

IPP 12003/I

Número de Orden:61

Libro de Sentencias nro.08

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diecisiete **días del mes de septiembre 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 Ángel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou**, para dictar resolución en la **I.P.P nro. 12.003/I caratulada "S. y P. por usurpación de inmueble"**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri, Giambelluca y Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la resolución apelada?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal -Dr. Gustavo Zorzano a fs. 199/201-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Gastón Mercuri a fs. 187/193-, por la que dispuso el sobreseimiento de los coimputados P. y S., al no considerar acreditados los medios comisivos requeridos por el art. 181 del C.P., en particular la clandestinidad.

El recurrente se agravia al no compartir esa conclusión, a partir de lo expuesto por el denunciante quien aseguró que su inmueble fue invadido por los coprocesados. También atento lo referido por el testigo D., quien dijo que la casa fue ocupada por la familia P., que ingresó al lugar en horas nocturnas.

Critica el valor otorgado por el Magistrado de Grado a la

versión ensayada por los cojustificables. Ataca su fiabilidad, al destacar que la persona que -según esa versión- les habría vendido el inmueble -de apellido N.-, nunca fue hallada y no se la conoce en la zona del domicilio que figura en el contrato (Provincia de la Pampa).

Cuestiona, a su vez, la consistencia de los relatos brindados por los encausados al prestar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P.; que mientras S. dijo que N. era una persona de aproximadamente 60 o 70 años, P. lo describió como un hombre de 30 o 40 años.

Por último, considera que debe restársele fuerza convictiva al relato de la testigo C., en tanto efectuó valoraciones impertinentes, calificó a personas erróneamente, y formuló suposiciones, que generan descrédito. Pide la revocación y posterior elevación a juicio.

Analizado el resolutorio impugnado y las razones expuestas por el recurrente, **adelanto que propondré al acuerdo la revocación del sobreseimiento dispuesto, aunque por argumentos distintos a los formulados por el recurrente y con otros alcances**; ello por considerar aplicable el criterio que he sostenido en otras oportunidades, en particular en la causa nro. 9615/I, caratulada "Berth, Elsa Lorena s/ usurpación de inmueble", rta. el 8/8/12.

Considero que se encuentra debidamente acreditado que **el denunciante tenía la posesión del inmueble**, en virtud de lo dispuesto por el art. 2373 del Código Civil, vinculado con las disposiciones de los arts. 3410 y 3418 del Código Civil. Es que cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge (como en este caso), el heredero sucede no sólo en la propiedad, sino también en la posesión del difunto, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aún antes de haber tomado de hecho posesión de los objetos hereditarios (fs. 1/2 vta., 3, 5, 78, 94).

Ahora bien, satisfecho el requisito típico vinculado al sujeto pasivo del delito y a su relación con la cosa, corresponde analizar los restantes elementos, **adelantando que no encuentro debidamente acreditada -con el grado**

de probabilidad exigido por el art. 337 en relación con el art. 157 del C.P.P.- la clandestinidad exigida por el art. 181 como medio comisivo del acción típica de despojo, que ha imputado la Agencia Fiscal.

Esa clandestinidad se configura –teniendo en cuenta también las previsiones del artículo 2369 y la nota al artículo 2479 del del Código Civil- cuando el despojo se lleva a cabo mediante actos ocultos, o en ausencia del poseedor del inmueble, o mediante precauciones tomadas para sustraerlo del conocimiento de quienes podrían oponerse al mismo (Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1992, págs. 526/527; Carlos Fontán Balestra, "Derecho Penal. Parte Especial", LexisNexis, 13º edición actualizada, pág. 588; Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II-B, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 738).

Entiendo que es de suma relevancia destacar, a fin de no efectuar una interpretación extensiva del concepto de clandestinidad y tal como específicamente se aclara en la nota al Art. 2479 del Código Civil, que "*... Exigir la publicidad de la posesión, no es exigir que sea conocida por el propietario, basta que sea tal que el propietario haya podido conocerla...*".

