

Expediente I.P.P. once mil novecientos cuarenta y uno.

Número de Orden:45

Libro de Interlocutorias nro.:16

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los dieciocho días del mes de marzo del año dos mil catorce, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. 11.941/I caratulada "**Incidente de restitución de P. M. B. denuncia usurpación**" (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), y practicado el sorteo pertinente, resultó que la votación debía tener lugar en este orden Giambelluca, Barbieri y Soumoulou, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2da.) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DIJO: A fs. 35/38 interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 11 Departamental, Dr. Emilio José Marra, contra la resolución dictada por la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 Departamental -Dra. Gilda Stemphelet, a fs. 29/30-, por la que se resolvió no hacer lugar a la restitución solicitada, debiendo la requirente dirigirse por la vía civil que corresponda.

Entiendo que el recurso no ha de prosperar, por los argumentos que paso a explicar.

La presente causa se inicia con la denuncia formulada por la sra. M. B. P., en fecha 5 de febrero de 2.013. (fs. 1/2 de la incidencia).

Allí la denunciante manifestó que en fecha 18 de

diciembre de 2.008 adquirió un inmueble situado en calle Capitán Montero 2.134 de esta ciudad de Bahía Blanca, cuya nomenclatura catastral es: circunscripción II, sección D, Manzana 310-d, parcela 11, partida nro. 100.205.

En la misma oportunidad expresó que el vendedor, Sr. C. A. B., le otorgó un poder especial para disponer de dicho inmueble. Que tal poder fue otorgado mediante escritura nro. 656, pasada por ante el escribano L. H. L..

Que alquiló la vivienda a C. D., a quien le formuló una denuncia por falta de pago del alquiler y de los servicios. Que D. abandonó el inmueble para el día 24/10/12. Que pocos días después familiares y conocidos le hicieron saber que habían ingresado otras personas.

Hasta aquí los dichos de la denunciante, los que a mi entender y conforme se desprende del estudio de la causa, no encuentran respaldo en las constancias obrantes en la misma, a diferencia de lo sostenido por el Sr. Agente Fiscal.

Veamos en primer término la documental acompañada. La sra. P. dice que adquirió el inmueble en cuestión en fecha 18/12/08.

A fs. 11 de la incidencia y 42 de los autos principales se adjunta un boleto de compraventa de fecha 10/05/93, celebrado entre C. A. B. -vendedor- y M. B. P. -compradora-. Surge así la primer discordancia.

Posteriormente la nombrada P., sostiene que el sr. B. le otorgó un poder especial para poder vender el inmueble. El mismo consta en escritura pública a fs. 3/5 y 41/44 de la presente. La fecha en que se otorgó el mismo es del 18/12/08, posterior a la compra-venta.

A fs. 38/41 del principal se adjunta copia certificada de la escritura pública de compraventa celebrada entre, M. P. de D. L. S. y otra a favor de C. A. B., en Pedro Luro, partido de Villarino, en fecha 27/08/90 respecto de la vivienda número ciento quince del Barrio Obrero de la localidad de Villa Mitre, siendo su nomenclatura catastral: circunscripción II, sección D, Manzana 310-d, parcela 11, partida nro. 100.205.

A fs. 60/61 de la incidencia consta la inscripción de

dominio matricula 36895, siendo los titulares registrables el sr. C. B. y su esposa, I.M..

En este punto pongo de resalto que hasta la fecha el sr. B. no ha declarado en el presente proceso.

Considero así que la documental acompañada hasta el momento, no encuentra correspondencia con los dichos de la denunciante.

Ahora analizaré las testimoniales.

La sra. P. ofreció como testigos a los fines de acreditar la materialidad de los hechos que denunciara a A. G., I. U. y L. G.. (fs. 12/vta. de la incidencia.)

Así a fs. 49/vta. del principal, la sra. L. N. G., manifestó que hace aproximadamente cinco años a la fecha que conoce a la sra. P.. Que tiene conocimiento que la vivienda de calle Capitán Montero nro. 2134, resultaba ser de la abuela de M. la cual le accede a ella. Que luego la dicente se entera que a dicha vivienda ingresan nuevas personas, sin autorización de M.

A fs. 52/vta. depuso E. A. G., quien el lo que interesa dijo, que conoce a la ciudadana M. P. hace aproximadamente cinco años a la fecha. Que hace aproximadamente un año a la fecha es que el dicente se dirige hacia la vivienda de calle Capitán Montero. 2134 de este medio, debido a que la abuela de M. se encontraba mal de salud, y la iban a ver para conversar con ella, teniendo conocimiento por lo tanto que dicha vivienda resulta ser de la abuela de M., siendo que la misma al fallecer le deja la morada en poder de la denunciante.

