

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

Causa N° 4116-01-CC/15 Incidente de restitución en autos “Jofre, Aciar Cintia y otros s/ infr. art. 181 CP”

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 09 días de septiembre de 2015, se reúnen integrando la Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas los Dres. Elizabeth A. Marum, Marcela De Langhe y Sergio Delgado a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa pública contra la resolución que dispuso el allanamiento del inmueble de la avenida Nazca 728/30 a fin de hacer efectiva la restitución a la firma propietaria.

RESULTA:

I. En el presente proceso penal se investiga a un grupo de personas que en los primeros días de febrero del corriente año, en horas de la noche, descendieron de una camioneta e ingresaron al inmueble sito en la avenida Nazca 728/30, violentando la cerradura del portón de ingreso al garaje.

En esas condiciones se despojó a la “obra social de directivos y empresarios pequeños y medianos” –O.S.D.E.P.Y.M-, titular del inmueble en cuestión, de la tenencia del mismo.

Las conductas investigadas fueron calificadas por el representante del Ministerio Público Fiscal como constitutivas del delito de usurpación, previsto en el art. 181 CP, bajo los modos comisivos violencia y clandestinidad (conf. decreto de determinación de los hechos del 7/5/2015, fs. 204).

II. La Sra. Magistrada de Grado dispuso, con fecha 3/6/2015, el allanamiento de la finca en cuestión a fin de restituirla a la firma O.S.D.E.P.Y.M (fs. 296/301).

La Sra. Jueza arribó a tal decisión luego de analizar las declaraciones testimoniales, las pruebas documentales y las diligencias procesales llevadas a cabo durante esta etapa del proceso. Entendió que a partir de ellas es posible

acreditar la existencia del delito investigado, la verosimilitud del derecho de posesión de la firma O.S.D.E.P.Y.M respecto del inmueble sito en la avenida Nazca 728/30 de esta ciudad y el peligro en la demora.

III. La resolución referida fue objeto del recurso de apelación interpuesto que se agrega a fs. 303/15, que fue sostenido por su par ante esta Cámara mediante la presentación de fs. 333/6.

La Defensa Pública, además del cuestionamiento propiamente dicho a la resolución en crisis, introduce una serie de planteos de nulidad que denuncian: i) que la restitución del inmueble fue, en rigor, dispuesta por el fiscal de grado que carecería de competencia para ello y ii) el agente de la policía federal que ingresó el 20/2/2015 al inmueble objeto de despojo, identificó ilegítimamente a sus ocupantes pues carecía de una orden judicial a tal fin.

A su vez, el Sr. Defensor Oficial ante esta cámara, introdujo como nuevo motivo de nulidad, esta vez de la propia resolución en crisis, que consiste en denunciar que ella fue adoptada sin darse previa intervención a la defensa de los ocupantes del inmueble.

En lo estrictamente referido a la resolución en crisis cuestiona la recurrente que el daño a las cerraduras del portón del garaje de la finca no constituye uno de los medios comisivos previstos por la figura penal para tener configurado el delito –art. 181 inc. 1 CP-, la violencia refiere a la que se ejerce sobre las personas y no sobre las cosas. En consecuencia postula la atipicidad de las conductas investigadas.

Añade luego que no se recolectaron durante la investigación elementos suficientes, capaces de sustentar la verosimilitud del delito investigado.

Señala asimismo que la medida dispuesta es desproporcionada si se ponderan los fines que se procuran obtener y el impacto que provocará a los ocupantes del inmueble.

Finalmente cuestiona la inconstitucionalidad de la norma que sustenta la medida adoptada.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

IV. En ocasión de dictaminar el Sr. Fiscal ante esta Cámara brega por la confirmación de la resolución en crisis por los fundamentos que expone fs. 324/31; luego el incidente quedó en estado de ser resuelto.

La Dra. Elizabeth A. Marum dijo:

PRIMERA CUESTIÓN:

El recurso de apelación ha sido interpuesto en tiempo y forma por quien se encuentra legitimado para hacerlo.

