobre la supuesta intención de Basualdo de devolver el inmueble, no implica ni puede derivarse de ello, que se haya cometido un delito, pues una decisión de esa naturaleza puede obedecer a muy diferentes e indeterminados motivos. Ya todo ello se suma que se ha devuelto un inmueble sin que se haya ejercido querrela de falsedad.

En definitiva, se está dejando sin efecto un acto notarial sin querrela de falsedad contra él, soslayando una pericia, con el efecto discriminador de considerar que a cierta edad los actos no valen, siendo que el perjuicio no puede ser fundamento más que de una pena nula.

II. Tanto los argumentos expuestos como las referencias probatorias formuladas en el desarrollo del agravio precedente, se integra un gravamen del recurrente dirigido contra la fundamentación de la resolución atacada.

Los cuestionamientos formulados, giran en torno a dos líneas argumentales distintas que merecen respuestas distintas.

Por una parte, el impugnante cuestiona esos fundamentos, sosteniendo que no autorizan a sostener, con certeza, la existencia de una situación de incapacidad en la víctima, compatible con las exigencias del Derecho civil. Tal como se requeriría para la aplicación de la figura en crisis en la interpretación de ella que propugna. Desde ese punto de vista, la respuesta negativa resulta evidente en virtud de lo concluido al abordar la primera cuestión. Es que, si ese grado de incapacidad no es necesario porque no lo exige el respectivo tipo penal el planteo sobre las carencias de la argumentación para llegar a esa conclusión carece de toda relevancia. Y esa interpretación de la figura aplicada, fue precisamente la que tuvo en cuenta el sentenciante al desarrollar su fundamentación.

Por otra parte, se reprochan al fallo defectos en la fundamentación que no permitirían sostener la situación de incapacidad menor a la requerida por el Derecho civil que exigiría la figura del art. 174 inc. 2° CP en el sujeto pasivo en la interpretación formulada por el sentenciante coincidente con la de esta Sala. Adelantamos que aquí la respuesta es también negativa, pero por razones distintas, que se relacionan con las falencias que se observan en la impugnación formulada y la consiguiente fuerza que adquieren los argumentos del fallo atacado.

En efecto, esta Sala tiene dicho que, en lo que respecta a la fundamentación probatoria, cuando se está ante un planteo formulado por la defensa técnica del imputado, compete a esta Sala verificar "*la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto*", con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, "*lo que surja directa y únicamente de la inmediatez*" (CSJN, 20/09/05, "Casal"). Ahora bien; si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito -entre otros recaudos- *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; TSJ, Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, "Terreno", entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 CPP), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, CPP) (TSJ, Sala Penal, "Calderón", s. n° 289, 26/10/07).

Pues bien, las denuncias del recurrente sobre las omisiones en las que habría incurrido el sentenciante en su valoración probatoria, desconocen completamente, muchos de los argumentos centrales sobre los que apoya sus conclusiones condenatorias, al tiempo que muestran un análisis fragmentado que en modo alguno logra mostrar carencias en dicha fundamentación en el marco de las exigencias de las reglas de la sana crítica racional que invoca.

En primer lugar, solamente ignorando la argumentación desarrollada por el sentenciante puede afirmarse que en su análisis valorativo omitió considerar la pericia psiquiátrica practicada sobre Nelly Peña (fs. 39/40). Por el contrario, sus conclusiones fueron claves en la fundamentación atacada, destacándose precisamente que dicha pericia, concluye categóricamente que la víctima *además* del déficit psiconeurocognitivo propio de la edad, presenta una disminución síquica que sin llegar a tornarla incapaz, la coloca en la situación de un apersona vulnerable que posibilita que en uso de su libertad pueda otorgar actos perjudiciales para su persona y su patrimonio, señalando expresamente que la nombrada presenta una disminución en su juicio crítico (fs. 318 vta.). Pues bien, no advirtiéndose ni

denunciándose contradicciones entre esos asertos del dictamen y las circunstancias del examen que resalta el recurrente, es claro que éstas no modifican en nada esas conclusiones.