Finalmente a fs. 53/vta. I. E. U., manifestó que conoce a M. desde hace aproximadamente dieciocho años a la fecha, que refiere que en la casa en cuestión de calle Capitán Montero nro. 2134 de este medio, residían los progenitores, la abuela y el hermano de M.. Que primeramente fallecieron los padres de la denunciante y luego que falleció la abuela, siendo estimativamente dos años a la fecha, es que en la morada en cuestión quedó el hermano de M. de nombre N.. Que en el garaje se encontraba viviendo un ciudadano, que la abuela de M. le había prestado para que

habite, que luego falleció la abuela y M. puso la casa en alquiler.

Las tres testimoniales, propuestas por la denunciante, se contraponen con sus dichos, desde que son contestes en afirmar que la misma habría heredado el inmueble en cuestión.

También cabe referirse a las actas de constación.

La primera de fecha 22 de febrero de 2.013, de la que surge que en el domicilio de calle Capitán Montero nro. 2.134, reside la sra. C. V. U., junto a su pareja M. S. y dos hijos de ambos. La nombrada refirió ser la propietaria de la vivienda, no recordando la fecha de adquisición de la misma, ni datos del vendedor, y que reside allí desde hace dos años. Se dejó constancia que no se observaron signos de violencia (fs. 16 del principal).

Se efectúa una segunda constatación en fecha 18 de octubre de 2.013 entrevistándose nuevamente con los moradores ya referenciados (fs. 64/65 del principal).

A lo expuesto, agrego que en las presentes actuaciones aún no se ha llamado a los denunciados a prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P.

Destaco también que en el pedido de restitución formulado por la Agente Fiscal, Dra. Leila Scavarda, a fs. 44 del principal, la misma consideró configurado el delito de usurpación en los términos del art. 181 inc. 1ero. del Código Penal, en cuanto a que los ocupantes de dicho inmueble mediante abuso de confianza, despojaron a la denunciante de la posesión, manteniéndose en el interior del mismo.

A fs. 72/74 del principal efectúa un nuevo pedido de restitución, afirmando ahora que la modalidad comisiva ha sido bajo la forma de clandestinidad, no resultando, a la fecha, claros los hechos que se denuncian.

Hasta aquí las constancias de la causa.

El Código Adjetivo resulta claro al posibilitar al agente

fiscal, solicitar la restitución del inmueble al Juez de Garantías, extendiendo esta posibilidad a la víctima y al particular damnificado (art. 231 bis 2do. párrafo del Código Procesal Penal), siendo *condición de procedencia de tal solicitud, la verosimilitud de la posesión o la tenencia en cabeza de estos últimos, lo que podrá ser acreditado por cualquier medio, alcanzando especial importancia las declaraciones testimoniales y los instrumentos públicos y privados reconocidos.* (Conf. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires. Héctor Granillo Fernández- Gustavo Herbel. Ed. La Ley. Tomo 1. Pág. 657/658).

Que siendo así la legitimación procesal invocada, en la persona de la denunciante de autos, del inmueble en cuestión, entiendo que no se encuentra, a esta altura al menos, acreditada, resultando insuficientes la documental agregada en este incidente y las testimoniales referidas; no encontrándose por ello verificados los requisitos exigidos por el art. 231 bis del C.P.P, para la procedencia de la restitución de inmuebles.

En cuanto a los medios comisivos del delito denunciado, considero que tampoco se encontrarían acreditados, reeditando las discrepancias efectuadas en los distintos pedidos por el Ministerio Público Fiscal y atento el acta de constatación de fs. 16 del principal.

Por lo expuesto, propongo al acuerdo confirmar la resolución de fs. 29/30, que no hizo lugar a la restitución solicitada (artículos 146, 231 bis del CPP y 181 del C. Penal).

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO: Analizados los agravios expuestos por el recurrente, el contenido de la resolución apelada y la justificación brindada por mi colega preopinante, debo anticipar que voy a disentir con ese sufragio, en tanto no comparto la valoración que se efectúa de los elementos de convicción reunidos, proponiendo otra solución. Ello por **considerar que se encuentran reunidos en autos los requisitos exigidos por el art. 231 bis del Rito Provincial para la procedencia de la medida cautelar peticionada.**

En primer término, establece la norma citada, que para la procedencia de la medida cautelar de restitución de inmueble en sede penal, "el caso" debe tratarse de un hecho encuadrable en el **art. 181 del C.P.**, por lo que ha de verificarse -prima facie- que se encuentren cumplidos los requisitos típicos de la figura legal **(relacionándolo con el art. 146 del C.P.P.)**.