A su vez las resoluciones que admiten o deniegan la restitución cautelar de inmuebles son susceptibles de irrogar el gravamen requerido por el art. 279 CPP (v.gr.: causas “N.N. -Virrey Liniers 192- s/ infracción art. 181 inc. 1 CP Usurpación -Despojo-”, N° 21954-01-CC/2008 del 14/11/2008, entre muchas otras).

En conclusión, el recurso de apelación bajo examen es procedente para estudiar los agravios que presenta.

SEGUNDA CUESTIÓN:

Tal como se resumió en las resultas, en el presente proceso penal se investiga a un grupo de personas que en los primeros días de febrero del corriente año, en horas de la noche, descendieron de una camioneta e ingresaron al inmueble sito en la avenida Nazca 728/30, violentando la cerradura del portón de ingreso al garaje.

La Sra. Magistrada de Grado dispuso, con fecha 3/6/2015, el allanamiento de la finca en cuestión a fin de restituirla a la firma O.S.D.E.P.Y.M (fs. 296/301).

1. Acerca de las nulidades introducidas por el Ministerio Público de Defensa.

Tanto en la apelación (fs. 303/15) como en su presentación ante esta instancia (fs. 333/6) la Defensa Pública introdujo tres planteos de nulidad que fueron sucintamente descriptos en las resultas.

Si bien aquellas cuestiones articuladas en el recurso no fueron propuestas ante la Sra. Juez de Grado sino recién en la impugnación, ella misma consideró que resultarían abstractas toda vez que se vinculan necesaria y directamente con los fundamentos delineados en su decisión, es decir que ya habrían sido, al menos en forma implícita, tenidos en cuenta al momento de resolver.

Ingresando en la apreciación de los planteos nulificantes en cuestión, resulta de un orden lógico abarcar el propuesto por el Sr. Defensor ante esta Cámara.

Al respecto se agravia el representante de la defensa pública pues considera que antes de adoptar la decisión cautelar en crisis se debió dar intervención a su ministerio a fin de ser oído y formular *“los planteos que (...) se ha visto privada de plantear en la instancia correspondiente y que ha tenido que introducirlos por la única vía hábil inmediata, esto es, el recurso de apelación”* (fs. 334).

La estricta perspectiva desde la que corresponde apreciar la procedencia de la declaración de invalidez solicitada permite descartar la característica del trámite señalada produzca una afectación al ejercicio de la defensa, desde el momento que, como el propio Defensor de Cámara reclama, se procederá al estudio de los planteos nulificantes propuestos por su par ante los estrados de la primera instancia.

En la inteligencia apuntada corresponde preguntarnos y responder si resulta descalificable que el fiscal, en el mismo acto que solicitó el allanamiento a la Magistrada para efectivizar la restitución del inmueble a la dueña, dispuso, *per se*, el reintegro del inmueble.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

A criterio de la recurrente, dicha porción del acto procesal fiscal debe ser anulada pues habría sido adoptada careciendo de competencia para emitir una decisión con dicho objeto.

En este aspecto no se advierte la actualidad del gravamen pues, más allá de las posibles interpretaciones que se proponen respecto del ejercicio del modo y oportunidad para ejercer la facultad que efectivamente reconoce el art. 335 CPPCABA al fiscal, lo cierto es que, en el caso, la restitución fue decidida por la autoridad jurisdiccional. De este modo, en definitiva, toda vez que la recurrente no identifica el modo concreto en que la disposición fiscal habría afectado derechos o garantías constitucionales, no puede procederse a la restrictiva declaración de nulidad.

Tampoco resulta procedente el planteo de nulidad de la identificación de los ocupantes de la finca que realizó un oficial de la policía federal con fecha 20/2/2015 (documentada a fs. 21/2). En dicha oportunidad el integrante de la fuerza de seguridad ingresó al inmueble de la avenida Nazca luego que se le franqueara el ingreso. En cuanto agravia a la recurrente, procedió a identificar a las personas que habitaban en ese momento en el lugar.