Pues bien, esas conclusiones son claramente compatibles con la situación de incapacidad requerida por la figura mencionada de acuerdo con la doctrina mencionada al abordar la primera cuestión. Más aún si se ponen en relación con los demás elementos de prueba que incluyen otros estudios médicos que mostraban ya el deterioro mental de la damnificada, y las particularidades de la dinámica de los hechos. Esto es, las circunstancias que envolvieron la decisión y acción de Nelly Peña, de donar su departamento a quien era un completo desconocido para ella poco tiempo atrás, luego de hacerlo de una manera muy peculiar y entablado una relación en base a la insistencia de él, pese a las importantes diferencias de edad y actividades de ambos. Máxime cuando la nombrada, al prestar declaración ante el Fiscal de Instrucción, pronunciándose sobre los hechos con total autonomía, trató al beneficiario de su más preciada propiedad como un auténtico ladrón que le había sacado lo suyo corroborando lo que sus familiares afirman de un modo razonable y conforme a lo que indican las reglas de la experiencia, con respaldo incluso documental sobre las circunstancias analizadas.

En efecto, además de desconocer el sentido y proyección jurídica de las conclusiones del dictamen pericial que pretende invocar en su favor, el recurrente ignora otras pruebas médicas que fueron valoradas por el sentenciante a esos efectos. En primer lugar soslaya las tomografías de cerebro que se practicaron en el año 1998 a Peña, que advierten, en ese entonces, que aunque la nombrada no presentaba anomalías de densidad del tejido nervioso supratentorial, ya se constataba *una discreta asimetría craneoencefálica*. En segundo lugar, desconoce que en el nuevo estudio realizado en el año 2000 en Oulton, se formularon hallazgos que podrían ser seniles o de sufrimientos vasculares, revelados por imágenes hipertensas subcorticales periventriculares bilaterales y a nivel de sustancia blanca del centro oval, algunas de ellas confluentes a predominio posterior (fs. 318 vta.).

Asimismo sus planteos desconocen que todo ello debe ponerse en relación, también con el testimonio brindado por Nelly Peña al concurrir a Tribunales (fs. 308 vta./309), en donde con total libertad, sin la presencia de sus familiares, manifestó claramente su malestar con el encausado evidenciando la situación de la que había sido víctima. Es que allí contó particularísimas circunstancias en que conoció y se relacionó con el encausado. Esto es, cómo éste, un abogado joven –para ella-, primero se le presentó un día en forma repentina a la salida de misa, ofreciéndose a acompañarla y luego, tan sólo una semana después concurrió a su departamento tras conseguir sus datos por la guía, diciéndole que lo hizo porque se hallaba *preocupado* porque no la veía. Y de qué manera esa relación fue avanzando de manera gradual durante esos meses en que según su hermana –que incluso hizo una exposición policial de la situación- dejó de alcanzarle su jubilación para vivir, empezaron a faltar cosas de valor de su domicilio, al tiempo que se comprobó la compra de los dos televisores con los celulares, hasta que se constató la transferencia del propio departamento donde residía la víctima. Es más, soslayan cómo la damnificada, al declarar con total libertad ante el Fiscal de Instrucción dijo, en relación a quien dice que le donó voluntariamente su departamento, que ello nunca fue así y que él era directamente un ladrón (fs. 309 vta.). De manera que el recurrente ignora toda esa argumentación cuando afirma que la incapacidad de la víctima se extrajo sólo de su avanzada edad, sin tener en cuenta la versión del encausado, el testimonio de Dorado y la pericia psiquiátrica practicada sobre Nelly Peña. Y, además, en modo alguno puede plantearse, como pretende el recurrente, una actitud pasiva de la nombrada al no concurrir a presentar personalmente su denuncia o sus demás escritos, que pueda evidenciar su manipulación por parte de sus familiares, como pretende el recurrente.