Comienzo diciendo entonces que el tipo objetivo del art. 181 del C.P. exige para su configuración que la víctima detente la **posesión**, tenencia, o que esté ejerciendo un derecho real sobre el inmueble cuya usurpación se alega. **En tal sentido el caso de autos resulta -a esta altura- encuadrable en el primer supuesto indicado.** Por esto (a diferencia de la apreciación efectuada por la Magistrada de Grado quien sostiene que la posesión que habría detentado la denunciante no está vinculada con ese delito) en primer término debo analizar cómo considero acreditado tal extremo.

Aclaro que no comparto la valoración probatoria efectuada en el voto que abre este acuerdo, en cuanto considera que existe discordancia entre lo manifestado por la denunciante P. y el contenido de la documentación que se aportara en la investigación; en último término las diferencias que creen advertirse no resultarían de una entidad tal, como para terminar descreyendo de la damnificada y no dando por probada su posesión. Tampoco comparto que los testimonios de fs. 16 y vta., fs. 17 y vta., y fs. 18 y vta., se contrapongan con lo expresado por la denunciante a fs. 1/2 y vta., ni que deba restárseles fuerza convictiva a los datos aportados.

El hecho de que P. expresara que adquirió el inmueble en el año 2008 (fs. 1/2 y vta.) y que el boleto de compraventa posea fecha del año 1993 (fs. 11), no afecta su valor convictivo, en particular si se tiene en cuenta que **existe un poder especial efectuado por escritura pública, a fs. 3/5**, donde el **propietario (titular registral) faculta a la denunciante** a vender el inmueble "*...a la persona, personas, o entidades que viere convenir, o así misma, por el precio y en las condiciones que crea conveniente...*".

Dadas las **amplias facultades otorgadas por ese instrumento** a M. P. -entre las que se encuentra la de vender el inmueble- ella posee potestades tales como para escriturar el inmueble a su nombre y adquirir el dominio, sin más trámite, por lo **que poca relevancia debe otorgarse a que haya omitido mencionar ese primer boleto en su denuncia**, y tal circunstancia no debería afectar el valor convictivo de sus dichos, ni de los documentos.

El **contenido de dicho boleto constituye un sólido indicio sobre la posesión ejercida por la nombrada desde esa fecha (además de resultar demostrativo del acuerdo de voluntades por el cual en definitiva se otorgó el poder especial)**, en tanto consta en ese documento que "*...la posesión de lo adquirido, se efectúa en este acto...*".

A su vez, y en caso de que esa constancia no constituyera una justificación suficiente, **otro indicio al respecto emana del poder especial de fs. 3/5, en este caso sobre la posesión sobre el inmueble -por lo menos- desde el año 2008**, en cuanto en esa escritura consta que el titular del dominio le otorga la potestad para que "*...dé la posesión material de la vendido...*". Esto que tanto como puede darla, puede obtenerla, sólo conjugando el corpus -la relación fáctica con la cosa- con el animus de poseer para sí. Debe tenerse especialmente en cuenta la fuerza que otorga a este indicio el constar en una escritura pública.

Como si lo expuesto fuera poco, **la posesión del inmueble por parte de la denunciante, con anterioridad al ilícito investigado, se acredita a su vez con lo expresado por tres testigos: G. (fs. 16 y vta.), G. (fs. 17 y vta.) y U. (fs. 18 y vta.)**, cuyas referencias -a mi entender- en nada contradicen la versión aportada por P. y sobre los que no existen -hasta el momento- razones para cuestionar su valor convictivo.

Los referidos concuerdan en expresar que P. fue locadora del inmueble en cuestión entre los años 2011 y el 2012, lo que es indicativo, también, de la posesión que detentaba sobre la cosa, ya que para poder darlo en locación

debía tener disponibilidad física, tal como para garantizar a su inquilino los derechos derivados de la contratación. Así también se hizo expresa su calidad de poseedora, que se evidencia en su relación con el locatario, quien, como mero tenedor de la cosa, debió reconocer en ella la posesión, actitud de la que resulta prueba concreta el pago de los alquileres por habitar en el lugar, de los que manifiesta -incluso- haber sido testigo la Sra. G. (fs. 16 y vta.).