Para intentar esta declaración nulificante, cuyos efectos respecto de la medida en crisis tampoco explica con claridad la recurrente, ella señala que a fin de proceder a una identificación con tales características, el funcionario de la prevención habría incurrido en una injerencia en la intimidad de los ocupantes que solo era posible por medio de una orden de allanamiento. Explica que “el supuesto permiso” o la “ausencia de reparos” no permite justificar la omisión de orden judicial. En conclusión entiende que la actividad procesal en cuestión afectó la garantía contra la no autoincriminación, la inviolabilidad del domicilio y la defensa en juicio.

En torno a esta cuestión se advierte, en primer término, que la idoneidad de las manifestaciones de los imputados para autoincriminarse resulta una

cuestión fáctica propia del debate. Los ocupantes que, con fecha 20/2/2015, residían en el inmueble aportaron únicamente sus datos personales y de sus familiares. De lo actuado no se advierte que se los hubiese compelido a colaborar ni que se hubiera llevado a cabo un interrogatorio sino que, como se señaló, se los identificó. En este contexto no se vislumbra la afectación denunciada a derechos constitucionales.

Tampoco hace hincapié la recurrente acerca del modo en que la información que denuncia obtenida ilegítimamente fue utilizada en la decisión en crisis que dispuso la medida en cuestión. Es decir no argumenta, con la seriedad y contundencia que requiere una declaración de nulidad, la manera en que la diligencia de identificación de aquellos ocupantes incidió en la adopción de la medida bajo examen.

En conclusión, por los motivos expuestos y a partir de su restrictiva procedencia, los planteos nulificantes no logran demostrar una afectación cierta a derechos y garantías constitucionales, por ello corresponde rechazarlos.

2. Acerca del planteo de inconstitucionalidad del art. 335 CPPCABA.

En su recurso la defensa pública también postula la inconstitucionalidad de la norma de la base de la cual se dispuso la decisión que se busca conmovier.

Señala la recurrente que la aplicación de dicha norma, en esta oportunidad del proceso, vulnera el principio de inocencia, la defensa en juicio y la seguridad que se debe garantizar a la tenencia de inmuebles, aunque sea precaria

Al respecto, la jurisprudencia consolidada señala que la medida cautelar que trae la mencionada norma, en paridad con otras medidas precautorias de carácter procesal, tiene por objeto evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien la solicita, ello es la protección anticipada de los derechos que se invocan. Por otro lado, el lanzamiento sólo tiene el fin de hacer cesar los efectos del delito de usurpación respecto del cual debe concurrir verosimilitud en su comisión.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

En este sentido, se ha dicho, refiriéndose a un artículo similar en la normativa procesal nacional, que *“(l)a restitución del bien al denunciante no vulnera el estado de inocencia de quien resulta imputado en el proceso, siempre que resulta de disímil tratamiento la investigación relacionada con la posible participación criminal –por un lado- y lo concerniente al derecho a la propiedad –por el otro-, que es en definitiva el bien jurídico tutelado por la norma”* (CNCyC, Sala VII, C.32945 “Quiroga, Norma B.”, rta. 9/11/07).

Asimismo, resulta difícil advertir cómo la restitución del bien inmueble en cuestión, puede resultar asimilable a una sanción impuesta a los ocupantes de dicho bien, quienes indudablemente gozan de la presunción que se deriva del art. 18 CN.

En efecto, si se entiende por sanción la privación a una persona de un derecho (v.gr: la sanción de prisión priva de la libertad, la de multa de la propiedad, la inhabilitación del ejercicio de ciertos derechos) (cfr. Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, pág. 876), no se advierte cómo el desalojo de personas de un inmueble, respecto del cual no demuestran vínculo jurídico alguno, pueda entrañar tal situación, cuando el objetivo es poner fin al ilícito y restituir el bien al titular del derecho de propiedad.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia, en el Expte. 8142/11 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Incidente de apelación en autos: Gómez, Cristian s/inf.al art. 181 inc. 1 del CP”, rta. el 25/2/2013, –Voto de los Dres. Conde y Lozano- sostuvo que *“La orden de restitución no puede ser calificada como una pena o sanción anticipada porque, como el derecho de propiedad sobre el inmueble no queda abarcado por el ámbito propio del pleito, sería difícil hablar de una privación de ese derecho que pueda configurar una pena. En realidad, si la medida es dispuesta válidamente, la única privación que*

podría provocarle a sus ocupantes sería la de una ventaja, beneficio o “provecho”, cuyo mantenimiento, de acuerdo a los elementos que deben existir y valorarse en la decisión, carecería de un mínimo respaldo”.