Por otra parte, el presentante no advierte el valor convictivo que siendo así las cosas, adquieren por su coherencia y sinceridad, las versiones dadas en sus testimonios por la hermana y por la sobrina de la nombrada que encontrarían claro respaldo en las pruebas mencionadas. Por lo que carece de todos sustento su pretensión de restar valor convictivo a sus dichos o los de sus abogados sólo por el interés que podrían tener en el referido inmueble.

En efecto, el fallo consideró particularmente que en su testimonio, Lilian Vivian Peña Torres (su hermana, fs. 310/313 vta.), además de coincidir con la sospechosa dinámica del obrar del encausado, resaltó sus problemas de soledad y la pérdida de lucidez en comparación con tiempos anteriores, señalando que por momentos no se expresaba bien y hasta mostraba un retroceso en el que se iba de la realidad. También resalta como en ese ínterin además de empezar a desaparecer cosas del departamento de hermana, no le empezó a alcanzar el dinero para mantenerse, cosa que antes nunca había ocurrido, refiriéndose a la compra de los televisores que luego se pudo corroborar documentalmente. Tal como se desprende de los tickets y el resumen de la tarjeta cordobesa que dan cuenta de la compra de los dos televisores. Asimismo se consideraron los dichos de Lilian Peña en relación con la vulnerabilidad de su hermana y su Alzheimer, lo cual determinaría que en el año 2007 se sugiriera su internación. Y muy especialmente, sus referencias a la inexistencia de la deuda con su hermana que alega el imputado en su versión exculpatoria, explicando que ello no era ni siquiera posible, pues al departamento lo compraron a medias ella y Nelly a través de un crédito, sin ninguna intervención de su madre. Y al venderlo, se dividieron el producido para comprar un departamento más chico cada una, siendo el de su hermana, el que intentó quedarse Basualdo.

Y en un sentido muy semejante se manifestó Ana María Sueldo (fs. 314 vta./315 vta.), sobrina de Nelly Peña sobre la extraña relación de Basualdo con su tía, mostrando cómo empezaron a desaparecer bienes, llamándole la atención un hombre joven, recién aparecido en la vida de Nelly con tanta atención, siendo ella quien encontró la escritura de venta del departamento. Coincide con Lilian en cuanto a los televisores y celulares. Todo lo cual, por otra parte, coincide con los dichos coincidentes del Dr. Hugo Roque Ricco (fs. 315/316 vta.) y la Dra. Ana Alicia Pérez, que trabaja con aquél (fs. 316 vta./317 vta.) sin que se adviertan fisura alguna en sus testimonios y por ende elementos para dudar de su credibilidad en ese marco convictivo ignorado por el recurrente.

Repárese en que ello nada tiene que ver y se opone claramente con la hipótesis desincriminatoria sostenida por el encausado al ejercer su defensa material, afirmando luego de haberse abstenido inicialmente de declarar, que Nelly no quería que el inmueble quedara para sus hermanas porque éstos no le habían reconocido el 50 % que ella puso para comprar con su madre el departamento sito en la Cañada cuando ésta murió. Y que por esa razón quería donárselo a él y si no aceptaba a "los curas" con tal que no quedara en manos de su familiares (fs. 307 vta.). Es más, en relación con esto se tuvo también en cuenta la exposición policial realizada en julio de 2005 por Lilian Peña señalando que su hermana hacía dos años que había conocido a este abogado Basualdo quien le decía que la iba a cuidar para toda la vida realizándole las compras acompañándola a cobrar la jubilación, temiendo que pretenda quedarse con los bienes de su hermana, advirtiéndole que ya se estaba llevando elementos de valor de su departamento (fs. 308/308 vta.). De modo que en absoluto puede decirse que el sentenciante haya omitido considerar la versión exculpatoria del encausado en su análisis, y lo que en todo caso sucede, es que la prueba de autos desvirtúa el crédito que pretende darle el recurrente, pues se refiere expresamente a ella, demostrando de qué manera la prueba de autos desvirtúa completamente tal hipótesis.