El legislador nacional especifica en ese texto que la pauta de referencia en virtud de la debe evaluarse el carácter de públicos o clandestinos de que los actos posesorios debe ser "*... la facilidad con que cada uno ha podido conocerlos...*". Es decir, que para analizar la existencia un accionar clandestino debe prestarse atención a las posibilidades de tomar conocimiento de los actos llevados a cabo por los imputados que habría tenido el presunto afectado, apreciación que dependerá de las circunstancias concretas de caso particular.

En el caso, considero, que **no se encuentra acreditado** -a esta altura y **con el grado de probabilidad** exigido por el art. 337 del C.P.P- **que los actos efectuados por los encartados hayan sido llevados a cabo de una forma tal que el poseedor no hubiera tenido posibilidades efectivas de conocerlos.**

Asimismo, y frente a esa orfandad probatoria, existe una hipótesis de defensa -con respaldo en algunos de los elementos convictivos reunidos- que da cuenta de un **actuar público y evidente por parte de los coimputados**, quienes habrían efectuado refacciones al inmueble previo ingresar a vivir, **utilizando – incluso- camiones** para el traslado de los materiales de construcción, **a plena luz del día**. Estas circunstancias alejan la calificación de clandestinidad que se atribuye al accionar de S. y P..

Hago notar, en ese sentido, que si bien el testigo D. dijo que ingresaron por la noche, no ha precisado el momento en que ello habría ocurrido; no ha podido señalar la fecha en que se habrían retirado los anteriores ocupantes, ni aquella en que habrían ingresado los acusados.

En contraposición a su relato, los **coimputados** manifestaron que durante un período de tiempo previo a mudarse al inmueble, **realizaron diversas tareas de refacción a la vista de terceros**, porque la casa estaba en parte quemada y deteriorada. La existencia de esas actividades ha sido **ratificada por la testigo C.**, quien, a fs. 169/170, refirió que durante un lapso de uno o dos meses "*...estuvieron trabajando para habitarla...*".

Ello es incompatible con la versión del ingreso subrepticio y nocturno que relata el testigo D., con el que el Ministerio Público Fiscal pretende acreditar la clandestinidad, medio de convicción sobre el cual el Ministerio Público Fiscal no ha profundizado la investigación, ya sea para procurar mayores detalles en sus formas o en sus tiempos, que permitan apuntalar la fuerza de esa versión.

Me permito señalar, inclusive la importancia de que ese testimonio hubiera sido recepcionado por funcionarios de la Fiscalía y no en sede de la Comisaría, para posibilitar una mayor suficiencia, coherencia y precisión de los resultados que se obtienen del medio de prueba, en relación a los datos relevantes para la teoría del caso sobre la que se desarrolla la investigación. Máxime como en este caso donde la declaración de D. es de unos pocos renglones y a los inicios de la pesquisa, siendo que

posteriormente se agregaron otros medios que contradicen sus referencias. Sin dudas "ese" testimonio (con dicha forma de recepción) no alcanza para lograr la probabilidad positiva exigida por el legislador provincial en los arts. 157 y 337 del Rito Provincial.

Así, ante la carencia de mayores datos sobre la forma y tiempo de ingreso y sobre las características del actuar de los encartados, considero que **no se encuentra acreditada con el grado de probabilidad exigido por el Código Procesal la materialidad ilícita de la usurpación imputada.**

Esa **hipótesis fiscal, además, se ve contrapuesta con la descripción de los eventos brindada por los acusados (hipótesis de descargo)**, la cual es ratificada por la versión de C.-a fs. 169/170- y por el testigo P. (aún cuando esté comprendido por las generales de la ley por ser padre de la procesada); de la que surgiría que los cojustificables han realizado diversos actos de ocupación sobre el inmueble sin procurar evitar ser percibidos por otras personas -incluido el poseedor- durante un período sostenido entre uno y dos meses, en forma previa a la ocupación permanente. Todo ello va en contra de la alegada clandestinidad como medio comisivo del despojo que enrostra la Agencia Fiscal.

