

Expte. nº 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/infr. art. 181, inc. 1, CP’”

Buenos Aires, 25 febrero de 2013

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

1. Como se señaló en el pronunciamiento de fs. 54/55, la presente queja fue interpuesta por el Defensor General de la Ciudad ante la denegación del recurso de inconstitucionalidad que la defensora de Natalia del Rosario Monsalvo Velázquez había deducido —a su vez— contra la confirmación de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (Sala II) de lo resuelto por la titular del Juzgado en lo PCyF nº 3 (fs. 15/19). La jueza de primera instancia había dispuesto, en el marco de un proceso penal iniciado por la presunta comisión del delito de usurpación, el reintegro a su titular de la finca sita en la calle Lafuente 1550, torre 3, piso 10º, departamento “A”, en los términos del art. 335, 4º párrafo, CPPCABA (fs. 4/6).

2. La Defensora Oficial cuestionó, en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 22/31), la validez del art. 335 del CPPCABA y la sentencia de la Cámara por afectar la garantía de la defensa en juicio, del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la vivienda y la inviolabilidad del domicilio.

3. La Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad porque entendió que la decisión cuestionada no revestía el carácter de sentencia definitiva y que la recurrente no había logrado demostrar la existencia de un verdadero caso constitucional (fs. 34/37).

4. El Defensor General sostuvo en la queja que el Tribunal debía expedirse sobre el planteo porque “la aplicación de la medida cautelar de lanzamiento preventivo, tal como está prevista en el Código Procesal Penal

de la Ciudad, y en las condiciones en que pretende ser aquí implementada, impide que la persona destinataria de dicha medida de fuerza pueda discutir acerca de la conveniencia y necesidad de llevarla a cabo, pues no prevé la posibilidad de cuestionar la racionalidad de la decisión, desconociendo el ejercicio de control por parte de la defensa sobre las razones del MPF, sin un verdadero acceso a la investigación, a conocer la imputación y las pruebas”.

5. Al contestar la vista, el Fiscal General de la Ciudad postuló el rechazo de la queja por considerar que las decisiones en materia de medidas cautelares no eran equiparables, por regla, a una sentencia definitiva y porque tampoco se había demostrado que en el caso se estuviera ante un supuesto de excepción (fs. 59/60).

6. Una vez que las actuaciones se encontraban en condiciones de ser resueltas (fs. 61), de la deliberación efectuada entre los magistrados resultó la necesidad de integrar el Tribunal (cf. fs. 62), diligencia que fue cumplida conforme surge de fs. 63/64.

Fundamentos

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. La queja fue interpuesta por escrito, ante el Tribunal y en tiempo oportuno (art. 33, ley n° 402). Sin embargo, no puede prosperar.

La decisión contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad que la queja viene a defender no constituye sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley n° 402, ni puede ser equiparada a tal, con fundamento en las garantías que se invocan. Reiterados pronunciamientos del Tribunal aclaran que, en principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no tienen tal entidad y el caso traído a estudio de este Tribunal no constituye excepción a este criterio, conforme a las variadas interpretaciones sostenidas acerca de la excepción (cf., entre otros, “*Ministerio Público — Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—’*”, expte. n° 3338/04, resolución del 1/12/2004; *mutatis mutandi* “*Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benitez, Sergio David s/ art. 189 bis del CP’*”, expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007 y “*Quiroga, Gabriela s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Quiroga, Gabriela s/ inf. art. 111 CC’*”, expte. n° 7512/10, resolución del 23/3/2011, como sus citas).

2. La defensa oficial no se hizo cargo de rebatir, en sus presentaciones, los argumentos expuestos por los jueces de la Cámara al confirmar la decisión de primera instancia que dispuso el reintegro de la finca habitada por los imputados y al declarar inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

En efecto, los jueces trataron ampliamente los agravios planteados en la apelación y los descartaron del siguiente modo: respecto de la cuestionada validez constitucional de la norma procesal (art. 335 del CPPCABA) dijeron que no afectaba el estado de inocencia dado que, como todo instituto cautelar, tendía a asegurar los fines del proceso para evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien pedía la restitución del inmueble, y tampoco importaba una pena anticipada porque el procedimiento penal no se agotaba con el reintegro del inmueble a su titular.

Respecto a la pertinencia de la medida adoptada, explicaron que se había demostrado: **a)** que el titular registral de la unidad era la Comisión Municipal de la Vivienda —hoy Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires— y el Sr. Jorge Antonio Vázquez su legítimo adjudicatario; **b)** que el ingreso a la finca por parte de uno de los imputados de la causa fue de modo violento; **c)** que esa persona había amenazado al Sr. Vázquez, cuando intentó regresar, y también a su hija; **d)** que el contrato de locación y un recibo de pago acompañados por la imputada no habían sido firmados por el adjudicatario de la vivienda; **e)** que los dichos de Natalia Monsalvo habían sido controvertidos por el resultado de un peritaje scopométrico. Con esos elementos de juicio los jueces concluyeron que el peligro en la demora para justificar la medida cautelar se encontraba correctamente fundado toda vez que la vivienda ocupada era el único lugar de residencia que poseía el Sr. Vázquez (y su familia), quien por ese motivo estaba viviendo en un Hogar de Día.

Finalmente, también destacaron que la imputada Monsalvo había concurrido en una oportunidad a la Fiscalía a fin de ejercer su descargo y luego, al ser convocada en los términos del art. 161 del CPPCABA, no compareció, razón por la cual —aclararon— no podía afirmarse que los imputados no habían sido individualizados o que no habían tenido oportunidad de ejercer sus defensas.

De todos esos argumentos la defensora únicamente refutó parte de los brindados por la Cámara para descartar la afectación del derecho de defensa en juicio en el caso, señalando que en la oportunidad en que se presentó ante la Fiscalía la señora Monsalvo aún no contaba con su asistencia técnica. Sin embargo, la defensa soslayó el resto de los fundamentos brindados en la sentencia, limitándose a reiterar los planteos efectuados en el recurso de apelación. Por esa razón, los camaristas sostuvieron, al denegar el recurso de inconstitucionalidad, que la Defensora Oficial había utilizado los mismos argumentos que la Sala ya había desechado, sin hacerse cargo de controvertir los fundamentos de la sentencia recurrida.

Se imponía entonces, en la queja, refutar esa aseveración de los jueces, pero tampoco en este caso se cumplió con dicha carga procesal. Por el contrario, el señor Defensor General prácticamente no hizo ninguna alusión a las razones dadas por los magistrados tanto para confirmar el decisorio de primera instancia como para denegar el recurso de inconstitucionalidad. Por el contrario, procedió a efectuar una crítica genérica a la aplicación, en los procesos penales, de la norma del art. 335 del CPPCABA invocando el desconocimiento, por parte de los magistrados, de las exigencias establecidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pero sin vincularlas con las circunstancias concretas de la situación procesal de su asistida y omitiendo toda referencia a que la medida cautelar se impuso, entre otras razones, para evitar que el presunto delito de usurpación siguiera produciendo sus efectos.

3. Cabe recordar, al respecto, que “la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (cf. “*Carrefour Argentina SA s/ recurso de queja*”, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. II, ps. 20 y siguientes). En suma, es la falta de fundamentación adecuada del recurso incoado el motivo que determina la improcedencia de la vía.

Sin perjuicio de que la insuficiencia señalada impide habilitar la competencia de este Estrado, *obiter dicta*, me permito señalar que, con las matizaciones del caso, no me apeo del criterio que sustentara en una causa con la que ésta guarda un determinado grado de analogía (“*Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*”, expte. n° 1556/02, sentencia del 7 de octubre de 2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. IV, ps. 458 y siguientes).

De todos modos, muchas de las observaciones que pudieran formularse al procedimiento tal cual está instituido en el art. 335, CPP, logran superarse a través de las pautas fijadas en el protocolo de actuación contenido en la Resolución FG 121/08.

4. En esas condiciones, corresponde rechazar la queja de fs. 42/51. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida (art. 34, segundo párrafo, ley n° 402), corresponde diferir su consideración a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado según constancias de fs. 39/41 (cf. “*Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Feng Chen Chih s/ art. 40 CC —apelación—*”, expte. n° 2212, resolución del

11/06/2003, en Constitución y Justicia, [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, ps. 376 y siguientes).

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano dijeron:

1. Este Tribunal tiene dicho que las decisiones que acuerdan o deniegan medidas cautelares no configuran la “sentencia definitiva” a la que se refiere el art. 27 de la ley n° 402; y la defensa no ha acreditado que corresponda hacer excepción a esa regla en el *sub lite*.

1.1. La defensa sostiene que el 4º párrafo del art. 335 del CPPCABA, que autoriza “[e]n los casos de usurpación de inmuebles” a ordenar el reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, es inconstitucional porque permite que la restitución sea ordenada sin que se escuche a los “afectados”, circunstancia que, afirma, viola la garantía de defensa en juicio, el debido proceso y la presunción de inocencia.

Si bien esa tacha suscitaría, como principio, la intervención prematura de este Tribunal, los planteos en que se funda no encuentran correlato con lo ocurrido en el *sub lite*. Según surge de las constancias de la causa, sin que exista controversia al respecto, la “afectada” por la medida dispuesta por los jueces de mérito, la Sra. Natalia del Rosario Montalvo Velázquez, no sólo tomó conocimiento del pedido de restitución con carácter previo a que se ordenase esa medida, sino que, entre otros: (i) ofreció prueba, la que fue valorada por los jueces de mérito; (ii) fue citada a responder por el hecho cuya comisión se investiga (cf. el art. 161 del CPPCABA); y (iii) cuenta con la asistencia de la defensa oficial. En suma, la defensa no ha acreditado el perjuicio que invoca.

