

I.P.P. nro. diecisiete mil setenta y cinco.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro. _____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los catorce días del mes de Mayo del año dos mil diecinueve, reunidos en su Sala de Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri, para dictar resolución en la **I.P.P. nro. 17.075/I "Incidente de Restitución en I.P.P. 1416-18 IMP. C."**; y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por ley 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es nula la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: A fs. 145/154 interpone recurso de apelación la Sra. C., con el patrocinio letrado del Dr. Rolando Lizarazu Caveros, contra la resolución dictada por el Sr. Juez (interinamente a cargo) del Juzgado de Garantías nro. 1 de Tres Arroyos -Dr. Carlos Mazzini-, por la que dispuso la restitución del inmueble que se denuncia como usurpado (fs. 103/106); requiriendo -en primer término- la nulidad con

fundamento en que no se le notificó (a la sospechada) la formación de la causa, ni se le dio oportunidad de ejercer su defensa en forma personal, previo a resolver el pedido de restitución. Ello, aun cuando estaba suficientemente identificada, lo que considera una vulneración de los derechos garantizados por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Expresa que esa afectación le ha provocado -como perjuicio- la imposibilidad de defenderse, siendo que de efectivizarse la restitución, se la privaría de la posesión que tiene desde el año 1988 hasta la actualidad; otorgándole la oportunidad, al denunciante, de destruir los actos posesorios materiales que existen en el inmueble y que se remontan al momento en que tomo posesión, los que son pruebas -a su vez- del derecho que le asiste y determinantes para que prospere el juicio de usucapión que ha iniciado ante la sede civil.

Destaca, en ese sentido, que desde el año mencionado ha cultivado una quinta en el lugar, plantado árboles, construyó un galpón de chapa e hizo un pozo para una bomba de agua, y que todos esos elementos aún están en el inmueble, del que tiene la posesión pacífica, pública, continua, ininterrumpida y a título de dueño desde hace más de 30 años.

Explica que al tomar conocimiento de que algunas personas pretendían ingresar sin permiso al lugar, y que una de ellas era el denunciante A., decidió reemplazar el alambrado del terreno por chapas, siendo que el denunciante se apersonó y la amenazó. Agrega que luego inició la medición para comenzar el juicio de usucapión, afirmando que A. nunca tuvo la posesión del terreno, por lo que -si considera que tiene derechos sobre el lote- sus reclamos deberían canalizarse

por vía civil y no a través de esta causa penal. Requiere que se suspenda la restitución ordenada por el Juez de Grado y ofrece prueba.

Previo ingresar al fondo del asunto, considero necesario aclarar que el Juzgado de Garantías no ha dado tratamiento a la nulidad planteada (teniendo en cuenta que la recurrente expresó que interponía recurso de apelación en forma subsidiaria), lo que podría conllevar la invalidez de la concesión (decreto de fs. 155), por no otorgar respuesta. Sin embargo, considero que -atento la solución que propondré y que implica la invalidez de la decisión de fondo- resulta preferible ingresar al tratamiento del recurso sin más dilaciones.

En ese sentido, analizados los argumentos expuestos y el contenido de la resolución impugnada, debo expresar -como anticipé- que advierto en el proceso la existencia de un vicio con entidad nulificante (distinto del alegado por la recurrente) sobre cuyo tratamiento me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, 18 de la Constitución Nacional y 10, 15 y 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar el derecho de defensa y la garantía del debido proceso adjetivo (normativa citada, arts. 1, 75 inc. 22 Constitución Nacional y 8vo. de la Convención Americana de Derechos Humanos y doctrina de la S.C.B.A., en P. 78.360, S 22/09/2004).

En sentido similar la originaria Sala II del Tribunal de Casación Provincial ha entendido que "...Deben considerarse garantías constitucionales las contenidas en la Constitución Nacional, la provincial y en los tratados internacionales de

rango constitucional (arts. 75 inc. 22 de la Const .Nac. y 11 de la Const. pcial.), de manera que en los casos en que se verifique una directa transgresión de normas contenidas en dichos instrumentos procederá la nulidad oficiosa, debiendo en cada caso concreto decidirse respecto de la eventual afectación de la ley constitucional..." (T.C.P.B.A., causa 26.558 RSD-215-8 S de fecha 29-4-2008, F.,O. s/ Recurso de casación).