Valga señalar que las diferencias que se advierten sobre lo realmente ocurrido en la versión que brinda y se atribuye a Peña (si firmó en blanco, si no firmó manda, si firmó con

lujos de detalles) se explican tanto en sus limitaciones por la situación de incapacidad que presenta como en lo difícil de aceptar semejante humillación su familia. Y que en ese marco, el testimonio de la escribana Dorado genera importantes dudas en relación a que las cosas pudieran desarrollarse como ella plantea, resultando por ende acertada, la decisión del Tribunal de mérito de remitir copia de las constancia de autos relevantes, para que la Fiscalía de Instrucción en turno, determine la existencia o no de la comisión de un supuesto delito por su parte (fs. 327/328).

Por otra parte, es claro en el contexto mencionado, la defensa que hacía Peña de Basualdo antes de que se evidenciara la situación señalando que él era muy tímido y que lo dejaran sólo con él, contrariamente a lo que entiende el encausado, muestra claramente el dominio y manipulación que el nombrado había logrado en su relación con Peña. Y que explica también el enojo posterior de esta última diciendo que con argucias le había *robado* el inmueble.

Finalmente, cabe señalar que el hecho de que el Tribunal de Juicio ordenara una nueva pericia sobre Nelly Peña que no pudo realizarse por su fallecimiento, no determina en absoluto, como entendió el sentenciante tras la finalización del juicio, se advierta que la prueba de autos permite afirmar sin ninguna duda que la nombrada se hallaba en una situación de incapacidad que fue aprovechada por el encausado en los términos del art. 174 inc. 2° del C.P.. Y no es necesario, porque justamente hace falta una incapacidad civil, que se designe al sujeto pasivo representación promiscua del art. 59 CC, prevista para los casos de incapacidad civil o que pierda la capacidad para declarar como testigo. De modo que lo actuado procesalmente por el Tribunal de mérito en ese sentido en modo alguno contradice sus conclusiones sobre la concurrencia de una incapacidad de la víctima al momento de los hechos, compatible con la aplicación de la figura penal analizada.

Voto pues negativamente en relación con la cuestión planteada.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. En el desarrollo del agravio formal expuesto al tratar la segunda cuestión, el recurrente introduce referencias a la fundamentación del fallo en relación la condena civil impuesta por el sentenciante que determinan la conveniencia de su tratamiento autónomo en esta tercera cuestión.

En ese sentido, el impugnante afirma que no existe elemento alguno que demuestre fundadamente el daño material que se reclama y que valorar los dichos de los abogados, que son equiparables a la parte y tienen interés sin tamiz alguno, viola también la debida fundamentación. Por otra parte, expresa que tampoco surgen de la prueba de autos, hechos que justifiquen el Daño moral por el cual es condenado civilmente el encausado, considerándose a las reclamantes "herederas forzosas" de la víctima, cuando en realidad no lo son. De manera que se ha aplicado infundadamente el art. 1078 C.C.. Y añade a ello, que la orden de devolución del inmueble es también infundada por cuanto no se ha ejercido querrela de falsedad.