1.2. En efecto, conforme tuvo por probado la Cámara, sin que exista controversia al respecto:

(i) las actuaciones se iniciaron, el 27 de julio de 2009, con una denuncia de la Sra. Gabriela Fabiana Vázquez. Señaló que vivía con su hija, de 14 años, y su padre, el Sr. Jorge Antonio Vázquez en el departamento sito en la calle Lafuente 1550, Torre 3, Piso 10, Departamento A y que al regreso de sus vacaciones encontró que la puerta de entrada a su vivienda estaba rota, sin cerradura y al intentar ingresar a su casa fue atendida por un vecino, Cristian Gómez, quien le dijo que había echado a su padre de la propiedad, y que si intentaba entrar la iba a matar (cf. fs. 4 y 17 vuelta de la sentencia de Cámara);

(ii) luego, se colectaron diferentes elementos de prueba: a) la declaración testimonial del subinspector Sergio Daniel Quintana, quien se constituyó en el domicilio e identificó a los ocupantes; b) un peritaje

realizado sobre la puerta del inmueble; c) un informe de una comunicación telefónica mantenida con el Sr. Jorge Antonio Vázquez; d) el informe de dominio efectuado por el Registro Nacional de Propiedad Inmueble; e) un informe realizado por el Cuerpo de Investigaciones Judiciales del Ministerio Público Fiscal, donde se asentaron las declaraciones de algunos vecinos; f) el informe de la Guardia de Auxilio y Emergencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; y g) el informe realizado por el personal del Programa Buenos Aires Presente;

(iii) la hoy recurrente, Natalia Monsalvo, se presentó ante la Fiscalía nro. 4 afirmando que "...concurr[ía] en virtud de que recibió un mandamiento para que h[iciera] un abandono voluntario de la referida vivienda [, la ubicada en la calle Lafuente 1550, Torre 3, Piso 10, Departamento A,] y sost[uvo] que en el mes de marzo de este año celebró un contrato de alquiler con el Sr. Jorge Vázquez..." (cf. fs. 5 de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara, cf. fs. 19). En esa oportunidad, acompañó "...el contrato original y [un] recibo por la suma de pesos cuatro mil (\$4000)" (cf. fs. 5 de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara);

(iv) con posterioridad, se agregó el acta labrada por el oficial de justicia Christian Cazenave, donde se dejó constancia que la Sra. Natalia Monsalvo atendió la puerta del inmueble cuya usurpación denunció la Sra. Vázquez, quien dijo vivir allí con su hija, de dos años, su hermana, Romina Monsalvo, y sus dos sobrinos, de 3 y 4 años (fs. 5 de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara);

(v) el primero de julio de 2010 prestó declaración el Sr. Jorge Antonio Vázquez, quien desconoció las firmas del contrato de locación y recibo acompañados por Monsalvo (cf. 5 de la sentencia de primera instancia y fs. 17vuelta de la sentencia de Cámara);

(vi) se realizó un peritaje "scopométrico", donde se concluye que "no pertenecen al Sr. Jorge Antonio Vázquez la firma ubicada en el sector izquierdo sobre la leyenda que reza 'firma locador' de la primera hoja del contrato de locación (ley n° 23.091) y la firma ubicada en el sector inferior derecho del recibo" (cf. fs. 5vuelta de la sentencia de primera instancia que confirmó la Cámara, y 17vuelta de la sentencia de Cámara);

(vii) también, el informe de la comunicación telefónica mantenida con otra persona que vive en el edificio ubicado en la calle Lafuente 1550, el Sr. Luis Lederman (cf. fs. 5vuelta de la sentencia de primera instancia);

(viii) el 23 de septiembre de 2010, el Sr. Jorge Antonio Vázquez solicitó el reintegro del inmueble (cf. fs. 5vuelta de la sentencia de primera instancia);

(ix) la Sra. Natalia Monsalvo fue citada el día 17 de septiembre de 2010 en los términos del art. 161 del CPPCABA, empero no compareció (cf. fs. 18vuelta de la sentencia de Cámara);

(x) el fiscal Rozas solicitó a la justicia penal, contravencional y de faltas que se librase orden de allanamiento "...sobre el inmueble de la calle Lafuente 1550, torre 3, piso 10, departamento 'A', de esta Ciudad, a fin de

materializar el procedimiento de restitución a su propietario, de acuerdo a los previsto en el art. 335, *in fine*, del Código Procesal Penal de la C.A.B.A.” (fs. 1/3 y 5vuelta de la sentencia de primera instancia).

1.3. La Cámara entendió, sobre la base de esas constancias, que estaba acreditada la apariencia de buen derecho que debe preceder al dictado de la medida requerida, destinada a hacer cesar la comisión del delito tipificado por el art. 181 del CP, o sus efectos. En palabras de la Cámara: “...tanto con los elementos de cargo hasta aquí reunidos, apuntados en el presente decisorio, como en función de los restantes glosados en el legajo y valorados por el *a quo*, se halla acreditado, con el grado de provisionalidad propia de la etapa en que éste transita, el desalojo ilegal por personas ajenas a la finca sita en la calle Lafuente 1550, torre 3, piso 10, depto. ‘A’ de esta [C]iudad, en perjuicio de los damnificados Jorge Antonio Vázquez, Gabriela Fabiana Vázquez y su hija...” (fs. 18vuelta de la sentencia de Cámara).

En ese orden de ideas, la Cámara sostuvo que: (i) los testimonios reunidos permiten tener por acreditado, o por presumible, “...el obrar ilícito perpetrado por Cristina Gómez, quien ingresó ilegítimamente junto a su familia a la unidad de marras a través de la violencia ejercida en la puerta de ingreso...” (cf. fs. 17vuelta/18); y la “...ocupación ilegal que luego protagonizaran Natalia y Romina Monsalvo” (fs. 17vuelta); (ii) las conclusiones del peritaje “scopométrico” realizado sobre la prueba aportada por la parte recurrente (un contrato de alquiler y un recibo firmado por el Sr. Jorge Antonio Vázquez) daba cuenta de que las firmas en esos instrumentos no pertenecían al Sr. Jorge Antonio Vázquez, lo que justificó la remisión de testimonios para que se investigara en la órbita pertinente la posible comisión de un delito; (iii) el peritaje practicado sobre la puerta del inmueble permitía extraer “...que la abertura examinada se encontraba sin cerradura, observándose en su lugar daño y signos de forzamiento, al igual que en el marco de la puerta” (cf. fs. 18); y (iv) de los datos suministrados por el Registro de la Propiedad Inmueble y por el Instituto de la Vivienda de la CABA surgiría que el Sr. Vázquez, a quien se ordenó reintegrar el inmueble, era su propietario. Asimismo, la Cámara destacó que la Sra. Natalia Monsalvo no había comparecido a la citación en los términos del art. 161 del CPPCABA, y sostuvo que si se aceptara la tesis de la defensa “...bastaría que la misma [, la Sra Monsalvo,] dej[ara] de acudir una y otra vez [al mencionado acto] para frust[r]ar el lanzamiento” (fs. 18vuelta).

Finalmente, el *a quo* señaló que el Sr. Vázquez “se encontraba viviendo en el ‘Hogar de Día Santa Ana y San Joaquín’” (fs. 18 vuelta).

1.4. Esa decisión, tal como destacaron los jueces de mérito, tuvo por objeto hacer cesar una conducta que se estimaba, *prima facie*, delictual, o sus efectos. En modo alguno importó emitir una decisión judicial acerca de la validez del contrato de alquiler acompañado por la Sra. Monsalvo, ni ello

habría sido posible. El contrato sólo pudo ser valorado a los fines del objeto del proceso penal. Los derechos de propiedad allí involucrados no son el objeto de este proceso. De hecho, la decisión no buscó apoyo exclusivamente en esa prueba, ni habría podido encontrarlo. Ella se sustentó, principalmente, en aquella otra que daba cuenta de los indicios de una conducta que el art. 181 del CP sanciona; el ingreso a una propiedad por medio de violencia y/o amenazas; prueba que no se vio desvirtuada, a juicio de los magistrados, por el contrato y recibo acompañado por Monsalvo. El juez penal está llamado a juzgar acerca de la existencia de alguna conducta que dé cuenta del “despojo”, total o parcial, de la posesión o tenencia de un inmueble por medio de: violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad (cf. el art. 181 del CP). Para que resulte válida la orden que disponga la restitución provisora del inmueble, los elementos de prueba reunidos deben dar cuenta de alguna de esas conductas. Ello es así, porque si no se halla acreditada suficientemente alguna de esas acciones, no se podría afirmar válidamente que la medida adoptada tiene por objeto hacer cesar la comisión de la conducta tipificada por el art. 181 del CP, o sus efectos. En otras palabras, cualquiera sea la validez de los actos celebrados con relación al inmueble de que se trate, no es competencia del juez penal valorarlos, sino juzgar aquellas conductas imputadas que constituyan un ilícito penal.

1.5. La defensa viene señalando que la medida de restitución fue ordenada sin que se le hubiera permitido a su asistida, la Sra. Natalia Monsalvo, probar si “...disponía del derecho a vivir en la finca de marras” (cf. fs. 47 de la queja). En línea con ello, sostiene que los jueces de mérito debieron garantizar, con carácter previo al dictado de la medida cautelar, el “contradictorio”.

Empero, el *a quo* examinó los elementos de prueba con que contaba (entre los que se encontraban pruebas aportadas por la hoy recurrente) ordenando la medida cautelar aquí cuestionada; medida que, por su carácter, no causa estado, extremo, este último, del que tampoco se hizo cargo la defensa.

A su vez, la Sra. Monsalvo no sólo tomó conocimiento de las actuaciones con carácter previo a que se dictara la medida aquí cuestionada, sino que ofreció prueba —un contrato de alquiler y un recibo— que fue valorada por los jueces de mérito, y en sus presentaciones posteriores no ha indicado otra prueba de la que hubiera pretendido valerse, cuya producción le hubiera sido negada por los jueces de mérito. De ahí que no se advierte, ni la defensa lo explica, que Monsalvo no hubiera podido probar la verosimilitud del derecho que sostiene le asiste, con carácter previo a la adopción de la medida.

En segundo lugar, y aunque la defensa no aborde la cuestión en la queja, no se observa qué efectos perniciosos le habría podido generar a Monsalvo no haber contado con asistencia técnica cuando se presentó ante

el fiscal, puesto que a ese tiempo no era parte en el proceso penal y el art. 29 del CPPCABA limita la asistencia del defensor oficial al imputado.

