

Expediente IPP diecisiete mil cuatrocientos sesenta y nueve.

Número de Orden:_____

Libro de interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los cuatro días del mes de Junio del año dos mil diecinueve, 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 Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 17.469/I: "Incidente de Restitución. Imputado: C."**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia; 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060 y 440 del C.P.P.), resulta que la votación debe tener este orden Soumoulou, Barbieri y Giambelluca, 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. SOUMOULOU, DICE: A fs. 82/90 interpone recurso de apelación C. con el patrocinio del Doctor Leandro Emanuel Picardi, contra la resolución dictada por la Sra. Titular del Juzgado de Garantías nro. 4 -Doctora Marisa Promé- a fs. 36/38, mediante la cual ordena la restitución del inmueble sito en la calle Colón - de la localidad de Punta Alta a M. y S..

Se agravia el recurrente, pues considera que la Sra. Juez A Quo ha realizado una errónea interpretación del artículo 231 bis del C.P.P., indicando que ha adquirido el inmueble de buena fé, por medio de un boleto de compraventa, y que ejercía la posesión del mismo en forma pacífica.

Cuestiona que la Sra. Juez de Garantías haya acreditado la verosimilitud del derecho con la constancia de inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble, pues a -a su entender- resulta un simple acto administrativo registral.

Con citas doctrinarias y jurisprudenciales, sostiene que no ha existido despojo, por lo que no se ha configurado el delito de usurpación.

Como segundo agravio, refiere que se ha vulnerado la garantía del debido proceso y de defensa en juicio, al no haber podido declarar en los términos el artículo 308 del C.P.P.; y el principio de subsidiariedad del Derecho Penal ya que el desalojo configura una "sanción/pena".

Sostiene además, que resulta idónea la vía civil para resolver este conflicto.

Solicita en consecuencia, que se revoque la resolución en crisis.

Analizadas las constancias de este incidente y la causa principal IPP 19779-15 que tengo a la vista, anticipo que la resolución apelada debe confirmarse por las siguientes razones.

Principio por decir, que una medida cautelar de restitución de un inmueble (art. 231 bis del C.P.P.), puede ser dictada inaudita parte, y ser revocada en el caso de ceder la verosimilitud del derecho que fundara su concesión.

Que 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. Hector Granillo Fernandez- Gustavo Herbel. Ed. La Ley. Tomo 1. Pag. 657/658).

La restitución del inmueble resulta una herramienta con la que cuenta el juez para impedir una mayor profundización de los daños y perjuicios derivados de los mismos (comentario art. 231 bis del Código Procesal Penal, en Granillo Fernández- Herbel. "Código de Procedimiento Penal de la Pcia de Bs.As.". La Ley. 2da Edición actualizada. 2009. 657 y sgtes.).

Ahora bien, a la luz de los requisitos exigidos por el art. 231 bis del C.P.P. para la procedencia de la medida cautelar de restitución de inmuebles, la norma requiere que -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.

La jurisprudencia ha dicho que "...la adopción de una medida de este tipo debe estar respaldada por elementos de convicción que permitan una acreditación provisoria del hecho investigado y la sospecha de que los imputados han participado de su comisión..." (CNCrim. y Correc., sala II, "Cruz, Luciano", 2008/02/19, La Ley 2008-C, 65, Sup. Penal 2008, 43).

Por lo demás, al ser la usurpación un delito instantáneo con efectos permanentes, corresponde al proceso penal meritar no sólo los derechos de los imputados sino también de la víctima, para tratar el reintegro o no del inmueble de acuerdo a las distintas modalidades comisivas.

Luego de ello, corresponde analizar los clásicos requisitos de las medidas provisionales (art. 146 del Código Procesal Penal), siendo condición de procedencia la "verosimilitud del derecho invocado" el cual tendrá que ver aquí con la titularidad, posesión o tenencia del bien usurpado.

Más tarde, la proporcionalidad, y la necesidad de contracautela, teniendo siempre presente, su carácter "provisional", es decir, sujeta a modificación en caso de cambio de las circunstancias que dieron su razón de ser impuestas.

Es por ello indispensable, comprobar preliminarmente al tratamiento de la medida peticionada la posibilidad de la existencia del ilícito.