Por otra parte, y en cuanto al principio de inocencia consagrado constitucionalmente los Dres. Conde y Lozano, en el precedente citado han manifestado que si bien el juez debe evaluar la verosimilitud del pedido de restitución del inmueble, “... *la ausencia de un pronunciamiento que cause estado, o, centralmente, de uno que se expida acerca de la culpabilidad en torno al ilícito investigado, impide considerar que la orden de restitución (cf. los arts. 335 CPP CABA y 23 CP) lesione el principio de inocencia...*” (TSJ, *in re* “Gómez”, antes citado).

En razón de todo lo hasta aquí expuesto, corresponde confirmar el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 335 4º párr. CPPCABA.

3. Acerca de los cuestionamientos dirigidos a los fundamentación que sustenta la resolución en crisis.

En la apelación bajo examen se señala que resulta desacertado el juicio de verosimilitud realizado por la Sra. Juez a quo acerca de la configuración del hecho delictivo. La Defensa refiere que a la fecha no se ha colectado ninguna prueba que explique cómo y cuándo ingresaron los supuestos imputados.

Ahora bien, puestos a observar los fundamentos brindados por la Magistrada advertimos que ellos permiten sostener razonablemente la hipótesis según la cual durante las primeras semanas del mes de febrero del corriente año se despojó a la “obra social de directivos y empresarios pequeños y medianos” – O.S.D.E.P.Y.M- de la tenencia del inmueble sito en la avenida Nazca 728/30, violentando la cerradura del portón de ingreso al garaje y despojando a la firma de la posesión del inmueble del que resulta titular.

La *a quo* halló sustento en la copia fiel del informe del registro de la propiedad inmueble del que surge que el bien en cuestión es propiedad de la obra

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

social despojada (fs. 78/80). A su vez tuvo en consideración la declaración de los denunciantes que relataron que, hasta la intrusión, detentaban la tenencia pacífica y que estaban llevando adelante el proyecto de demolerlo a fin de construir una clínica para sus afiliados (declaración de los apoderados Santiago Fabián Frías, fs. 46; Federico Nicolás Fernández en sede policial, fs. 1; petición de fs. 99).

Entendió además que las múltiples constancias que dan cuenta del estado de ocupación del inmueble resultan otro indicio del delito investigado (v.gr.: informes de fs. 156; acta de allanamiento de fs. 189, entre otras).

A su vez, sobre la base de las declaraciones testimoniales recaudadas, entendió que existen elementos para afirmar, en esta etapa del proceso, que la referida ocupación se verifica al menos desde la mañana de 18 de febrero del corriente año cuando el empleado de la obra social, Fabricio Valentín Fontenla, concurrió al inmueble y no pudo ingresar pues tanto la cerradura de la puerta de ingreso como la del garaje habían sido cambiadas (a fs. 65/6, se documenta la declaración).

En consecuencia tuvo por acreditado que para ingresar al inmueble y despojar de su tenencia a O.S.D.E.P.Y.M no existió otra posibilidad que ejercer violencia contra las cerraduras que impedían el ingreso (esto se desprende, tal como adecuadamente señaló la Magistrada, de las declaración prestada en sede fiscal por Santiago Fabián Frías, apoderado de la persona jurídica despojada, fs. 44).

Finalmente entendió que el peligro en la demora se tiene por configurado a partir de la necesidad de O.S.D.E.P.Y.M de iniciar la construcción de una clínica médica en este inmueble que adquirió el 25/4/2014.

Como se dijo, los intentos argumentales de la defensa pública no logran demostrar que la resolución en crisis sea irrazonable o se aparte de las constancias acreditadas en el legajo.

En síntesis, compartimos la conclusión acerca de que existen elementos suficientes para tener por verosímilmente acreditado el hecho y adoptar una decisión como la que se cuestiona.