En tercer lugar, la parte recurrente sostiene que no se trabó un “contradictorio” en el *sub lite*, pero no se hace cargo ni de la jurisprudencia de este Tribunal y de la Cámara acerca de que no es el ámbito para trarlo ni de que la Sra. Monsalvo fue citada con arreglo a lo previsto en el art. 161 del CPPCABA y no se presentó. La defensa, cuando menos, debió hacerse cargo de ese hecho si pretendía afirmar la ausencia de un “contradictorio”; también para sostener que su asistida “...no ha sido siquiera anoticiada de modo preciso cuál es el hecho que se le imputa” (cf. fs. 44vuelta). Si bien, con arreglo a la doctrina aquí sentada, no es un requisito para la procedencia de la restitución del inmueble que se le impute un delito al posible “afectado”, lo cierto es que en el caso esa imputación se intentó llevar a cabo, aun cuando toda la argumentación de la defensa soslaye ese suceso. A su vez, la defensa también omite controvertir el argumento de la Cámara con arreglo al cual si la medida de restitución quedaba supeditada al cumplimiento por parte de la Sra. Monsalvo de la citación en los términos del art. 161 del CPPCABA, la restitución quedaría sujeta a un hecho cuya ocurrencia dependería únicamente de la voluntad de la Sra. Monsalvo, es decir, el de presentarse a escuchar aquella imputación.

Finalmente, la defensa sostiene que la decisión fue adoptada sin que se tuviera en cuenta la “...verosimilitud de la ocurrencia del hecho” que se investiga, sin hacerse cargo de las razones que dieron los jueces de mérito para su dictado.

1.6. En suma, aunque no fuera necesario para ordenar la restitución, la “afectada” tomó conocimiento de la actuaciones, ofreció prueba y fue citada a declarar en los términos del art. 161 del CPPCABA por la comisión de la conducta que aquí se investiga, todo, con carácter previo a que se ordenara la restitución. De nada de eso se hizo cargo la defensa. Por el contrario, se limitó a afirmar que su asistida no había tenido oportunidad de demostrar su derecho a vivir en el inmueble, pero sin conectar esos dichos con lo que efectivamente ha ocurrido en la causa.

Por su parte, la verosimilitud de la solicitud de reintegro, así como la necesidad de evitar la continuidad de lo que *prima facie* se consideró una conducta delictual han sido valoradas por el *a quo* con apoyo en un precepto legal y con respaldo en elementos de hecho y prueba (entre los cuales se encontraron pruebas acompañadas por la parte recurrente) que no fueron rebatidos por la defensa y, por tanto, exceden las atribuciones de este Tribunal (art. 27 ley n° 402).

1.7. Finalmente, los planteos dirigidos a sostener que el art. 335 del CPPCABA pone en vilo el derecho a la vivienda de quienes “ocupan” el inmueble (fs. 22/31) resultan insustanciales porque la defensa no

controvierte ni los hechos de la causa, ni la doctrina que tiene sentada este Tribunal en la materia (cf. el último párrafo del punto 9.5. de este voto).

1.8. No obstante todo lo expuesto más arriba, el enjundioso desarrollo de los votos de la Dra. Ruiz y del Dr. Corti nos lleva a analizar *obiter dictum* la cuestión en torno al art. 335 del CPPCABA de manera sistémica, es decir, globalmente, con el objeto de que lo aquí expuesto muestre cómo tiene en mira la solución de otros casos regidos por esa regla, tal como lo han hecho aquellos votos.

Este Tribunal, como ocurre habitualmente con los que encabezan un Poder Judicial, sea local o federal, tiene como modo de acción la formulación de doctrina, antes que abocarse a los hechos de una causa; materia, esta última, cuya resolución es, como principio, privativa de los jueces de mérito. La aplicación posterior de esa doctrina permite que el orden jurídico tenga un contenido uniforme para todos los casos que el Poder Judicial resuelve.

La actuación del Tribunal en el supuesto del art. 113, inc. 3, de la CCBA está, empero, circunscripta a causas, no se pronuncia en abstracto, cosa que ocurriría tanto en el supuesto de no tener una presente, como en el de sentarla para asuntos ajenos a ella. Sin embargo, al tiempo de sentar la doctrina para la solución de un caso no debe serle ajena la consideración de otros supuestos a los que deba aplicársele la misma regla. Tenerlos en mira, dentro de sus posibilidades, permite que la solución elaborada no arroje un resultado imprevisto y, por sobre todo, incoherente. Es que son los jueces quienes, en definitiva, deben asegurar que los órdenes jurídicos sean sistemáticos, no en el sentido de Austin o de Kelsen de provenir las reglas de una autoridad o un modo de creación común, sino en el sentido de constituir un conjunto de reglas consistentes y en lo posible completas. Ello así, por la perspectiva con que les toca abordar esa aplicación.

Cierto es que el juez debe ser extremadamente cuidadoso al cumplir su función con ese alcance, puesto que corre el riesgo de exceder la consideración de supuestos previsibles como campo de prueba de su interpretación para resolver en abstracto como lo haría el legislador y sin haber oído a quienes podrían ser partes del debate en esas eventuales contiendas.

Introducción:

2. Comenzaremos por recordar algunas premisas imprescindibles para comprender la cuestión acerca de la que nos toca pronunciarnos.

2.1. Las contiendas de la especie de la que nos ocupa no son siempre ni exclusivamente entre particulares, ni son privadas las acciones que instan la actuación judicial. Por el contrario, es el Estado, mediante el

ejercicio de la acción pública, el que promueve la intervención del Poder Judicial (cf. el Título XI del Código Penal, y los arts. 3 y 4 del CPPCABA).

2.2. El bien en juego, a diferencia de lo que sostiene el Dr. Corti, no es la propiedad de un dueño¹.

El Dr. Corti parte de la premisa de que el derecho protegido penalmente es el de propiedad de quien es despojado de la posesión de un inmueble. En línea con esa conclusión, sostiene que el reintegro provisorio del inmueble que regula el artículo 335 del CPPCABA puede ser caracterizado como una medida “autosatisfactiva” (cuestión que retomamos más abajo y en los puntos 8 a 8.2. de este voto).

2.3. El proceso penal no está diseñado para la tutela del derecho de dominio ni otros de propiedad de un titular, sino para el aseguramiento de un orden público que se vería perturbado por la afectación de un derecho de propiedad, generalmente, pero no siempre, de un titular privado, contra el cual va dirigido el delito cuya presunta comisión se investiga. En verdad, todo el derecho penal está dirigido a generar un escenario en el cual haya un generalizado respeto por los bienes que las normas tutelan antes que a reponerlos o compensar las afectaciones singularmente cometidas contra ellos. Puesto en otros términos, una cosa es el bien tutelado por la norma penal, y otra el objeto del proceso. Así como en el homicidio (cf. el art. 79 del CP) el bien tutelado es la vida y el objeto del proceso penal la conducta del presunto homicida, en la usurpación el bien tutelado es la propiedad, posesión o tenencia del inmueble y el objeto del proceso la conducta de quien lo usurpa, no los derechos de propiedad en torno al inmueble usurpado. La reparación del bien tutelado, la vida en el primer caso o la propiedad en el segundo, podrá ser objeto de un proceso civil, empero no es el centro del penal, aun cuando el art. 12 del CPPCABA permite reunir la acción resarcitoria a la penal, supuesto en que quedaría extendido el objeto del proceso, pero, no eliminaría este central al que nos venimos refiriendo. De este modo, el derecho busca asegurar un bien público distinto de la vida o la propiedad que tienen titulares personales. Ese bien podría ser denominado la paz social, pero, más allá del modo en que nos refiramos a él, lo cierto es que se trata de un bien de todos los que convivimos en una sociedad con la certeza de que las posibilidades de que alguien nos prive de nuestros bienes sean relativamente bajas.

El profesor Günther Jakobs se refiere a esa cuestión en los siguientes términos: “El carácter público del conflicto: Evidentemente las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo

¹En palabras de Corti “d) equilibrar de forma justa los derechos de todas las partes involucradas sin afectar el sentido práctico de la institución (reestablecer el derecho real afectado)” (punto 11.4 de su voto).

para reacciones estatales (...). Pero (...) de las infracciones de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público, si es que se trata de normas legítimas de Derecho penal. Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observación general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual 'persona singular', sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social. Ejemplo: La propiedad tiene para muchos el valor propio de los bienes existenciales, mientras que por el contrario la respetan muy poco algunas personas, naturalmente menos numerosas; no obstante, la protección jurídico-penal de la propiedad tiene lugar sin atender precisamente al propietario, y desde luego no sólo por la necesidad, ineludible en la práctica, de generalizar al concebir las normas jurídicas, sino también y previamente por la orientación de la protección al significado de la propiedad para la sociedad en su conjunto. Esta perspectiva pública no excluye que se considere, en un delito contra la propiedad, la afección individual de la víctima, pero esta afección debe ser demostrable a su vez como asunto público (como el efecto coactivo del hurto), si es que ha de influir al menos en la medida de la pena." (Günther Jakobs, "Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", p.12, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, el subrayado no pertenece al original).

2.4. Es por ello que la acción es pública y aunque se admita en la legislación procesal local la participación del particular damnificado (cf. el Capítulo 3º del Título I del CPPCABA), no se debe olvidar que la acción, tal como destacamos más arriba, es conferida por la legislación común emitida por el Poder Legislativo Nacional y éste la ha investido en un único titular: el pueblo. Esto es lo que se dice más brevemente cuando se habla de acción pública. Es decir, que la acción sea pública da cuenta de que hay un interés del pueblo en que no existan "usurpaciones". No del pueblo de la CABA por los delitos cometidos en la CABA sino del de toda la República por los delitos cometidos en todo su territorio, aun en el de la CABA. Si el interés en juego fuera uno exclusivamente individual, la acción habría sido organizada por el Congreso como dependiente de instancia privada o, directamente, como privada. En ese orden de ideas, en varias partes de los fundamentos que se expusieron en el Congreso al tratar la modificación del CP que dio lugar al actual texto del artículo 181 del CP se destaca el interés social que existe en que no hayan "usurpaciones" (cf. "Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 58ª Reunión —25ª Sesión Ordinaria— 8 de febrero de 1995", p. 5994, y "Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación 30ª Reunión —Continuación de la 4ª Sesión Ordinaria de Prórroga (especial)—, diciembre 7 de 1993", p. 3707 y 3708). A su turno, es deber de los jueces locales buscar que las soluciones a las controversias que son puestas a su consideración se encuentren dentro del

espectro que dan tanto la Constitución nacional y la local, como las leyes de ambas jurisdicciones.