El tipo objetivo del art. 181 exige para su configuración que la víctima detente la posesión, tenencia, o que esté ejerciendo un derecho real sobre el inmueble; y el caso de autos resulta -a esta altura- encuadrable en el primer supuesto indicado.

Se encuentra probado -con el grado de verosimilitud requerido para la medida dispuesta, art. 146 y cc. del Código de Forma de este Estado- que los señores M. y S. ejercían la posesión sobre el inmueble.

Estos extremos se acreditan inicialmente de lo que surge de la denuncia de fs. 4 y su ampliación de fs. 8/9, la copia de la documentación de

fs. 5/6 y 13/19; las declaraciones testimoniales de fs. 20/23, el testimonio de fs. 32/33 y el acta de constatación de fs. 97 del principal.

A fs. 32/33 y vta. se encuentra agregado el testimonio donde M. y A. en el carácter de herederos y cesionarios de los derechos y acciones hereditarias de B., J. y de P., U. y S. como herederos de V. y N.; F. y G. -cesionario de E. y Z. -heredera de T. y Y.-, denuncian como integrante del haber sucesorio el inmueble UNO del lote situado en el paraje "-", --, y la inscripción de las declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, correspondiente a los autos "-".

La constancia documental señalada, permiten acreditar a esta altura del procedimiento la verosimilitud del derecho invocado.

Advierto además, que el recurrente más allá de expresar que adquirió el inmueble de buena fé y mediante un boleto de compraventa, no ha adjuntado ninguna documentación ni ha proporcionado prueba alguna que permitan acreditar el derecho que declama.

Ahora bien, la acción sancionada por el art. 181 inc. 1ero. del C.P. es el despojo, ya sea que se produzca, invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes; resultan entonces ser las modalidades que puede asumir la conducta para resultar típicamente relevante. A su vez requiere la figura, que se lleve a cabo por medio de violencia, engaños, amenazas, abuso de confianza o clandestinidad.

Es prácticamente pacífica la doctrina y la jurisprudencia en entender que el bien jurídico tutelado abarca la propiedad en un sentido amplio, la tenencia y la posesión. Así, se ha sostenido que "...El bien jurídico protegido

por el art. 181 del Cód. Penal, comprende la posesión o la tenencia de la casa desocupada. Al estar protegida la posesión del inmueble, no se requiere que la víctima viva en la casa..." (Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala VI, 28/08/02, "Rodríguez, J", Ca. 19294 y Sala IV, 26/11/01, "Fernández, Diego" Ca. 17.394).

Doctrinariamente se ha entendido que "...puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación no sólo quien en un modo actual y efectivo ejerza las posesión o la tenencia de un inmueble, sino también quien lo tiene desocupado, puesto que la ley penal tutela el poder que cualquier integrante de la comunidad adquiera y esté en condiciones de tener su propiedad." (Donna, Edgardo A., Derecho Penal. Parte Especial, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2000, T. II-B, pág. 739 y 740.).

En ese entendimiento, los argumentos sostenidos por el recurrente no pueden prosperar, ya que la relación fáctica denunciada se encuentra entre los supuestos abarcados por la figura penal.

En lo que hace los medios comisivos del delito, destaco que el ingreso al terreno baldío en ausencia del poseedor, constituyen -prima facie- un supuesto encuadrable en la clandestinidad requerida por el tipo penal y permiten subsumir preliminarmente el acontecer (y con el objeto de evaluar la procedencia de una medida cautelar), en el tipo penal del art. 181 del código penal. Corresponde precisar ahora cómo debe entenderse la acción de despojar y las modalidades previstas por el legislador nacional. Descartaré, desde un inicio, la referida a la expulsión de ocupantes dada su completa desvinculación con el presupuesto fáctico de autos. Tampoco puede identificarse una

ocupación efectiva, como la referida a mantenerse, en tanto ella alude a quién, estando en el inmueble legítimamente, extiende indebidamente el título que permitió su presencia. Analizaré aquí el despojo por invasión. En la delimitación de la conducta típica jugará (y juega en el caso) un papel esencial el bien jurídico protegido.