4. Acerca de la violencia en las cosas como forma de configuración del delito verosímilmente acreditado.

Finalmente denuncia la recurrente en su impugnación que la rotura de las cerraduras no configura el supuesto de “violencia” que reclama la figura penal prevista en el art. 181 CP para que pueda afirmarse configurado el delito.

“[L]a violencia es tanto la vis física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación, como la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p .ej., cambiar las cerraduras o colocar una cadena con candado en la puerta de ingreso); se ha ampliado el concepto hasta definir que `hay violencia...cuando la oposición asuma entidad como para representar, aun de manera tácita pero seria, un anunciado despliegue de energía, humana o de otra índole, que signifique su real amenaza, o haga presumirla con visos de verosimilitud” (D’Alessio, Andrés José- Director- Divito Mauro A.- Coordinador, “Código Penal de la Nación- Comentado y anotado”, Tomo II, La Ley, 2ª edición, 2009, pág. 825).

En este sentido, y tal como se ha expresado en la Causa N° 53303-00-CC/09 “Budiño de Kaloper de Biondi, Susana Beatríz y otro s/art. 181 CP” (rta. el 9/3/2011) la acción de despojar puede producirse por invasión y también por permanencia o expulsión *“ya sea que el dueño esté presente, y por la fuerza se lo expulse, ya sea que el dueño esté ausente y se expulse a sus representantes, o finalmente que no se lo deje entrar ya que no es posible sacarle al propietario la cosa y llevársela, es preciso sacar al propietario de*

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

la cosa...” (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino, Tomo IV”, TEA 2000, pág. 526).

Así, y según lo expresado por Creus, violencia es la vis física que el agente despliega sobre las cosas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que puedan oponer a la ocupación que aquel procura, y también la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva, quien da como ejemplo el cambio de cerradura (Creus, Carlos, “Derecho Penal, parte especial, Tomo I”, Ed. Astrea, 1983, pág. 571), lo que puede ser perfectamente asimilado al supuesto traído a estudio del Tribunal en la presente causa, en el que se denuncia la rotura de un candado.

Por lo expuesto, este planteo tampoco logra conmover la resolución en crisis.

En conclusión, la decisión resiste solventemente los cuestionamientos que se le dirigieran y corresponde confirmarla.

La Dra. Marcela De Langhe dijo:

Adhiero a la solución que propone mi colega preopinante Elizabeth Marum por compartir sus fundamentos, a los que me remito y por los cuales decide rechazar los planteos de nulidad introducidos por el Ministerio Público de la Defensa; no hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 335 del CPPCABA y confirmar la resolución en crisis en cuanto fue materia de recurso.

Agregaré con relación a los agravios de la defensa referidos a la falta de fundamentación que sustenta la resolución en crisis y a la tipicidad de la conducta atribuida a sus pupilos, que de la lectura del artículo 335, párrafo último, del CPPCABA surge que para que la medida cautelar sea aplicable debe establecerse “*prima facie*” la existencia de un hecho ilícito, esto es,

habrán de reunirse mínimos indicios de que se está en presencia del delito de usurpación. De allí que la disposición exija “casos de usurpación” (ver en tal sentido, c. 43524-00-CC/2008, “Tubio, Pablo Martín”, rta.: 08/04/2009), extremo que la *A-quo* encontró verificado con el análisis de las constancias del legajo.

Esto obedece a que la restitución de inmuebles no resulta de aplicación automática, puesto que de esa forma se extendería ilegítimamente la letra de la norma invocada (ver en idéntico sentido, aunque analizando normativa nacional, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Sala V, c. 17.595, “Rizzuti, Lucio Oscar”, rta.: 17/12/2001; Sala IV, c. 20.793, “Lerín, Bautista Roque y otro”, rta.: 19/08/2003; y c. 32.791, Sala VI, “Cincunegui, Juan Bautista”, rta.: 24/08/2007).

En el caso que nos convoca, se imputa a un grupo de personas haber ingresado en forma clandestina y mediante violencia al inmueble sito en la Av. Nazca 728/30 de esta Ciudad, dañando las cerraduras del portón del garaje de la finca, hecho ocurrido en los primeros días y mediados del mes de febrero de 2015 (conf. decreto de determinación de los hechos de fs. 77).