En el modo en que está prevista en el CP, la acción no puede ser renunciada por el titular del dominio, posesión o tenencia afectado. Podrá disponer de sus derechos subjetivos, regidos por el derecho privado, a favor del autor del delito, pero, no de la acción penal, no puede indultar aun cuando sus actitudes pueden tener influencia en el desarrollo del proceso penal, pero, siempre una influencia que no es la de disponer de la acción penal. En ese orden de ideas, Soler enseña que “[e]l interés del Estado por la efectividad de la sanción reviste distintas formas...”; y la “... *acción pública* [es] aquella que debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado, con o sin la cooperación del particular damnificado o de otro particular” (cf. *Derecho Penal Argentino*, Sebastián Soler, Ed. Tea, ps. 528/529). Es, como dijimos, una facultad del Congreso establecer a quién le es conferida la acción penal. Por ejemplo, nada impide que la acción para perseguir la sanción de un delito sea pública o privada a la vez; incluso una de esas dos acciones podría estar subordinada a las resultados de la otra. Pero, lo cierto es que cuando la acción es concebida como “pública” existe un interés social en que la conducta de que se trate sea sancionada.

2.5. En tales condiciones, podría ser desconocido el titular del derecho real sobre el inmueble, o permanecer éste inactivo, y aun así subsistiría plenamente la potestad del fiscal de perseguirla. La acción, como se dijo, está acordada por el Estado Nacional; pero, su ejercicio se rige por las normas que cada gobierno local diseña, según su concepción acerca de cómo organizar sus propias instituciones.

Suponer que el art. 335 del CPPCABA puede tener la índole de una medida “autosatisfactiva”, importa ver el proceso penal como uno dirigido a la recuperación del inmueble. No bien se tiene en mira que el proceso tiene por objeto una conducta sancionada por el Código Penal, la medida no puede ser “autosatisfactiva”, pues el proceso no tiene por objeto esta satisfacción, ni, nos adelantamos a una posible observación, tan sólo el cese del delito.

2.6. En síntesis, existe un interés del pueblo en que no haya “usurpaciones” y el proceso viene a juzgar, entre otras, las conductas que pongan en vilo ese interés.

Normativa

3. En ese marco se insertan los dos últimos párrafos del art. 23 del CP (cuya validez no viene discutida), que dicen:

“El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros” (el subrayado no pertenece al original).

3.1. Por el modo en que están distribuidos los poderes entre el Estado federal y los locales, la parte destacada no puede invadir facultades locales regulando cuestiones de carácter procesal; por lo mismo, la interpretación que se acuerde a la norma debe respetar la CN como contexto en el que está formulada la norma. No se dispone en ella acerca del modo en que deben ser organizados los procesos judiciales en las jurisdicciones locales, cuestión cuya regulación, como adelantamos, ha quedado reservada a los estados locales. Se establece, en cambio, la obligación de hacer cesar, lo antes posible, la comisión de la conducta que se estima, *prima facie*, penalmente típica, o sus efectos. Esa previsión viene a integrar aquellas otras que establecen cuáles son los bienes jurídicos penalmente tutelados acordándoles un mayor nivel de protección. No es lo mismo que se deba aguardar hasta el dictado de la sentencia de condena para hacer cesar la comisión de la conducta que se estima ilícita, y sus efectos, o que esa interrupción pueda ser dispuesta por el juez no bien haya llegado fundadamente al mínimo de convicción que la norma requiere para decretar la medida cautelar. Establecerlo en esa oportunidad y condiciones puede válidamente ser tomado por el Congreso como solución a su alcance, en la medida en que la regulación impacta en el grado de tutela que corresponde acordarle al bien jurídico penalmente protegido, y no meramente en un aspecto del proceso.

3.2. A su turno, el citado artículo 23 del CP no establece cuestiones procesales como, por ejemplo, en qué condiciones el fiscal o eventualmente la parte querellante está facultada para solicitar al juez las medidas cautelares allí previstas, o cuál es el proceso a seguir para su dictado. La definición de esas cuestiones sí es un problema, por procesal, local. Pero, define otras que las jurisdicciones locales no pueden alterar: (i) el carácter de la medida: “cautelar”; (ii) el momento en que puede ser adoptada: “desde el inicio de las actuaciones”; (iii) su finalidad: “destinada[] a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o

a obstaculizar la impunidad de sus partícipes"²; y, finalmente, (iv) no requiere para su implementación que el pedido provenga de persona determinada alguna. Ciertamente es que, si bien esa regulación permite a las jurisdicciones locales extender la legitimación para solicitar la medida, no podría un estado local negar el derecho a quien el mismo Código Penal manda a ejercer la acción; puesto que ello constituiría un modo de modificar las reglas de derecho común vinculadas al ejercicio de las acciones.

3.3. Las previsiones a las que nos venimos refiriendo hacen al grado de protección con que el Legislador nacional ha querido revestir a los bienes jurídicos que tuteló penalmente; incluso la vinculada al momento en que puede ser adoptada la medida cautelar. La jurisdicción local que viniera a modificar esa previsión disponiendo que la medida cautelar sólo puede ser adoptada, por ejemplo, luego de recibida la "indagatoria" vendría a reducir — en contravención de lo previsto en el art. 75, inc. 12, de la CN— la mencionada protección que ha querido brindar el Congreso a los bienes jurídicos en juego, que, como dijimos, no son solamente privados sino primordialmente públicos. El Congreso sujetó la adopción de la medida a que el magistrado pudiera fundadamente tener por suficientemente probada la subsistencia de una conducta delictiva o la de sus efectos o que con ella se puede evitar que se consolide su provecho u obstaculizar la condena de los partícipes. No incluyó más requisitos que esos. Así las cosas, la norma local que agregara a éstos algún otro vendría a modificar una norma de derecho común en oposición a lo que manda el art. 75, inc. 12, CN, ya citado.

3.4. Adelantamos que el art. 335 local debe interpretarse, en lo posible, en armonía con el 23 nacional. Ciertamente es que el art. 335 del CPPCABA agrega el requerimiento del damnificado como requisito de la desocupación y ello supondría un requisito difícil de conciliar con la acción pública, porque la estaría subordinando a la voluntad del propietario. Sin embargo, lo prevé como un requisito para los supuestos en los que el lanzamiento sea dispuesto por un órgano distinto: el fiscal. En tales condiciones, el juez siempre podría en el marco de un proceso regulado por el derecho local disponerlo sin que se encuentre supeditado al requerimiento del propietario (art. 23 del CP), mientras que la ley local agrega que puede hacerlo también el fiscal antes del requerimiento de juicio, esta vez, si el damnificado lo pide.

Expuesto con algún mayor detenimiento, el artículo 335 *in fine* del CPPCABA, aquí cuestionado, regula una pequeña porción del universo al que se aplica el citado artículo 23 del CP; sólo se refiere a los supuestos en

² Transcribimos el texto tal cual está sancionado, en razón de que no es relevante analizarlo pormenorizadamente a los fines de este pronunciamiento. De todos modos, aclaramos que no nos parece exagerado suponer que se refiere a obstaculizar el castigo de los imputados antes que su impunidad.

que (i) el hecho investigado es el tipificado por el artículo 181 del CP y (ii) existe un pedido de quien se presenta como “damnificado”. No recorta los restantes universos posibles, sino que regula uno en las condiciones señaladas.

Recordémoslo:

“En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

3.5. Esa norma debe, como dijimos, ser puesta en el contexto del art. 23 del CP y de allí interpretada.

En ese marco, reiteramos, la competencia que esas normas le acuerdan al juez penal es la de hacer cesar una conducta que entiende susceptible de constituir, *prima facie*, el delito de usurpación, o sus efectos (es decir, las secuelas que ha tenido la usurpación) —hasta aquí el 23 del CP— restituyendo el inmueble a quien invoque un derecho verosímil —cf. el art. 335 del CPP—. Si bien no sería lo habitual podría ocurrir que el titular del derecho fuera desconocido y ello, en rigor, no eximiría al juez del deber de hacer cesar el delito o sus efectos o su aprovechamiento. Conforme lo señalamos más arriba, el juez penal —esto en razón de normas locales, que podrían tener otro contenido, como, por ejemplo, reunir todas la competencias en un sólo fuero— no se pronuncia acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble, sino que resuelve cautelarmente sobre la conducta que es objeto de análisis en el proceso penal. Es decir, las mencionadas normas *“permite[n], en lo que aquí importa, que el juez haga cesar la comisión de una conducta que entiende es susceptible de constituir, prima facie, un delito, el de usurpación, reponiendo provisoriamente al “damnificado”, que invoque en forma verosímil el derecho que le asiste, en la tenencia del inmueble de que se trate, pero, sin decidir acerca de su derecho o el de otras personas respecto de dicho inmueble. En otros términos, el juez, en ejercicio de las facultades que le acuerda el citado art. 335 del CPP, no viene a pronunciarse acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble, sino que ordena una medida dirigida a interrumpir la realización de una acción que luce prima facie como penalmente reprochable (extremo, ese último, que deberá constatar, principalmente, en las pruebas acercadas por el “damnificado”)// Ello es así, porque la discusión acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble no es una que, en principio, esté el juez penal en condiciones de dilucidar. Su competencia se encuentra circunscripta a resolver si se ha cometido, o no, una conducta típica —ello, vale aclarar, siempre que la parte querellante no decida “ejercer la acción civil conjuntamente con la penal”, cf. el art. 12, y concordantes del*

CP—” (voto del juez Lozano, cuyos argumentos en esta oportunidad y en lo pertinente comparte la jueza Conde, en autos “*Ministerio Público — Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘NN, NN s/ infr. art (s) 181 inc. 1 usurpación (despojo) —CP— (p/L 2303)’*”, expte. n° 7386/10 y su acumulado n° 7400/10, sentencia del 15/11/2011).

Cierto es que el juez, en alguna oportunidad, podría privar erradamente a una persona, o grupo de personas de su derecho a tener o poseer; pero, ese error puede ser reparado ya sea por vía del recurso de apelación o acreditando ante el juez que la medida adoptada es errada. Cualquiera sea el camino por el que se opte, lo cierto es que el Legislador nacional ha hecho prevalecer la posibilidad de que se pueda interrumpir la comisión de una conducta que luce, en principio, penalmente reprochable, por sobre la perturbación que podría experimentar quien fue objeto de la medida erradamente adoptada.