El despojo puede ser identificado, entonces, con la acción de desposeer, desplazar, privar, quitar, o impedir, a otro del uso y goce, o la realización de algún acto propio de sus derechos sobre el inmueble, con la finalidad de permanecer en él. Consiste en la privación de la ocupación del inmueble a su tenedor, poseedor o cuasiposeedor (Edgardo Alberto Donna, "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II-B, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 733; Nuñez Ricardo, Derecho Penal Argentino, Tomo V, Ed. Bibliográfica Argentina, 1967, pág. 486).

La modalidad del despojo por invasión es entendida como la entrada o ingreso en el inmueble, con o sin expulsión del sujeto pasivo, para ocuparlo en forma exclusiva o juntamente con ellos, privándolos total o parcialmente del uso y goce de los derechos que ejercían. (Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y Jurisprudencial. Dir. Baigún - Zaffaroni, tomo 7, Ed. Hamurabbi, 2009, Pág 746).

El caso de autos, tal como surge a fs. 4, el denunciante refiere que a principios del mes de noviembre de 2015 estaba recorriendo los terrenos de su propiedad, y en el sito entre las calles - de Punta Alta, observó que un sujeto estaba tirando escombros en el terreno; y al consultarle le manifestó que se llamaba C. y que lo había adquirido de una persona de apellido R..

Asimismo, en la ampliación de la denuncia a fs. 8/9, agregó que el lote se encontraba desocupado y había acordado su venta al Sr.Ñ., pero advirtieron que el terreno fue invadido por el Sr. C., quien se negó a restituirlo.

A fs. 30 y vta. -de la causa principal-, Cu. expresó que "...que nunca presencia algún conflicto, si sabe que hubo un conflicto, ya que lo había contado el propio M. ya que el dicente trabajaba en la inmobiliaria, que no puede decir con quien había tenido el problema por los terrenos que se encuentran ubicados en Colón -, puede decir que una vez fue con el Sr. M. a dicho terreno y observó que habían palos de cercado colocados sin alambrar. Desconociendo quienes eran los moradores o presuntos usurpadores...".

Ñ. a fs. 31 y vta. manifestó que "...conoce al Sr. M. este año, más precisamente en el mes de marzo, ya que el mismo había concurrido a la inmobiliaria que posee este señor, para adquirir un terreno, es así que el señor M. le mostró unos terrenos que posee, siendo estos ubicados en calle Colón -, que el dicente le intereso y le señó dicho terreno, ya que el mismo poseí un valor de 170.000 pesos y la seña del mentado fue de 20.000 pesos, que no se realizaron papeles algunos, ya que a los tres días de haber entregado la seña, pasa por el terreno que había señado y observo que había colocado unos carteles que rezaban PROPIEDAD PRIVADA y había un contenedor, que la ver esto, el dicente le comenta al Sr. M. y le refiere que le devuelva el dinero, y que no iba a realizar la compra, debido a que este terreno estaría siendo usurpado..."; y H. a fs. 32 y vta. dijo que "...una vez acompañó al Sr. M., ya que este le pidió que lo acompañe, que una vez en dicho lugar, observan a una persona de sexo masculino cortando el pasto, consultando que hacia ahí,

respondiendo este masculino, que el dueño lo había contratado para cortar el pasto; a lo que escuchar esto, le refieren al sujeto que no podía ser, ya que el dueño era el Sr. M.. Es así que en momento que se retira el sujeto que estaba cortando el pasto, se hace presente un sujeto de sexo masculino en moto y sin media palabra alguna le pega al señor M., metiéndose el dicente para calmar la situación, manifestando este sujeto que el dueño...".

Destaco además, que en el informe elaborado por la Oficial Sub ayudante Natalia Torres de f.s 97, surge que "...habiendo consultado a una vecina la cual dijo ser y llamarse Ma., argentina, instruida, de 36 años de edad, nacida el -, casada, domiciliada en calle Río de la Plata - de este medio, la misma refirió que el lote en cuestión lo habría adquirido un tal C., quien cumple funciones como portero de la Escuela N° - sita en Río de la Plata - desconociendo demás datos, que éste le habría comentado que el terreno se lo compró a una pareja, un tal R., ambos domiciliado en calle Río Paraná N° - de este medio, asimismo la vecina habría comentado que las reformas en la finca son recientes, como ser la colocación del cerco recuperables y el portón de aluminio..." .