De las constancias del legajo surge que la investigación se inició el día 18 de febrero de 2015, con la denuncia de Santiago Fabián Frías, apoderado de la “Obra Social de Directivos y empresarios pequeños y medianos” – O.S.D.E.P.Y.M–, dando cuenta que tomó conocimiento por un empleado de la firma, de nombre Fabricio Valentín Fontela que la finca sita en Av. Nazca 728/30 había sido ocupada por personas desconocidas. El inmueble había sido adquirido el 25 de abril de 2014, con el objeto de su demolición para la construcción de un centro de consultorios (fs. 46). Se aduna la denuncia formulada por Federico Nicolás Fernández, quien se desempeña como representante legal de firma mencionada, expresando el inmueble sito en la Av. Nazca 728/30, propiedad de la firma mencionada, se encontraba ocupado en forma clandestina por personas de identidad

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

desconocida que ingresaron violentando las cerraduras y el candado de la puerta de ingreso de la finca (ver denuncia a fs. 1/2 y copia de documentación a fs. 3/15) y el testimonio de Fabricio Valentín Fontela, empleado de la firma damnificada, que advirtió que las cerraduras del inmueble habían sido cambiadas (fs. 65/66).

El informe de la Dirección General de Atención Inmediata del GCBA, a través del Programa Buenos Aires Presente, dejó asentado el relevamiento de las familias que residen en el inmueble sito en la Avenida Nazca 728/730 de esta Ciudad (ver resultado del registro domiciliario ordenado a fs. 174/176 y 189/191).

Por otra parte, se ha constatado la verosimilitud en el derecho de quien solicitó la aplicación de la medida cautelar (ver denuncias de fs. 1/2 y 46; documentación de fs. 3/15 y fs. 47/62), encontrándose en consecuencia legitimada para reclamar su restitución.

La existencia del peligro en la demora y la proporcionalidad de la medida, fue correctamente fundada por la *A-Quo*. En este sentido, y en atención a su carácter cautelar, en virtud del cual una actuación tardía tornaría ilusorio el derecho del titular, que por esta vía se intenta proteger, encontró configurado tales extremos “*dado que la titular registral de la propiedad en cuestión resulta ser una obra social, dedicada a brindar servicio de salud a sus afiliados, quien ha acreditado haber adquirido el inmueble de la Av. Nazca 728/730 de esta Ciudad, con fecha 25 de abril de 2014, manifestando su intención de demolerlo para construir una clínica médica, tal como surge de la declaración del Sr. Fontela, como de la nota de baja de suministro que O.S.D.E.P.Y.M. presentó ante la empresa Edesur, en los días previos a la denuncia que motiva el presente legajo, esto es con fecha 13 de febrero del corriente año...*” (ver fs. 299).

De este modo, habiéndose acreditado la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, luce acertada la decisión de la A-Quo, toda vez que la restitución de bienes en los casos de usurpación está específicamente regulada en el art. 335 del CPP y no corresponde exigir más requisitos que los allí previstos.

En lo que hace a la tipicidad del comportamiento investigado el hecho fue subsumido por la Fiscalía en el delito de usurpación, mediante clandestinidad y violencia, previsto en el artículo 181, inciso 1º, del Código Penal, conforme surge del decreto de determinación de los hechos (fs. 77) y de la solicitud de allanamiento y restitución del inmueble (fs. 281/292).

El artículo 181, inciso 1º, dispone: *“El que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes [...]”*.

De acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, el material probatorio reunido permite acreditar, de manera provisoria, la violencia típica ejecutada para despojar a la firma damnificada del inmueble sito en la Avenida Nazca 728/30, de esta Ciudad mediante la invasión y permanencia de los intrusos en el lugar.