Ahora bien, y como anticipé, si bien no se cuenta con elementos suficientes como para tener por acreditada la materialidad delictiva con el grado de convicción suficiente como para elevar esta causa a juicio; **la situación planteada en esta causa no puede ser encuadrada en ninguno de los supuestos previstos en el art. 323 para el sobreseimiento (arts. 337 y 157 del C.P.P.).**

Particularmente, no puede aplicarse la solución normativa adoptada por el Juez A Quo, **fundada en el art. 323 inc. 6 del C.P.P., por no encontrarse cumplidos todos los requisitos establecidos en esa disposición para que sea procedente el sobreseimiento, en particular el relativo al vencimiento de los términos de la I.P.P. y sus prórrogas**, ya que en autos se contaría aún con el plazo instructorio previsto en el arts. 282 del C.P.P. (fs. 108/109 y vta., fs. 111/113 y vta., fs. 138, fs. 148 y fs. 171/174 y vta.).

A fin de justificar claramente los efectos de la presente resolución, debo aclarar en primer término que el Código de Procedimiento Penal de este Estado, al instituir en su título VI el denominado control de la imputación -o etapa intermedia por encontrarse ubicada entre la investigación penal preparatoria y el juicio-, establece que una de las principales funciones que debe realizar el Juez de Garantías o Cámara de Apelaciones es evitar que lleguen a plenario causas que impliquen un dispendio de actividad jurisdiccional.

Así, la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones que posean defectos (control formal), o se encuentren insuficientemente fundadas (control material).

El artículo 337 del C.P.P. establece que *"...el Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciere lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 157. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa..."* (primer párrafo) agregando: *"...cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por simple decreto al tribunal de juicio o juez correccional en su caso..."* (tercer párrafo).

No hay dificultad interpretativa de la normativa procesal en lo tocante al párrafo tercero, pues ese control es a pedido de parte, salvo causales de nulidad (control formal), claro está. Distinta es la solución cuando hubiere oposición de la defensa.

Cafferata Nores explica que la *"...ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio o avance o conclusión del proceso, a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez (órgano judicial) en relación con la verdad que se pretende descubrir..."* (cfr. "La Prueba en el Proceso Penal", 3era. Edición. Editorial Depalma, pág. 9); digo así que el grado de convicción requerido en el juzgador para sortear la etapa intermedia que se ha denominado comúnmente grado de probabilidad positiva- está establecido en el art. 157 del C.P.P., estándar al que

remite el art. 337, primer párrafo, de ese cuerpo normativo.

Tal como expliqué, entiendo que en el caso de autos no existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la existencia del hecho materia de acusación. Pero tampoco -como lo referí ut supra- podría sostenerse razonablemente que nos encontremos con alguno de los supuestos normados por el art. 323 del C.P.P. como para dictar el sobreseimiento.

En este sentido, la situación procesal de P.y de S.podría -prima facie y como entendió el Magistrado de Grado- corresponderse con el inc. 6to. del art. 323 del C.P.P., que expresamente prescribe esta falta de probabilidad positiva -contracara del art. 157- como uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

Sin embargo, ese inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida; y el primero -plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se encuentren vencidos, circunstancia que no se da en esta causa, por lo que el sobreseimiento no procede.

De allí que la interpretación armónica de los artículos citados conlleva a la siguiente consecuencia: en los supuestos en que no se hubieran agotado dichos plazos procesales y tampoco se hubiera formado en el juzgador la convicción necesaria para pasar a la siguiente etapa procesal, debe procederse al "rechazo" de la requisitoria y la remisión de la investigación a los fines que se estimaren corresponder (cual sería por la Fiscalía la búsqueda de nuevos medios de convicción que permitieran arribar a esa probabilidad positiva o petitionar el sobreseimiento en caso contrario).

En ese sentido se pronunció la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro -Sala III- en las causas: 23.360 "Hyland Harold S. s/ apelación auto de elevación a juicio" de abril de 2007; 25.101 del 29/12/2008; 27.115 caratulada "Ayala, Raúl Bernardo s/ elevación a juicio" de junio de 2011.

Esta situación genera para el sistema el beneficio de

evitar la elevación a juicio de investigaciones donde no se ha logrado el grado de conocimiento suficiente, y para el justiciable el beneficio de obtener en un plazo razonable un pronunciamiento (art. 8.1 de C.A.D.H., 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) respetando su derecho a peticionar el sobreseimiento en "esta etapa", ya que el propio legislador lo considera excepcional una vez elevadas las actuaciones tal la normativa del art. 341 del Rito.