Entiendo que con los elementos de convicción reunidos, surge -a esta altura del proceso- que los denunciados se han visto privados de forma efectiva, real y concreta, del ejercicio de algún acto propio de la posesión que detentan sobre el inmueble, por lo que se encuentra acreditado el despojo por invasión.

Por otra parte, considero que en este caso, el recurrente no incorpora prueba alguna que permita acreditar el derecho sobre el inmueble

que invoca, y no se han vulnerado el derecho al debido proceso y defensa en juicio, desde que tal como lo dispone el artículo 231 bis del C.P.P., puede reintegrarse el inmueble al damnificado "...en causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aún antes de la convocatoria a prestar declaración en los término del artículo 308 de este Código...".

Por todo lo expuesto, puede concluirse 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, esencialmente provisoria y mutable.

En cuanto a que la cuestión deba resolverse por la vía civil, debe señalarse que para el caso específico de vías de hecho que perjudiquen la posesión, tenencia o un derecho real de una persona sobre un bien inmueble, que puedan ser tipificables –por sus características o medios comisivos– en el delito de usurpación, el legislador provincial especialmente ha incluido una medida cautelar de restitución del inmueble a la víctima en el art. 231 bis del C.P.P., en relación con el art. 146 del mismo código, resultando un medio jurídicamente adecuado y eficaz para obtener la solución intentada por el denunciante, sin necesidad de recurrir a la sede civil. Ello claro está sin perjuicio de los derechos que en definitiva correspondan y que sí podrán ventilarse en el fuero especializado.

Por las razones desarrolladas precedentemente, propongo al acuerdo rechazar el recurso de fs. 82/90; y confirmar la resolución de fs. 36/38, al encontrarse cumplidos –a esta altura del proceso– los requisitos exigidos por el

art. 231 bis, en interpretación armónica con las prescripciones establecidas para toda medida de coerción provisional en el art. 146 del rito, con el grado de verosimilitud necesario para el dictado de la medida cautelar ordenada en autos.

Por otra parte, enterado en el acuerdo del voto del Doctor Barbieri respecto a que se establezca como contracautela una caución real de cincuenta mil pesos (\$ 50.000) y lo relativo a la investigación de ilícitos de acción pública que podría haber cometido C., adelanto que adhiero a dichas propuestas.

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DICE: He de disentir con el contenido y el sentido del voto que antecede, desde el momento que en mi sentir corresponde revocar el fallo recurrido.

Sí comparto lo analizado con respecto a que no ha existido violación de norma alguna de procedimiento (tal como lo denunciara el recurrente a fs. 86 vta./88 vta.), desde que la medida cautelar puede dictarse inaudita parte; ello sin perjuicio de que se hubieran acreditado los extremos previstos legalmente para su procedencia, lo que es harina de otro costal.

Más allá de lo expuesto, habiéndose efectuado audiencias de mediación y teniendo en cuenta -también- la apelación que se efectúa en este incidente, es claro que si el sospechado tuvo algo para decir y/o documentación para acompañar, ha tenido oportunidades más que suficiente; pretende valerse de una nulidad que no existe, desde el momento que no demuestra perjuicio alguno y/o acto que se le haya negado. En último término es su propia conducta la que pareciera causarle el perjuicio que irroga (reitero

que conoce desde años atrás la existencia del trámite, nunca pidió declarar en forma espontánea y no ha acompañado ningún documento que avale los derechos que refiere poseer). Nada más sobre este primer aspecto.

En cuanto a la inadmisibilidad que reclama el denunciante, no he de compartir ello desde el momento que por la entidad de lo decidido, en caso de no ser revisado en esta instancia, se podría causar un gravamen de muy dificultosa reparación ulterior (art. 439 del C.P.P.).

Aclarado lo anterior, propongo al restante colega de Sala hacer lugar al remedio desde que en mi sentir no se encuentra acreditada debidamente la verosimilitud del derecho como para hacer lugar a la restitución solicitada; considerando que la misma resulta -al menos- prematura.