Sobre el particular ha de señalarse en primer que, la sala que primigeniamente integro se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sosteniendo en materia de interpretación del término “violencia” como medio comisivo de la usurpación, previsto en el art. 181 inc. 1 CP, una posición coincidente con la de la jurisprudencia y doctrina nacional mayoritaria en el sentido de que esa voz alcanza tanto a actos de violencia física sobre las personas como de fuerza en las cosas (cfr., por todos, Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1988, p. 527; entre los precedentes de este Tribunal, cfr. causa n° 32569-00-CC/2011, caratulada

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

“VIDOLETTI, Jorge Luis s/ inf. art. 181 inc. 1º, usurpación (despojo) C.P.”, rta. 16/9/2011; n° 40554-02-CC/2009, caratulada “INCIDENTE DE RESTITUCIÓN en autos N/N, Ocupantes del inmueble sito en Chacabuco 1044/46 s/ inf. art. 181 inc. 1º, usurpación (despojo) C.P.”, rta.: 5/5/2010; n° 15782-00-00/2010, caratulada “N.N., s/ infracción art. 181 inc. 1º usurpación (despojo) C.P. (p/L 2303)”, rta.: 26/4/ 2011; entre muchas otras).

De esta manera, entiendo que los hechos descriptos por la parte acusadora resultan subsumibles en el tipo penal referido y, en consecuencia, que no cabe hacer lugar a los agravios formulados a este respecto.

En segundo término, los cuestionamientos que la defensa introdujo en este punto se refieren también a cuestiones de hecho y prueba relativas a la acreditación de que sus asistidos hayan efectivamente llevado a cabo alguno de los actos que constituyen medios comisivos del delito de usurpación que se les imputara.

La hipótesis defensiva contrasta en este aspecto con la sostenida por el acusador, en cuanto le atribuyen, precisamente, el haber dañado las cerraduras puestas para proteger la propiedad.

De esta manera, no cabe hacer lugar a los agravios formulados a este respecto.

En consecuencia, voto por: I. RECHAZAR los planteos de nulidad introducidos por el Ministerio Público de la Defensa; II RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del art. 335 del CPP. III. CONFIRMAR la resolución de fs. 296/301 por medio de la cual se hizo lugar a la restitución del inmueble sito en la avenida Nazca 728/30 de esta ciudad en favor de los apoderados de la firma O.S.D.E.P.Y.N.

El Dr. Sergio Delgado dijo:

PRIMERA CUESTIÓN:

Sobre la admisibilidad del recurso interpuesto, coincido con mis colegas. El recurso de apelación bajo examen es procedente por lo que corresponde estudiar los agravios que plantea.

SEGUNDA CUESTIÓN:

En el caso se plantea una situación análoga a la que se verificara en la causa N° 001470-01-00/14, Incidente de apelación en autos Safiago, Walter y otros s/infr. art. 181, inc. 1 Usurpación (Despojo), resuelta el 11/12/2014 por esta misma Sala, entre otras muchas: no surge de las constancias de la causa que el ingreso al inmueble se haya visto acompañado de algún acto violento contra las personas, ni ha mediado ninguno de los otros medios comisivos previstos en el tipo penal del delito de usurpación.

La fuerza ejercida sobre una puerta o cerradura no permite la subsunción típica del delito aquí imputado por no ser éste uno de los medios típicos exigidos por el art. 181 del Código Penal: la fuerza en las cosas no es un medio comisivo del delito de usurpación.

La obra social que alegaba ser poseedora en el caso de autos no estaba ausente, dado que se trataba de una casa desocupada, es decir, en la que no había presencia física del poseedor permanente, por lo que no podía ausentarse de un lugar que no habitaba. Los actos mediante los cuales se ingresó al inmueble, cambiando las cerraduras de la puerta de ingreso del garage, aunque se hayan concretado de madrugada o con nocturnidad (lo que inexplicablemente se afirma pese a que no se logra precisar la fecha en la que se habrían efectuado), no pueden reputarse de clandestinos, dado que nadie habitaba la finca, por lo que no burlaron ningún intento de vigilancia.

En el caso analizado, entonces, la conducta reprochada no se subsume en ninguno de los medios típicos contemplados en el art. 181 inc.1 del CP.

No siendo compartida mi opinión sobre el punto anterior, debo señalar que, a mi criterio, corresponde hacer lugar a los planteos de nulidad efectuados

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

por la defensa oficial en primera instancia. En nuestro país los domicilios son inviolables y la policía no puede recibir declaración a los imputados.