También en el mismo sentido se puede ver en doctrina "Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires", Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel; Tomo II, 2da. Edic. Actual. y Ampl., págs. 203 y sgtes..

Se aclara que la remisión que debería efectuarse no puede indicar ni marcar el camino que debe seguir la instrucción; es decir, no debe precisarse qué prueba resulta necesaria ni cómo se debe producir la misma; pero sí es un claro indicador de que "en estas condiciones" no se puede continuar el camino hacia el juicio oral.

Existiendo plazo instructorio, arribar al grado de probabilidad positiva requerido por el art. 157 o a la certeza negativa (forma genérica para denominar los estados de convicción correspondientes a los diversos incisos del art. 323 del C.P.P.) aparecen como extremos posibles y con consecuencias plausibles que lograr. Diferente situación se sucedería en caso de que los plazos estuvieran vencidos.

En autos aún existe plazo de instrucción pues la requisitoria fiscal de fs. 171/174 y vta. fue presentada el 21/10/2013 y teniendo en cuenta que los imputados prestaron declaración en los términos del art. 308 los días 20/12/2012 y 26/12/2013, la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos.

Por todo lo expuesto concluyo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto (art. 421, 434, 435, 442 y ccdds. del Rito), revocándose la resolución recurrida y efectuando el rechazo de la requisitoria fiscal en los términos que viene efectuada (arts. 336, 337 y 157 inc. 3ero. a "contrario sensu" del C.P.P.), debiendo

remitirse la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 106, 157, 323 inc. 6to a "contrario sensu", 334 a 337 y ccdts. del Código Procesal Penal).

Voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Que del análisis del resolutorio impugnado, lo expuesto por el recurrente y el contenido del voto que me precede, adelanto que voy a proponer al acuerdo la revocación del sobreseimiento dispuesto.

Comparto lo expuesto por el Dr. Barbieri en cuanto a que se encuentra "prima facie" acreditado que el denunciante tenía la posesión del inmueble.

Ello conforme con la documentación hasta aquí acompañada: copia certificada de la declaratoria de herederos recaída en los autos "V.y V.s/Sucesiones ab intestato", expte. n° 94.917, que tramitara por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial nro. 1 de esta ciudad (fs. 52/vta.); copia certificada del contrato de locación celebrado entre N.y D.de fecha 7 de octubre de 1.997, (fs. 78); copia certificada de la cesión de boleto de compraventa, suscripto por D. celebrado el 8 de febrero de 1993, en el que como cedente, vende, cede y transfiere a favor de los cónyuges .V.y V., el inmueble en cuestión (fs. 94/vta.); copia certificada del plano de construcción presentado ante la Municipalidad de Bahía Blanca en fecha 1 de octubre de 1.993 y con las testimoniales de J.(fs.40/vta.), de R.(fs. 58), de J.(fs. 59) y de H.(fs. 60), encontrándose, como se dijo, a esta altura, acreditado que el denunciante tenía la posesión del inmueble, desde el momento en que falleciera su padre (arts. 2373, 3410 y 3418 del Código Civil).

Así lo sostuve también en la I.P.P. nro. 11.328 "V.C.s/inc. de restitución", correspondiente a estos autos principales.

Ahora si, habré de apartarme del voto que me precede desde que, respecto a la existencia del delito de usurpación, considero que su materialidad ilícita se encontraría acreditada, con el grado de probabilidad exigido en esta instancia, con lo que surge de la denuncia y de las declaraciones citadas precedentemente.

Así, cabe destacar lo expuesto por J.a fs. 40/vta. quien manifestó: "... Que el dicente reside y se domicilia en el lugar anteriormente mencionado. Que la vivienda es lindera a la vivienda en cuestión ... No obstante tiene conocimiento de que actualmente se encuentra ocupando el lugar la familia P., quienes ingresaron en el lugar en horas nocturnas. Que el dicente de noche sentía ruidos adentro del inmueble y que de día no se veía nadie ... Que el dicente le cedió los derechos del inmueble al Sr. A.y N...."