3.6. En suma, el artículo 335, último párrafo, del CPPCABA agrega, para el supuesto de reintegro del bien, que es el fiscal, ante el pedido del “damnificado”, quien puede disponer la restitución provisoria del inmueble. Todas las demás reglas, incluidas aquellas de las que se agravia la defensa, tienen respaldo también en el 23 del CP, cuya validez no ha sido cuestionada; y la intervención del fiscal sin la del juez, legítima o no, no está en tela de juicio, pues no la ha llevado a cabo.

3.7. Pero, lo indubitable es que el Congreso decidió que la propiedad debe ser tutelada de modo que los procesos legislados localmente no constituyan una dilación en dar seguridad a los titulares del derecho afectado, a cuyo fin dispone esta medida cautelar en condiciones en que, en el criterio del legislador, no impacta sobre el principio de inocencia ni sobre derechos que eventualmente puedan invocar quienes estén expuestos al riesgo del procesamiento.

El principio de inocencia y el derecho de defensa

4. 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, carecía de un mínimo respaldo. De igual modo, si la restitución se dispone sin que se cumplan los recaudos legalmente exigibles, tampoco cabría hablar de una pena anticipada, sino de un pronunciamiento que, por

su carácter provisorio, no causa estado y que admite revisión mediante las vías procesales previstas por el ordenamiento aplicable; vías procesales, cuya falta de aptitud en cuanto a sus alcances y efectos para resistir esta clase de medidas no ha sido invocada por la parte recurrente.

Precisamente, 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 del CPPCABA y 23 del CP) lesione el principio de inocencia. A este respecto, constituye una auténtica ventaja que ni siquiera sea requerido como necesario que haya personas imputadas, ya que la hipotética privación de una ocasión para discutir la posesión o tenencia antes de perderla tiene reparación en un proceso no penal mientras que la prosecución de uno de características penales podría tener consecuencias de difícil reparación ulterior, comenzando por las de sufrir el proceso.

4.1. Por su parte, el alcance que la parte recurrente le confiere al derecho de defensa soslaya que la orden de restitución puede ser solicitada y dispuesta “*en cualquier estado del proceso*” (art. 335, CPPCABA), temperamento en el que no hace más que escoger la vía prevista en el art. 23 del CP. Ello implica que no se ha pretendido, como principio, que se trabe una controversia en ocasión de ordenarse el reintegro provisorio, porque la medida podría ser decretada —eventualmente— antes de que el pleito esté integrado con las partes. Sin perjuicio de ello, sostener que esta norma no exige que se dé un traslado con carácter previo a disponer un desalojo no implica relevar al juez del deber de analizar la verosimilitud del pedido de restitución que le impone el precepto ni le impide recoger las explicaciones que vea útiles para entender el escenario mediante los medios legítimos que vea apropiados. En el marco de ese análisis es responsabilidad del magistrado no sólo evaluar la prueba propuesta por el “damnificado” sino examinar la cuestión con la amplitud suficiente para establecer que se encuentra en presencia del escenario que justifica la aplicación del precepto cuestionado, que comprende el de la existencia de eventuales causas que legitimen la ocupación o simplemente condiciones de acceso que excluyan el citado artículo, a cuyo fin la ley le posibilita oír al ocupante con las garantías adecuadas a las circunstancias del caso. La incorporación de tales elementos es una posibilidad aprovechable para suministrar a los jueces la mayor cantidad de elementos antes de que se acuerde la medida, porque a ellos corresponde asegurarse de que aquello que dispongan acerca del inmueble involucrado no importe una indebida afectación del estado de posibles controversias para cuya resolución no son competentes. Esa evaluación se formula con el grado provisional propio de las decisiones cautelares, que, si bien no requiere certeza, exige sí la configuración del *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho de la pretensión esgrimida.

La facultad prevista en el art. 335 del CPPCABA “*debe ser ejercida con prudencia y con una actitud activa de parte del juez, orientando su energía a asegurar que los afectados no padezcan restricciones de aquellos derechos que pretendan ejercer, sino solamente de ventajas que, fruto o no de una situación antijurídica, no exhiben respaldo en derecho alguno previsto por el ordenamiento jurídico*” (voto de los jueces Conde y Lozano en autos “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Recurso de inconstitucionalidad en autos Sevallos Pérez, María y otros s/ infr. art. 181 inc. 1, usurpación (despojo) – CP (p/L 2303)’, expte. n° 8160, sentencia del 15/11/2011).

Más abajo nos ocuparemos de una cuestión sumamente relevante, destacada por el voto del Dr. Corti, en orden al supuesto en que los ocupantes, imputados o no, puedan quedar en la calle como consecuencia de la medida.

Observación General N° 7

5. No todas las ocupaciones de inmuebles están prohibidas por el derecho penal. Sólo lo están aquellas a las que se refiere el art. 181 del CP, cuyo texto dice:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1° 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;

2° el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3° el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble (el subrayado no pertenece al original).

5.1. Si la ocupación tuviera lugar por algún medio distinto de los allí indicados no se estaría frente a un hecho penalmente reprochable. Es decir, el tipo penal requiere: violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza, clandestinidad, destrucción o alteración de los términos o límites del inmueble; de otra manera la conducta es atípica. No todo ocupante sin derecho y aun sin *fumus bonis iuris* realiza una conducta susceptible de ser enmarcada en el art. 181. Ello no importa sostener que quienes son titulares de inmuebles ilegítimamente ocupados carecen de derecho a obtener su restitución; sí, en cambio, que esa pretensión deberá ser tramitada con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y las normas dictadas en su consecuencia. Los jueces penales son incompetentes para resolverla porque no habría delito y, obviamente, menos aún efectos que hacer cesar. Toda la discusión estaría circunscripta a establecer qué parte tiene derecho

a poseer y/o tener el inmueble de que se trate; discusión ajena al proceso penal.

A su turno, no toda situación en que hay elementos suficientes para suponer la comisión de una conducta descrita por el Código Penal requiere trámite y menos aún condena. La acción penal puede haber quedado extinguida y ello no elimina los efectos. Por ejemplo, el objeto robado debe ser restituido en el marco del art. 23 del Código Penal, aun cuando el ladrón haya muerto. De ahí que no quepa exigir la conclusión en condena de un proceso penal para justificar la aplicación del art. 335 en examen. Pero, siempre es necesario que se den los extremos suficientes para suscitar la competencia del juez penal o, en su caso, del fiscal.

5.2. La Observación General nº 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, también, la “Observación”) se refiere a los “desalojos forzosos”, actos que “...define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos” (cf. el punto 3 de esa Observación).

Allí se sostiene que “...las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto en relación con los desalojos forzosos se basan en el párrafo 1 del artículo 11 interpretado junto con otras disposiciones pertinentes. En particular, el párrafo 1 del artículo 2 obliga a los Estados a utilizar ‘todos los medios apropiados’ para promover el derecho a una vivienda adecuada. Ahora bien, dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 1 del artículo 2 al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente. El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se definen en el párrafo 3 supra). Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esa disposición se reconoce, entre otras cosas, el derecho a la protección contra ‘injerencias arbitrarias o ilegales’ en el domicilio propio. Es de señalar que la obligación del Estado de garantizar el respeto de ese derecho no está condicionada por consideraciones relativas a los recursos de que disponga” (cf. el punto 8 de la Observación, el subrayado no pertenece al original).

5.3. La obligación que han contraído los estados consiste en evitar que existan “injerencias arbitrarias o ilegales” en los domicilios de las personas; garantía que, en palabras del Comité, forma parte del “derecho a una vivienda adecuada”. En ese orden de ideas, el artículo del Pacto al que remite la Observación, el art. 17, pto. 1, del PIDCyP, dice: “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su

domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” (nuevamente, el subrayado no pertenece al original).

A su vez, los desalojos que se lleven a cabo deben estar revestidos de las garantías procesales que señala el punto 15 de la Observación.

5.4. Los arts. 181 y 23 del CP y 335 del CPPCABA deben ser aplicados en consonancia con el cumplimiento de esas reglas. La Observación, tal como quedó transcripto *supra*, impone a los estados, como regla, no llevar a cabo desalojos forzosos y evitar que otros (“terceros”) los realicen.

5.5. El artículo 181 del CP sanciona aquellas conductas que constituyen, a criterio del Legislador, un despojo a la posesión o tenencia de un inmueble.

Desde el ángulo del damnificado, ese “despojo” puede ser el de su vivienda o sólo el de su propiedad.

A) En el primer caso, el despojo constituye, en los términos de la Observación, un “desalojo forzoso”. En efecto, la norma, desde ese ángulo, busca evitar que las personas sufran “injerencias arbitrarias o ilegales en su domicilio”. En otros términos, prohíbe que “terceros”, el o las personas despojadoras, hagan salir a personas, familias y/o comunidades de su domicilio, dejándolos en situación de calle.

A su turno, los citados artículos 23 y 335 le dan al juez —el primero— y al fiscal —el segundo—, la facultad de hacer cesar el “desalojo forzoso”, o sus efectos, lo antes posible (cf. el punto 3 a 3.7 de este voto). Esa facultad —la de hacer cesar la comisión de aquellas conductas que constituyan, *prima facie*, una injerencia arbitraria, o ilegal, en el domicilio de una persona, familia, etc.— viene a acordarle una mayor extensión al mencionado derecho a la vivienda. En efecto, permite que quien se ha visto despojado de su vivienda no deba esperar a la sentencia condenatoria firme para que se haga cesar esa situación. Para que ello sea posible, el Legislador se aseguró de que quien dicta la medida, el juez penal, sea, en principio, incompetente para resolver acerca de los derechos de propiedad que pueden estar en juego. De esa manera, por un lado, se hacen cesar, lo antes posible, aquellas conductas que importan un “desalojo forzoso”, reduciéndose de ese modo la problemática que esas conductas generan (vrg. la existencia de personas que se pueden presumir más vulnerables en situación de calle); y, por el otro, se deja librado a otro proceso el debate acerca de los mencionados derechos de propiedad. Finalmente, el perjuicio que podría sufrir quien es “afectado” por una medida adoptada ilegítimamente es, presumiblemente, escaso frente al que padecería quien debería esperar al dictado de una sentencia firme para ver restituido su derecho al domicilio (cf. el art. 17, pto. 1, del PIDCyP, ya citado). Ello así, porque no hay razones para pensar que los medios procesales previstos no

le acuerden al afectado ilegítimamente por la medida la posibilidad de recuperar, de un modo lo suficientemente expedito, la tenencia del inmueble. Así las cosas, ni el, *prima facie*, despojado de su domicilio, ni el afectado por una medida de restitución ilegítimamente adoptada, están confinados a esperar a las resultas del proceso penal para ver garantizado el derecho a que se refiere la Observación n° 7. Ambos están en condiciones de requerir al Estado que haga cesar lo antes posible la conducta que, estiman, constituye un “desalojo forzoso”.