He de evitar reiteraciones doctrinarias con respecto al delito investigado, la protección del bien jurídico previsto en el Código Penal, etc., pues ello ya está vertido en el voto precedente.

Lo que por mi parte no considero debidamente acreditado es que la posesión que viene gozando C. sobre el inmueble en cuestión, resulte ilegítima. Es que no ha llegado a acreditar (aún con el grado de verosimilitud que requiere el dictado de una medida cautelar de la entidad que tiene la restitución de un inmueble, y más allá de su provisoriedad) que la relación del nombrado justiciable con el inmueble fuera ilegítima, lo que debe probar la acusación a tenor de las previsiones generales de los artículos 367, 146, 266 y ccots. del C.P.P.

En la resolución recurrida se establece que el denunciante resulta heredero y representante de los herederos sobre el lote en cuestión, lo que

pareciera no estar en discusión. Sin embargo no encuentro debidamente probado que la posesión de C. fuera ilegal, ni que hubiera tomado esa relación con el inmueble por intermedio de algunos de los medios comisivos que establece el Código Penal en el artículo 181; Por el contrario ninguno de los testigos ofrecidos por el denunciante pudo aseverar cómo ingresó C. al inmueble y cómo permaneció en él (ver fs. 30/33 del principal).

Y para empeorar la situación, a fs. 97 se aportan datos "nuevos" (a casi tres años de la denuncia) que no han sido investigados, de quién le habría enajenado el lote a C., personas individualizadas con apellido y domicilios; a partir de la situación descrita entiendo que ordenar la restitución del inmueble resulta una medida prematura (más allá de que hubiera transcurrido tanto tiempo desde el inicio de la investigación).

En caso de no ser acompañado en el contenido del sufragio, sí he de considerar que debería fijarse una caución real de cincuenta mil pesos al denunciante, como para asegurar posibles daños que se causaren si la medida los causara.-

Y sin perjuicio de lo expuesto propongo se haga ver al Juzgado de Garantías y a la Fiscalía de intervención que lo referenciado a fs. 13/14 por el denunciante y a fs. 32/33 por el testigo H. resultan conductas (enrostradas a C.) que podrían dar lugar a la investigación de ilícitos de acción pública cuya inacción advierto; ello a los fines que se estimen corresponder.

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DICE:

Adhiero al sentido y a los fundamentos del voto emitido por el Doctor Soumoulou, con el agregado realizado por el Dr. Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de fs. 127/129 y vta., y confirmar la resolución de fs. 85/88 y vta., fijándose como contracautela (inciso 4to. del artículo 146 del C.P.P.), la caución real de cincuenta mil pesos (\$ 50.000) y que se haga ver al Juzgado de Garantías y a la Fiscalía de intervención que lo referenciado a fs. 13/14 por el denunciante y a fs. 32/33 por el testigo H. resultan conductas (enrostradas a C.) que podrían dar lugar a la investigación de ilícitos de acción pública cuya inacción se advierte, ello a los fines que se estimen corresponder. (arts. 231 bis, 146, 440 y 447 del CPP).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Adhiero al voto del doctor Soumoulou.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DICE:

Adhiero al voto del doctor Soumoulou.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 4 de Junio de 2.019.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto -por mayoría de opiniones- que es justa la resolución impugnada.

Por todo lo expuesto este **TRIBUNAL RESUELVE: RECHAZAR** el recurso de fs. 127/129 y vta., y en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución de fs. 85/88 y vta., fijándose como contracautela (inciso 4to. del artículo 146 del C.P.P.), la caución real de cincuenta mil pesos (\$ 50.000); y destacar -al Juzgado de Garantías y a la Fiscalía de intervención- lo referenciado a fs. 13/14 por el denunciante y a fs. 32/33 por el testigo H., desde que resultan conductas (enrostradas a C.) que dan lugar a la investigación de ilícitos de acción pública cuya falta de investigación se advierte, ello a los fines que se estimen corresponder.(arts. 231 bis, 146, 440 y 447 del CPP).

Notificar a la Fiscalía General Departamental, y remitir los autos principales y el incidente a la instancia de origen quien deberá realizar el resto de las notificaciones.