Lo que advierto es que se ha producido una afectación al derecho de defensa de la sospechada, por no haberse valorado medios de convicción relevantes (que obran en el expediente), y que brindan información que "prima facie" podría considerarse beneficiosa para la hipótesis de descargo (tal como el testimonio que luce a fs. 21 de este incidencia). Y ello es lo que conlleva en principio la admisibilidad del recurso, pues recuerdo que una medida como la puesta en jaque no tiene prevista la apelación en forma directa (art. 231 bis y art. 421 del C.P.P.); sin embargo ello no empece a que pueda admitirse el remedio en caso de que se provoque un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (art. 439 y ccdts. del Rito).

Volviendo al análisis digo que ese elemento debería haber sido tenido en cuenta, también, a fin de una adecuada apreciación del respaldo que posee la hipótesis de la acusación en lo que hace a la verosimilitud del derecho alegado, como en relación a la materialidad ilícita del delito que se denuncia; implicando -la omisión- afectación del debido proceso legal y en definitiva causal de arbitrariedad (lo que conlleva la admisibilidad del remedio).

Como puede leerse (a fs. 21) la testigo S. manifestó que es vecina del lugar desde hace 26 años y que desde ese tiempo a la fecha el terreno ha sido cuidado por la denunciada (C.), quien se ha encargado de la limpieza del lugar, siendo que el terreno estuvo cercado por alambrado perimetral y postes, y que - aproximadamente un mes ante de su declaración- la encartada lo cercó con chapas.

Esa información confronta la versión ofrecida por el denunciante y también por lo declarado por el testigo ofrecido por esa parte; siendo que sin embargo, el Juez de Grado -que incluyó en sus fundamentos la evidencia que respaldaba la hipótesis de la acusación- no valoró lo que surge del testimonio de la vecina S. y los datos que aportara al momento de decidir sobre la restitución (lo que sin dudas puede generar un gravamen de imposible reparación ulterior (o al menos de forma muy dificultosa). Máxime cuando la medida fue ordenada sin previa fijación de caución.

Aun cuando en la vista corrida a la defensa oficial se cuestionó la acreditación de la verosimilitud del derecho (alegado por el denunciante y la materialidad ilícita), en la decisión se omitió la valoración de un elemento dirimente (siendo que los datos aportados resultaban sumamente pertinentes para el "thema decidendum", máxime con la relevancia que posee ordenar la restitución de un inmueble por la presunta comisión del ilícito de usurpación).

Propongo, en consecuencia, se disponga la nulidad del auto apelado, remitiéndose a la instancia a fin de que -con la intervención de juez hábil- se dicte nueva resolución.

Y atento que, con posterioridad a la presentación del recurso, se han presentado y ofrecido nuevos medios de convicción por parte de la denunciada, quien ha brindado una versión de los hechos que se contrapone con lo relatado en la denuncia, considero recomendable que se procure maximizar la bilateralidad en el incidente (máxime desde el momento que no se la ha convocado aún en los términos del artículo 308 del C.P.P. y sin que hasta el momento la denunciada hubiera hecho uso de la facultad que le otorga el artículo 126 del mismo Cuerpo Legal) con el fin de garantizar la participación de los todos los interesados y que se incluyan, al momento de adoptar la decisión, todos los datos aportados.

Respondo por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Adhiero al voto del Doctor Barbieri, por compartir sus fundamentos sufragando en idéntico sentido.

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

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde disponer la nulidad de la resolución de fs. 103/106, y remitir la incidencia a Primera Instancia a fin de que con la intervención de juez hábil se dicte nueva resolución, siguiendo las recomendaciones expresadas en este decisorio.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Adhiero al sufragio que antecede.

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, 14 de mayo de 2019.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es nula la resolución impugnada.

Por todo lo expuesto este **TRIBUNAL RESUELVE**: declarar la admisibilidad del remedio y disponer la nulidad de la resolución de fs. 103/106, remitiendo los obrados a Primera Instancia a fin de que con la intervención de juez hábil se dicte nueva resolución, siguiendo las recomendaciones expresadas en este decisorio (201, 203, 210, 231 bis y ccdtes. del C.P.P., Art. 18 de la Constitución Nacional).

Notificar electrónicamente al Ministerio Público Fiscal.

Hecho, devolver a la instancia de origen junto a los autos principales, donde deberá notificarse a la imputada y a la defensa, y proseguirse el trámite.