En síntesis, no resulta lógico sostener que existe un derecho a la vivienda, por un lado, y un compromiso del estado a no hacer cesar las conductas que pongan en vilo ese derecho, por el otro. El compromiso estatal consiste en que nadie se vea desalojado de manera forzosa de su domicilio, y que las medidas que en ese sentido se adopten estén revestidas de las garantías que indica la Observación n° 7, y en ese escenario se enmarcan, en parte, los citados artículos 181 y 23 del CP y 335, *in fine*, del CPPCABA.

En ese contexto, la tesis con arreglo a la cual esos dos últimos artículos regularían un supuesto de desalojo prohibido por la Observación n° 7, en lugar de dejar a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, lleva a su incumplimiento.

Esto dicho de modo general es particularmente aplicable al caso que nos ocupa en el que la doctrina que respondemos llevaría a que el Sr. Jorge Vázquez, que vivía según el *a quo* en el bien cuya liberación de ocupantes viene cuestionada y vive actualmente en el “Hogar de Día Santa Ana y San Joaquín”, no pudiera regresar a su vivienda hasta cumplidos una serie de pasos cuya duración es incierta pero presumiblemente prolongada.

B) En el segundo caso, la medida cautelar (cf. los citados artículos 23 y 335) no tienen por objeto “desalojar” a personas de su vivienda, sino hacer cesar una conducta que se estima, *prima facie*, delictiva, o sus efectos y en el supuesto del 335 reponer a quien verosímilmente tendría derecho a tener el bien. En otros términos, esa decisión no importa una resolución acerca del derecho a la vivienda que pudiera estar en juego.

Cierto es que el “afectado” por la medida podría tener interés en quedarse en la propiedad que ocupa, como un modo de atender su necesidad de vivienda. Pero, la Observación General n° 7 no acuerda derechos a las ocupaciones que son el resultado de delitos. Obsérvese que ninguno de los ejemplos a los que se acude, para mostrar la problemática de los desalojos, está atado a una ocupación que provenga de alguna de las acciones tipificadas por el art. 181 del CP. En ese orden de ideas, allí se destacan los supuestos de: traslados forzados de población, éxodos en masa y movimientos de refugiados. También se señala que “[m]uchos casos de desalojos están relacionados con la violencia, por ejemplo, los causados por conflictos armados internacionales, las disensiones internas y la

violencia comunitaria o étnica”, es decir, la ejercida por quienes desplazan y no por quienes entran en la ocupación. Asimismo, agrega que “[h]ay otros casos de desalojos forzosos que tienen lugar en nombre del desarrollo. Pueden efectuarse en relación con conflictos sobre derechos de tierras, proyectos de desarrollo e infraestructura como, por ejemplo, la construcción de presas u otros proyectos energéticos en gran escala, la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, el desbroce de tierras para fines agrícolas, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos tales como los Juegos Olímpicos”. Finalmente, se mencionan los desalojos producto de incumplimientos de contratos (cf. el punto 11).

En ese contexto, sólo se puede hablar de “desalojo forzoso” cuando la ocupación no es el resultado de alguno de los actos prohibidos por el art. 181 del CP. En estos últimos, los arts. 23 del CP y 335 del CPPCABA no tienen por objeto desalojar a los ocupantes de su vivienda, sino hacer cesar una conducta socialmente reprochable. De otra manera, la Observación sería leída como dirigida a sancionar una especie de actos de “violencia”, los vinculados a los desalojos forzosos, y a garantizar otros, los “despojos” de inmuebles. Por ejemplo, si se entendiera que la Observación n° 7 se refiere también a las “usurpaciones” que sanciona el art. 181 del CP, el estado se vería impedido de hacer cesar las usurpaciones de inmuebles destinados a programas sociales, que no hubieran sido adjudicados; circunstancia que conllevaría a que el estado no pueda atender el derecho a la vivienda, que busca garantizar la Observación n° 7, de manera progresiva y en base a parámetros objetivos (cf. la Observación n° 7, y a los instrumentos internacionales a los que allí se hace referencia). En efecto, la violencia sería la vía para asegurar el derecho a la vivienda; conclusión a la que no cabe arribar en modo alguno. En suma, el artículo 335, aquí cuestionado, no establece un “desalojo forzoso” sino un medio para hacer cesar ocupaciones que, por ser el resultado de delitos, no se hallan amparadas por la Observación General n° 7.

La comparación con otras leyes

6. Una buena parte de la argumentación del Dr. Corti está dirigida a examinar cómo debería ser interpretado el art. 335 *sub examine* a la luz de otras normas locales y federales (cf. los puntos 7 a 7.5 del voto del Dr. Corti). De esa ponderación, el Dr. Corti concluye que existe un criterio mayoritario con arreglo al cual constituye un “requisito indispensable” para la adopción de la medida provisoria “la citación” previa de quien ha sido denunciado como ocupante del inmueble. Sostiene, a este respecto, que “...b1) debe asegurarse el debido proceso otorgándole a los afectados la posibilidad de ser oídos de forma previa, a cuyo fin la figura regulada por el

art. 335 tiene que ser integrada sistemáticamente en el Código Procesal y ser considerada una medida cautelar o una medida autosatisfactiva, en los términos y condiciones antes indicados, ello sin perjuicio de las facultades de los jueces ante casos singulares...”.

Vale señalar que al hablar de “afectados” el universo comprendido tiene un alcance mayor que el de quienes son parte en un proceso penal. Pero, no está exento de riesgo para esos “afectados”, porque de sus manifestaciones pueden derivar consecuencias penales que podrían no ocurrir en función del escenario previo a la convocatoria.

6.1. Repasemos las normas analizadas en ese voto.

6.2. La primera de ellas es el art. 463 del CCAyT acerca del cual cita el caso “Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 1556/02, sentencia de este Tribunal del 7 de octubre de 2002. Allí se trataba de una ocupación que, lejos de resultar de la comisión de un delito, provenía de una contratación subsidiada por el GCBA. Es decir, una situación en que el GCBA pudo prever la falta de pago. En este orden de ideas, según surge de ese precedente, el GCBA, por intermedio de la Comisión Municipal de la Vivienda, había rescindido el boleto de compraventa por incumplimientos en que habría incurrido la Sra. Felisa Alicia Saavedra.

La hipótesis que nos ocupa es bien distinta, pues a nadie se le puede exigir que prevea la comisión de un delito. La ley está pensada para quien ocupa delictivamente, o como consecuencia de una conducta de esa especie. Ello no quiere decir que el legislador presuma que un ocupante sin derecho sea el autor de un delito; si, en cambio, que la herramienta que da al juez está dirigida a hacer cesar un delito, o sus efectos, aun cuando no se pueda presumir quien es su autor o si, en definitiva, alguien merece castigo por él. Dicho en otras palabras, hay que distinguir entre la presunción de inocencia que beneficia a toda persona, aun cuando esté sometida a proceso y deba defenderse de una imputación, y la actitud de presumir que toda ocupación es legítima. Esta última no forma parte del orden jurídico argentino. Las ocupaciones no son todas legítimas ni todas ilegítimas: algunas son legítimas y otras no. Algunas ilegítimas constituyen o son consecuencia de una usurpación; otras no lo son. Para establecerlo, se debe comenzar por determinar en qué condiciones y con qué derecho se ocupa. Pero, aun cuando una ocupación sea ilegítima, no se desprende de ello que quien ocupa sea autor de un delito. La diferencia es significativa; y el Dr. Corti no explicita las razones por las cuales, a su juicio, podrían ser emparentadas.

A esas diferencias se suma otra. En el supuesto del art. 335, e igualmente en el del 23 del CP, el juez no opera como mero “ejecutor de decisiones” adoptadas por otros órganos, como sí entendió el TSJ lo hacía en el caso del art. 463 del CCAyT. Todo lo contrario. Es el magistrado quien

tiene la tarea de evaluar la situación que es puesta a su consideración y, en base a ella, concluir si hay, o no, elementos suficientes para adoptar la medida provisoria.

6.3. Luego señala que el proceso de desalojo regulado por los artículos 679 a 688 del CPCCN establece que la restitución del inmueble sólo puede ser decretada "...luego de trabada la litis..." y los ocupantes, en el supuesto en que no hubieran tenido un título legítimo, tienen 5 días, contados a partir de la notificación de la sentencia, para dejar el inmueble.

Ahora bien, ese proceso, el civil de desalojo, sí tiene como objeto el derecho de propiedad del accionante. El artículo 680 del CPCCN dice "La acción de desalojo procederá contra locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos y cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible" (el subrayado no pertenece al original). El juez civil, a diferencia del penal, se pronuncia acerca de quién tiene derecho a hacer uso del inmueble. Ello explica por qué el legislador ha dispuesto que resulta necesario que se trabee una controversia con carácter previo a que se ordene la entrega del inmueble (cf. el art. 680bis, del CPCCN). Aquí la medida cautelar no busca hacer cesar un delito, o sus efectos, sino adelantar la restitución del inmueble a quien ha demostrado suficientemente el derecho a tenerlo. Los distintos objetos que persiguen cada uno de esos procesos, así como los derechos que en ellos se ventilan, impiden una comparación como la que plantea el Dr. Corti.

6.4. Asimismo, manifiesta que algunas Salas de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, al interpretar el art. 238bis del CPPN (cuyo texto guarda algunas similitudes con el del art. 335 del CPPCABA), han sostenido que el "reintegro del inmueble" no puede ser decretado con carácter previo a que se hubiera "cumplido con el llamado a indagatoria" (cf. el punto 7.3 del voto del Dr. Corti). Vale señalar que mientras el 238 bis del CPPN prevé la intervención del juez, no ocurre lo mismo con el 335 del CPPCABA. En verdad, el art. 335 naturalmente está dirigido a regular una situación previa a la intervención del juez, esto es, no contempla la necesidad de una "indagatoria", por lo demás, no prevista en nuestro procedimiento.