En lo relativo al valor convictivo de los testimonios, que es cuestionado en el voto que me antecede, por considerarse que contraponen los dichos de la denunciante al ser contestes "*...en afirmar que la misma habría heredado el inmueble en cuestión...*", debo expresar que no llego a esa conclusión. Los testigos han expresado que el inmueble era de la abuela de la denunciante, porque tenían conocimiento de que allí vivía, por haberla visitado junto a la víctima o por lo que esta última les habría referido. Esto -razonablemente- puede llevarlos a afirmar que el inmueble "era" de su abuela, en el sentido de que era su propietaria. Sin embargo, no surge de los testimonios, ni se les ha preguntado, si efectivamente conocían la situación jurídica del inmueble y su titularidad.

A su vez, los dichos de los testigos, que describen la casa como un hogar de la familia de la víctima, no resultarían incoherentes o injustificados si se observa -a fs. 7/9 y a fs. 24/25- que los titulares registrales hasta el año 1990, se apellidan P., como la denunciante, y bien podrían ser sus ascendientes. Si bien esta circunstancia requeriría corroboración expresa para darse por debidamente acreditado, no deja de constituir otro indicio que puede ser tenido en cuenta para analizar y contextualizar lo expresado por los testigos, volviendo a aseverar que ello va en favor de la posesión por parte de la denunciante.

En lo que hace la **existencia del delito de usurpación**, **considero que su materialidad ilícita se encuentra acreditada** -con el grado de conocimiento requerido para una cautelar- con lo expresado por la denunciante, respecto a que habría tomado conocimiento de que unas personas ingresaron al inmueble tiempo

después de que lo de abandonara el último locatario. Y ello sin contar con su autorización (fs. 1/2 y vta.), lo que es ratificado por los testigos a fs. 16 y vta., 17 y vta. y 18 y vta.

Debo también tomar en cuenta (no como indicio cargoso pero sí como inexistencia de hipótesis alternativa) la carencia de datos o documentación que justifiquen el ingreso y la permanencia en el lugar de las personas que actualmente lo habitan, conforme surge de las constataciones de fs. 6 y vta. y fs. 22/23.

Por ello también considero acreditada -prima facie- la clandestinidad requerida como medio comisivo por el tipo penal del art. 181 del Código Penal, en tanto la víctima ha ignorado la actuación invasiva desplegada por los autores.

Estos extremos permiten aseverar que se verifican -prima facie- los requisitos exigidos por el tipo penal, tanto objetivos como subjetivos, de acuerdo al grado de convicción exigido para el dictado de la medida cautelar. **Ello sin dejar de destacar que la decisión que vengo proponiendo de hacer lugar a la restitución no deja de ser esencialmente provisoria y mutable**, siendo que podrá ser dejada sin efecto en caso de que los sujetos pasivos de la restitución aleguen y/o acrediten algún extremo de los que he valorado precedentemente.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar el recurso interpuesto por el Sr. Agente Fiscal a fs. 71/74, y revocar la resolución apelada que luce a fs. 69/70, debiendo disponerse -por el Juzgado de Garantías- la restitución del inmueble, previa: fijación de la contracautela que se considere corresponder y agregación a la I.P.P. de los originales -o de copias debidamente certificadas- de la documentación obrante a fs. 4/6 de la causa principal.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: por iguales fundamentos, voto en el mismo sentido que el Señor Juez Doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -por mayoría- hacer lugar al recurso interpuesto por el Sr. Agente Fiscal a fs. 71/74, y revocar

la resolución apelada que luce a fs. 69/70.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: por iguales fundamentos voto en el mismo sentido que el Señor Juez Doctor Giambelluca.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: por iguales fundamentos voto en el mismo sentido que el Señor Juez Doctor Giambelluca.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 18 de marzo de 2.014.

Y Vistos; Considerando. Que en el acuerdo que antecede, por mayoría de opiniones, ha quedado resuelto que: **no es justa la resolución** apelada de fs. 69/70.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **Órgano RESUELVE: hacer lugar al recurso de apelación** deducido, y en consecuencia REVOCAR la resolución recurrida (arts. 231 bis y 146 del C.P.P. y 181 del C.P.).

Notificar -con libramiento de oficio- al Sr. Fiscal General en la incidencia.

Hecho, devolver -sin más trámite y junto a la causa principal- al Juzgado de origen donde deberá tomarse razón de lo dispuesto, anotar a quien se considere corresponder, **debiéndose hacer efectiva la restitución del inmueble previo requerirse los originales -o copias debidamente certificadas- de la documentación obrante a fs. 4/6 de la causa principal, fijando la contracautela** que se considere corresponder.