Que para consumar el despojo, el mismo tiene que perpetrárselo por alguno de los medios que taxativamente enuncia la ley (art. 181 del C.P). Que de lo expuesto, se desprendería la clandestinidad empleada, referida ésta a la ocultación de los actos de ocupación respecto de las personas que tienen derecho a oponerse a ella (art. 2369, Cód. Civil).

Considero así, que se verifican -prima facie- los elementos típicos que conforman la figura legal del art. 181 del C. Penal.

Respecto a la versión dada por los encausados de autos, debo decir, que a mi entender, no encontraría respaldo en las constancias obrantes en estas actuaciones.

Acompañan copia certificada del boleto de compra-venta que celebraran con el Sr. D., quien constituyera domicilio en Bernasconi, estancia don Julián (fs. 28).

A fs. 46 consta un informe policial, del que surge que el mencionado N. no residió en la localidad de Bernasconi y que el predio rural no pertenece a esa jurisdicción.

En sus declaraciones y a los efectos de individualizar al presunto vendedor, el Sr. E., manifestó que el Sr. N.es un hombre grande, que aparentaba tener entre 60 y 70 años (fs. 112).

La Sra. M., por su parte sostuvo que no recordaba las características físicas del vendedor, que se trataría de una persona de unos 30 a 40 años

(fs. 117/vta.).

En cuanto a que habrían realizado tareas de refacciones en la vivienda previo habitarla, y que estas se efectuaron durante horas diurnas, se contraponen con los dichos del testigo D., quien señalara que los actuales ocupantes ingresaron de noche.

Sólo la Sra. C. haría una referencia en apoyo de lo sostenido por los encausados (fs. 169/170), por lo que la tesis defensiva, no ha de prosperar.

Así es que estimo que no concurre por el momento en estos actuados, la clara situación fáctica que determine la innecesariedad de proseguir la causa, que por ahora al menos obsta a la solución conclusiva del sobreseimiento.

Considero, que no se presenta como dijera por ahora, una situación de claridad suficiente, por lo que el esclarecimiento total del hecho obliga a ingresar en la etapa del juicio - momento procesal éste, que cuenta con toda la amplitud probatoria y la inmediatez necesaria-, dado que aprecio que no concurren por el momento al menos ninguna de las hipótesis del artículo 323 del Código de forma en esta materia.

Que el pedido de sobreseimiento, como es sabido, en el ordenamiento procesal cierra definitiva e irrevocablemente el proceso en relación al imputado en cuyo favor se dicta, no resulta procedente a mi juicio, atento a la prueba reunida en la causa, y la que eventualmente pudiera producirse en una instancia ulterior. Los supuestos del artículo 323 del Código Procesal Penal exigen un grado de certeza negativa, no siendo tal la conclusión a que arribo, a esta altura, efectuando una valoración de los elementos de juicio, conforme a pautas contempladas en los artículos 209, 210, 334 a 337 del Código Procesal Penal.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del doctor **Barbieri**, sufragando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el

resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde **revocar** la resolución recurrida de fs. 187/193 que sobreseyó totalmente a los coimputados M.y E.S., en orden al delito de usurpación por despojo en los términos del artículo 181 inc. 1ero. del Código Penal, debiendo remitirse la investigación al Órgano de Garantías para que luego la envíe a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 157, 323, 334 a 337 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. **Barbieri** y sufragio en ese sentido.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. **Barbieri** y sufragio en ese sentido.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres.

Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, septiembre de diecisiete de 2.014.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto **que no es justa la resolución impugnada.**

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE: -Por mayoría de Opiniones- REVOCAR la resolución apelada de fs. 187/193,** que hizo lugar al sobreseimiento en favor de la imputada M.y del imputado E., por el delito de Usurpación por despojo en los términos del art. 181 inc. 1º del Código Penal, **y rechazar la requisitoria fiscal en los términos que viene**

efectuado (arts. 157, 323, 334 a 337 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Notificar.

Hecho, devolver la I.P.P. al Juzgado de Garantías interviniente para que se tome razón de lo resuelto, debiendo luego reenviar a la Fiscalía actuante a los fines que estime corresponder.