El Dr. Corti estima que la jurisprudencia nacional impone como requisito previo a hacer cesar la conducta, *prima facie*, ilícita, o sus efectos, que se hubiera "convocado" a indagatoria a los imputados. Ese requisito para la adopción de la medida no surge ni del texto del art. 238bis, ni del citado 335. Ambas normas dicen que la medida puede ser tomada "en cualquier estado del proceso" "y aun sin dictado de auto de procesamiento", la primera, "y aún sin dictado de auto de elevación a juicio", la segunda. Por lo demás, su contenido no hubiera podido ser otro a la luz de lo que manda el citado art. 23 del CP (cf. los puntos 3 a 3.7 de este voto). En ese contexto, la interpretación con arreglo a la cual la "convocatoria" a "indagatoria"

constituye un requisito previo para hacer cesar la conducta que se estima delictual, o sus efectos, no sólo no surge del texto de la ley, sino que pone al art. 335 en oposición a lo previsto en el art. 23 del CP; conclusión a la que, existiendo otras posibles, no le es dable arribar a los magistrados (cf. la doctrina de las sentencias publicadas en Fallos: 329:5826, y su citas, entre muchas otras).

Asimismo, no son pocos los supuestos en que el requisito de “convocar” a indagatoria (o “intimar del hecho”, cf. el art. 161 del CPPCABA) constituiría, en los hechos, un impedimento para hacer cesar la conducta prohibida, o sus secuelas. Bastaría con que no se pueda hallar usurpador para que no se puedan hacer cesar la ocupación. Por ejemplo, ello ocurriría en el caso en que el usurpador permitiera el acceso de otras personas al inmueble y luego se diera a la fuga dejando a estos últimos en tenencia de la propiedad. En ese supuesto el requisito de anotar al imputado con carácter previo a hacer cesar los efectos de la usurpación, la ocupación del inmueble por las mencionadas personas (que bien puede estar obrando bajo un error excusable), constituiría, en verdad, un modo ilegítimo de convalidar una violación al bien jurídico que el Congreso ha decidido tutelar. Ello así, toda vez que el juez se vería imposibilitado de hacer cesar los efectos del delito hasta que pudiera notificar al imputado del hecho que en su contra se investiga.

A su turno, y para que tenga algún grado de razonabilidad el requisito, quien debería ser “convocado” a “indagatoria” es el “afectado” por la medida cautelar. En ese escenario, es más que evidente que el requisito constituye un modo, por un lado, de mantener incólume una conducta que resulta penalmente reprochable, bastaría con que se dejara ingresar al inmueble a alguna persona que no ha sido citada a indagatoria de manera sucesiva para que no pueda hacerse cesar lo que se entiende constituye una usurpación, o sus efectos; y, por el otro, de someter a proceso penal, con las consecuencias que ello implica, a personas con relación a las cuales no existe razones para suponer que han realizado una conducta penalmente reprochable, pero sí que se encuentran habitando en un inmueble que ha sido, *prima facie*, usurpado a su legítimo tenedor.

Finalmente, cabe destacar que la doctrina nacional a la que nos venimos refiriendo no tenía en mira a la indagatoria como una oportunidad para defenderse, sino antes bien como un momento en el que se asume que existe certeza suficiente respecto de la posible ocurrencia del delito. En ese orden de ideas, explica la doctrina que “[r]especto del momento en que resulta procedente la restitución, 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 en su comisión...’*, por lo que si *‘el juez instructor no ha ordenado la citación de ninguna persona para prestar declaración indagatoria con relación a la usurpación denunciada... (y) no se ha dispuesto la realización de ninguna medida de prueba que*

corrobore la afirmación del denunciante... la expulsión del inmueble que ha requerido el fiscal es todavía prematura’, a lo que se agregó que ‘la restitución del inmueble por la vía del art. 238 bis del Código Procesal sólo puede estar motivada en la necesidad de hacer cesar la comisión del delito de usurpación. Por esa razón, si no se ha comprobado preliminarmente la posible existencia de ese ilícito, no puede requerirse al juez penal que disponga el desalojo del predio ocupado...’” (cf. “Código Penal de la Nación comentado y anotado, Andrés José D’Alessio, Director, y Mauro A. Divito, Coordinador, 2º edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Tomo II, págs.828/829, el subrayado no pertenece al original).

6.5. Finalmente, no vemos que la sentencia de la CSJN publicada en Fallos: 319:2325 sienta como doctrina la necesidad de “...la intervención de los afectados con carácter previo a la toma de la decisión por parte del juez” (cf. el punto 7.5 del voto del Dr. Corti).

En ese precedente lo que la CSJN tachó de arbitrario fue una decisión que, con apoyo en la existencia de un auto de procesamiento y otro de prisión preventiva, “ordenó levantar cincuenta kilómetros de alambrados extendidos en zona de montaña”, sin tener en cuenta los argumentos del imputado con arreglo a los cuales, esa medida constituiría, en verdad, una sanción porque “ponía en peligro su actividad de ganadero”; y el Estado Nacional sabía hace varios años que el inmueble estaba siendo explotado. Pero ello en modo alguno implica que el juez deba citar al imputado con carácter previo a adoptar la medida cautelar. Sí, en cambio, que los jueces deben adoptar las medidas cautelares, en palabras de la CSJN, con la “...mayor mesura que el caso exija, respetándose fundamentalmente el carácter provisional de la medida y observando que su imposición sea indispensable y necesaria para satisfacer —con sacrificio provisorio del interés individual— el interés público impuesto para evitar —en ciertos casos— que el presunto delito siga produciendo efectos”.

Con la sanción de la ley 25.815 en el año 2003 (es decir, unos 7 años después de la sentencia de la CSJN en la reseñada causa “Vila”, de 1996) “el interés público impuesto” quedó definido por el Legislador nacional, en lo que aquí importa, en los dos últimos párrafos del art. 23 del CP; también el carácter cautelar que debe guardar la medida. Ello último significa, entre otros, que la decisión no causa estado, es decir, tiene que ser susceptible de ser modificada y que el juez debe tener por probado el *fumus bonis iuris*. Si esos extremos no están reunidos el juez no debería adoptar la medida. Ello resulta aplicable a cualquier medida cautelar. Lo que la CSJN entendió en el citado precedente es que los magistrados habían adoptado una medida cautelar sin haber analizado si estaban presentes las condiciones para dictarla.

Es tarea del juez constatar cuándo están reunidos los extremos para adoptar la medida (cf. los artículos 23 del CP y 335 del CPPCABA). El magistrado podrá tener por reunidos esos elementos antes o después de la

“intimación del hecho”. Ello va a depender de la complejidad de la causa, y de los extremos probatorios con que se cuente. Pero, lo cierto es que las reglas señaladas por la CSJN en el citado precedente no imponen como requisito citar al imputado con carácter previo a adoptar la medida, sino que establecen la obligación de fundar adecuadamente las razones que llevaron a la adopción de la medida y su carácter (cf. el punto 4.1 de este voto).

Aplicación de las reglas previstas en el Capítulo 1 y 2 del Título V del CPPCABA al art. 335

7. Primeramente, cabe reiterar que el artículo 335 del CPPCABA contempla reglas vinculadas al “peligro en la demora”. El “peligro” viene definido por el Legislador en el artículo 23 del CP, y consiste en evitar que continúe una conducta que se estima delictiva, o sus efectos, o que se consolide su provecho o se obstaculice la investigación de la conducta de los partícipes.

7.1. El Dr. Corti sostiene que una interpretación armoniosa del CPPCABA llevaría a concluir que, con carácter previo a que se ordene la restitución provisoria del inmueble, corresponde celebrar la audiencia a que se refieren los artículos 173 y 177 del citado código. De esa manera, afirma, quedarían garantizados el principio de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso de quienes pueden resultar alcanzados por la medida del art. 335.

7.2. Varias son las consideraciones que nos suscita esa construcción.

a) Pone al texto del CPPCABA en oposición al Código Penal (cf. los puntos 3.2., 3.3. y 5.4. de este voto), solución a la que no se puede arribar, porque pondría al derecho local en oposición a una norma nacional cuya validez no ha sido cuestionada (arg. art. 31 de la Constitución Nacional).

b) El Dr. Corti parte de que el art. 335 del CPPCABA pone en vilo las mencionadas garantías constitucionales, cuestión de la que nos hemos ocupado centralmente en los puntos 4 y 4.1. de este voto. No obstante ello, la solución sí podría generar los perjuicios que pretende evitar. La tesis de que el juez debe citar a audiencia antes de ordenar la restitución del inmueble, por un lado, desvirtúa el objeto del proceso penal; pone al juez penal en la necesidad de trabar una controversia acerca de una cuestión que no está llamado a resolver: el derecho de propiedad sobre el inmueble, el que, como se dijo, no está abarcado por el pleito. Por el otro, obliga a ser parte de un proceso penal a personas a quienes no se les ha imputado la comisión de conducta ilícita alguna, y que, tal vez, ni siquiera tienen intención de gozar de una ventaja o beneficio proveniente de un acto ilícito.

c) Las reglas previstas en el Título V del CPPCABA, cuyo título es “Medidas Precautorias y Cautelares, Audiencia ante el/la juez/a”, se refieren a las medidas restrictivas y/o embargos que el juez puede imponer a quien se le ha imputado la comisión de un delito. En ese orden de ideas, el Código dice: “[p]ara dictar la prisión preventiva deberá haberse notificado al/la imputado/a el decreto de determinación de los hechos...” (cf. el art. 173 del CPPCABA). Idénticas previsiones prevé para la imposición de las medidas restrictivas previstas en el art. 174 del CPPCABA, o embargos (cf. el art. 176 del mismo código). En ese orden de ideas, el art. 177 establece que “[p]ara la imposición de alguna de las medidas mencionadas [las de los artículos 174 o 176], deberá haberse intimado al/la imputado/a por el hecho...”.

Aquí aparece un tratamiento promiscuo de situaciones distintas. El auto de prisión preventiva, más allá de la mayor importancia que muchos reconoceríamos que implica la privación de la libertad ambulatoria, no tiene por objetivo hacer cesar un delito o sus efectos sino exclusivamente el aseguramiento de las pruebas o de la sustanciación del proceso.