Las dos garantías tienen amparo constitucional en el art. 18 de la Constitución Nacional y clara recepción en el Código Procesal Penal. En efecto, dispone el art. 18 de la Constitución Nacional que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y que el domicilio es inviolable (en el mismo sentido, art. 13.8 de la CCABA) y el art. 89 del Código Procesal Penal, reglamentando la primera garantía, bajo el título, “Prohibición de recibir declaración al...imputado...” dispone que “La policía y las fuerzas de seguridad no podrán recibir declaración al... imputado...- Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad. En este supuesto deberán previamente informar al imputado... en alta voz sus derechos de guardar silencio sin que ello importe presunción en su contra y de designar defensor...o contar con uno...de oficio. De lo actuado se labrará acta.”.

El art. 108 del CPP, por su parte, reglamenta la inviolabilidad del domicilio, que sólo autoriza a ordenar al tribunal mediante auto fundado.

La interpretación razonable de la disposición que, en el mismo cuerpo legal, autoriza al fiscal a disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia de un inmueble en los casos de usurpación (art. 335 último párrafo del CPP) sólo puede ser leída, para que no colisione con la reglamentación dada en el art. 108 del mismo texto legal a la garantía a la inviolabilidad de los domicilios, como referida a inmuebles en los que no hubiere domicilios.

En el caso, por ello, se ha incurrido en nulidades de orden general (por falta de intervención del juez, al allanar sin orden judicial y de los imputados, a quienes no se informó su derecho a guardar silencio antes de interrogarlos sobre su identidad) que, dado que involucran garantías constitucionales, deben ser

declaradas de oficio (conf. arts.72 incisos 1 y 3 y 73, en función de los previsto en los arts. 108 y 89 del CPP).

No siendo compartida mi opinión tampoco en este aspecto, debo señalar que no se ha demostrado que, en el caso, en el que se pretende desalojar a quienes hoy viven en el lugar y negaron ser quienes consumaron el despojo que aquí se investiga, exista peligro en la demora, dado que el inmueble, adquirido el 25 de abril de 2014, permaneció desocupado durante casi un año antes de que ingresaran los aquí imputados y se informó que existen planes para demoler el inmueble para construir en el lugar, claramente no de modo inmediato, dado que el 13 de febrero de 2015 (antes de que ocurriera el hecho aquí denunciado), se reiteró la solicitud de baja del servicio eléctrico en la finca (ver fs. 81/2) que, presentada en el mes de septiembre de 2014 aún no había sido proveída, lo que impedía iniciar los trámites de obra nueva ante la autoridad competente. La falta de diligencia para instar dicho asunto demuestra claramente la inexistencia de urgencia requerida en el caso.

Respecto de la nulidad opuesta por el Sr. defensor de cámara, coincido con mis colegas. Conforme lo he dicho anteriormente, la decisión e implementación de medidas cautelares debe efectuarse inaudita parte.

Por ello, no compartiéndose mi opinión respecto de la nulidad que se ha opuesto en estos autos y resultando atípico el medio comisivo y no habiéndose invocado razones de urgencia que lo justifiquen, no es posible otorgar la medida pedida por el fiscal, debiendo recurrir la interesada, por la vía que resulta pertinente ante lo que considera una ocupación ilegítima. Materia ésta del fuero civil, que dispone de todos los recurso necesarios para ponerle fin. Es mi voto.

Por las razones expuestas, este Tribunal por mayoría

RESUELVE:

I. RECHAZAR los planteos de nulidad introducidos por la Defensa Pública.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

II. RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del art. 335 CPPCABA.

III. CONFIRMAR la resolución en crisis en cuanto fue materia de recurso y dispuso hacer lugar al allanamiento de la finca de la avenida Nazca 728/30 de esta ciudad a fin de efectivizar su restitución a la firma O.S.D.E.P.Y.M por medio de sus apoderados.

Regístrese, notifíquese mediante cédula de carácter urgente y, oportunamente, remítase al Juzgado de Primera Instancia a sus efectos.