II. Adelanto que este planteo no debe admitirse.

Esta Sala Penal ha sostenido de manera reiterada que, en la faz civil del proceso penal, y como consecuencia de la clase de derecho ejercido, impera el principio dispositivo. El mismo

implica que las partes civiles disponen libremente la extensión de la materia litigiosa sometida a conocimiento del juez, cuyos poderes, concebidos teóricamente con una amplitud igual a su propia competencia, en la práctica quedan reducidos a los límites de las peticiones de las partes, fuera de las cuales no está autorizado a proveer. De ello se colige que el carácter disponible de la pretensión civil, mientras no esté en juego un interés público tutelado por el derecho, acota el poder jurisdiccional sobre ellas, quedando limitado sólo a las afirmaciones que las partes produzcan (T.S.J., Sala Penal, "Bragachini", Sent. 17, 12/03/2001; "Jara", Sent. n° 25, 22/4/2002; "Vega", Sent. 6, 28/2/2003; "Puente", A. n° 40, 3/03/2004; "Fermanelli", Sent. 115, 8/11/2004; "Carmona", S. n° 322, 12/12/2007 -entre muchos otros-).

Pues bien, al contestar la demanda civil tanto en lo relativo al daño material como al daño moral, el defensor del imputado civilmente demandado Miguel Angel Basualdo, Dr. Elpidio González solicitó el rechazo de la demanda, argumentando únicamente que la denuncia penal y la demanda civil tienen por causa, dos hechos distintos, por lo cual la acción civil se encuentra prescripta para la demanda de supuestos daños y perjuicios. Y no formula ningún otro cuestionamiento, fuera de ese, que atañe de algún modo a la legitimación del actor civil para el reclamo o respecto de su procedencia a partir de las constancias de autos. Luego, no habiendo prosperado su planteo, los demás aspectos quedan sin contradecir, por lo que mal puede pretender ahora impugnarlos en casación, quedando consentidos en el marco del principio dispositivo aludido.

Por otra parte el recurrente nada dijo en relación al cese de los efectos del delito solicitado durante el juicio por el Ministerio Público y el Querellante Particular y que importa la restitución del inmueble que se cuestiona. Tampoco explica cuál es la razón por la que mediando sentencia que declara que la donación del referido inmueble fue fraudulenta y conforme lo establecido por el art. 302 del C.P.P. cuestiona que se ordene oficiar, al Registro de Propiedad para que se rectifique la escritura pública en al que se consignó dicha donación y se anote el inmueble a nombre de la heredera de la actora civil, una vez que quede firme. De modo que la falta de fundamentación, no se plantea en el fallo cuestionado con respecto a la medida dispuesta, sino la impugnación que la cuestiona, que por ese motivo debe inadmitirse por desconocer las constancias de autos.

Valga señalar en ese sentido que, configura una jurisprudencia consolidada de la Sala, a través de distintas integraciones, calificar como inadmisibles el recurso de casación en el que se ignoran, parcializan o modifican los fundamentos dados en la sentencia para arribar a la conclusión objetada (T.S.J., Sala Penal, A. n° 43, 7/9/84, "Romero"; A. n° 39, 20/4/94, "Bruno"; A. n° 328, 11/10/00, "Schiavi"; A. n° 155, 26/05/04, "Mariani", entre otros). Ello así por cuanto todo recurso es una impugnación que no puede prescindir de los fundamentos de la resolución recurrida y por lo tanto, respecto de ellos, deben esgrimirse los defectos susceptibles de conmovir su validez. De lo contrario, en la medida en que resultan obviados, carecen de embate recursivo y devienen incólumes, adquiriendo la consolidación propia de la cosa juzgada (T.S.J., Sala Penal, A. n° 412, 18/12/98, "Pompas"; A. n° 11, 13/02/04, "Servin", A. n° 160, 10/08/2009, "Medina Allende").

Voto pues negativamente en relación con esta cuestión.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA CUARTA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso interpuesto en relación con la primera y segunda cuestión e inadmítirlo en relación con la tercera cuestión. Con costas (arts. 550, 551 y cctes. CPP).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: I. Rechazar el recurso interpuesto por el Dr. Domingo Carlos Cangelosi, en relación a la Primera y Segunda Cuestión.

II. Inadmitir dicho recurso en relación con la Tercera Cuestión.

III. Con costas (arts. 550/551 del C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación se dio por la señora Presidente en la Sala de audiencias, firman ésta y los señores vocales, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.