Dos universos distintos son los que buscan regular esas normas, por un lado, y el art. 335 aquí cuestionado, por el otro. Las primeras apuntan a restringir el obrar del imputado durante el proceso; ello, a fin de evitar, en la mayoría de los casos, que el proceso se vea entorpecido por conductas del imputado o que éste eluda finalmente la sanción o, más frecuentemente, que para lograr la libertad provisoria deba cumplir con ciertas cargas que tienden a similares fines. En cambio, el 335 del CPPCABA y el art. 23 del CP, tienen por objeto evitar que perdure la realización de una conducta, o sus efectos, que el Legislador nacional ha entendido penalmente reprochable. En esas condiciones, puede ocurrir que el juez haga cesar la conducta, empero, luego, no haya un imputado en la causa. A su vez, y como dijimos más arriba, si la medida es dispuesta válidamente, la única privación que podría provocarle a sus ocupantes sería la de una ventaja o beneficio, que, de acuerdo a los elementos que deben existir y ser valorados en la decisión, carecían de derecho a mantener o, en caso de error, podría serle repuesto e indemnizada su privación momentánea, a cuyo fin está prevista la contracautela o caución. Es decir, la decisión del juez no constituye, a diferencia de las reguladas en el Título V, una restricción a los derechos del imputado, sino, en todo caso, la eliminación de lo que se torna un privilegio, cuyo mantenimiento el magistrado no tuvo por verosímilmente legítimo.

El art. 335 visto como una medida “autosatisfactiva”

8. Se ha presentado como una circunstancia que desvirtúa la ley penal aquella consistente en que, según indica el voto del Dr. Corti y asumimos como cierto a los fines de este pronunciamiento, frecuentemente

al desalojo dispuesto por aplicación del art. 335 del CPPCABA no sucede una condena y ni siquiera el enjuiciamiento de alguna o algunas de las personas desalojadas.

8.1. A este respecto, vale recordar que una conducta puede ser antijurídica y, por ello, debe ser detenida por la autoridad competente y aun así no llevar a la aplicación de una sanción a un individuo, bien porque no es imputable, o no es culpable o no puede ser identificado adecuadamente o está prescrita o extinguida por otro medio la acción para enjuiciar al autor o partícipes. Pero, el interés público está en que la conducta y sus efectos no perduren (cf. el art. 23 del CP).

En tales condiciones, lo que se presenta como una anomalía y una injusticia, esto es, el desalojo de personas que luego no son sometidas a proceso, lejos de ser tal injusticia, puede ser un satisfactorio modo de no ensañarse con quienes pudieron haber incurrido en la transgresión de la ley impelidos por motivaciones que mueven a los fiscales a no ir más allá de hacer cesar la conducta antijurídica.

Sería un verdadero atropello que quien tiene un derecho a permanecer en un inmueble y a desarrollar ciertas acciones que podrían, en otras circunstancias, ser vistas como antijurídicas, se viera despojado de su derecho sin poder defenderlo en juicio. Pero, el desalojo del art. 335 del CPPCABA no produce este efecto, porque nada predica acerca de los eventuales derechos de la persona desalojada. Para mostrar que constituye una inadmisibles modalidad procesal, los críticos deberían mostrar que quien luego no es procesado ha venido a perder una efectiva razón para pleitear y no simplemente que no ha sido condenado por el hecho. Ello así, porque, por lo dicho más arriba, toda conducta penalmente antijurídica debe cesar sea o no punible su autor.

La tesis crítica de esta actitud del MPF impone una persecución cuya oportunidad incumbe a los fiscales y no a los jueces evaluar.

8.2. En términos concretos, los arts. 335 del CPPCABA y 23 del CP atribuyen al juez de la causa las potestades necesarias para hacer cesar una conducta que estima, *prima facie*, antijurídica, y consecuentemente la responsabilidad de hacerlo adecuadamente. Pero, no le acuerda la competencia para pronunciarse acerca de los derechos subjetivos que al presunto damnificado o a los ocupantes puedan asistirles. Especialmente, el juez debe obrar con el cuidado de que las averiguaciones acerca de en qué manos es más razonable poner el bien no se tornen en una herramienta para constituir prueba aplicable a resolver una contienda penal o civil en contra de quien más adelante pueda ser alcanzado por una sanción penal. No se trata de aplicar el art. 919 del Código Civil para interpretar el silencio de quien no quiere responder a una indagatoria ejerciendo en ese sentido su derecho a callar. El traslado que propone el Dr. Corti, con apoyo en lo previsto en el art. 336 del CPPCABA, supone la responsabilidad de

contestar a aquello de lo que se da traslado (cf. el voto del Dr. Lozano en la causa “*NN, NN s/ infr. art (s) 181 inc. 1 usurpación (despojo) —CP— (p/L 2303)*”, ya citada). A su vez, el art. 336 no se refiere a los supuestos de “reintegro de la posesión o tenencia del inmueble” (cf. el art. 335 *in fine*), sino a las controversias que se pudieran suscitar con relación a la restitución de las cosas “secuestradas” (cf. los primeros tres párrafos del citado art. 335).

Intereses en juego

9. Están en juego en el proceso, aunque no constituyan su objeto, los intereses del dueño del inmueble y los de los ocupantes. Efectivamente, no se trata de que la existencia y alcance de un derecho real sobre el inmueble deban ser establecidos en el proceso penal, más allá de lo indispensable para admitir que existe una conducta turbadora de una posesión. Pero, es básicamente este hecho de la posesión, generador desde luego de derechos cuyo alcance sin embargo exceden los del proceso, el extremo que incumbe establecer al juez penal. Del mismo modo, le incumbe decidir si una conducta constituye una turbación de esa posesión. No, en cambio, fijar criterios definitivos acerca de si el interés de poseedor y ocupante tienen tutela en el orden jurídico o, lo que es lo mismo, si constituyen derechos.

9.1. Es comprensible el interés, en muchas ocasiones la satisfacción de una necesidad básica del ser humano como lo es la de encontrar techo donde repararse, que anima al ocupante; interés que no disminuye por el hecho de que ocupe ilegítimamente, ni esa circunstancia hace menos acuciante la necesidad, en los muchos supuestos en que la hay, y, por lo tanto, las razones para atenderla. Cuando el Poder Legislativo eleva un interés al rango de derecho dotándolo de tutela jurídica no incrementa con ello el valor de dicho interés sino que simplemente lo reconoce. A su vez, un derecho no es axiológicamente preferible a un interés, sino que puede o no serlo por razones de su contenido. Es que sencillamente la tutela jurídica que acuerdan los legisladores no es más que la expresión de la voluntad del pueblo que no necesariamente debemos tomar ni como dirigida a establecer escalas de valores, aunque las presupongan, ni como definitorias, ya que muchas veces veremos que los legisladores, por simple inadvertencia o diferente priorización, no llegan a ocuparse de algo que cuando les es presentado estiman sumamente valioso y hasta más aún que otros intereses a los que han dedicado atención. Dicho brevemente, los legisladores son humanos.

9.2. Aplicado a nuestro supuesto, la circunstancia de que desde el ángulo penal el estado tenga la acción que suscita el desalojo (cf. el punto 2 a 2.6 de este voto) y el ocupante una necesidad insatisfecha que no goza de

una tutela jurídica apta para detener la expulsión, no significa que su interés no merece consideración, sino solamente que los legisladores no han visto apropiado ese ámbito para acordarla.

9.3. La CABA tiene que asegurar los derechos que garantiza la CN. Es la carga que debe cumplir para que la Nación le garantice el goce de sus instituciones. Así lo establece el art. 5 de la CN, cuyo texto dice: “[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

El texto merece dos comentarios, en su aplicación práctica a lo que aquí interesa. La primera es que no se trata de insertar las declaraciones, principios y garantías federales en los textos de las constituciones locales, sino de incorporarlos a la práctica efectiva dentro de los territorios respectivos. La administración de justicia no es la de cualquier justicia sino la que hace efectivos los derechos que la Nación reconoce. No hay que olvidar la conexión de este artículo con el 31, también de la CN, en cuanto pone a los jueces provinciales al servicio de la misión federal. La segunda es que las declaraciones, principios y garantías de la CN vienen reglamentados por la misma autoridad capaz de establecer que una provincia no cumple con la carga del art. 5: el Congreso. Es decir, que a la hora de establecer si se observan efectivamente estos contenidos cabe presumir que el Congreso tendrá en cuenta sus propios desarrollos. Por lo demás, no cabe la menor duda que la supremacía de la legislación federal sobre el orden local —art. 31 citado— parte del capítulo primero titulado “Declaraciones, Derechos y Garantías”.

En particular, la CABA no podría justificar fácilmente un aseguramiento de la vivienda mediante el estiramiento del debate, no al menos cuando se trate de inmuebles de particulares. Ello así porque entraría en colisión con la propiedad del art. 17 y del Código Civil y contra las exigencias a que el art. 16 de la Constitución Nacional sujeta el reparto de las cargas tributarias.

9.4. La propuesta del Dr. Corti de que el juez penal “debe asegurar[, al tomar la medida del art. 335,] el resguardo de los derechos sociales fundamentales de los afectados (vivienda, salud, asistencia)...” no sólo no encuentra correlato en las competencias que tienen los jueces penales, o cualquier otro magistrado, sino que operaría tanto en detrimento de las reglas constitucionales reseñadas más arriba, como del ya citado varias veces art. 75, inc. 12, de la CN.

El Dr. Corti afirma que ello evitaría que los “afectados” quedaran en “situación de calle”. En ese contexto, el “deber” a que se refiere constituiría,

en verdad, un requisito para hacer lugar a la medida del art. 335 *in fine*; puesto que esa sería la única manera de evitar el mencionado perjuicio. El resultado sería, entonces, que el juez no podría cumplir con la manda del art. 23 del CP, es decir, hacer cesar el delito o sus efectos, hasta no encontrar un modo de brindar “vivienda” a los “ocupantes”. Mientras tanto las necesidades de vivienda de los “ocupantes” se estarían atendiendo con la propiedad del dueño del inmueble; quien no hay razones para pensar que no se encuentre en esos momentos en la “situación de calle” que pretende evitar el Dr. Corti. No hay ninguna buena razón para suponer que todas las usurpaciones se ejecutan sobre inmuebles cuyos dueños, o legítimos tenedores, son ricos, sino, justamente, para suponer lo contrario aunque obviamente es presumible que si alguien ocupa como vivienda lo que otro, que no es rico, tiene como propiedad, el primero será probablemente más pobre que el segundo; pero, muy probablemente, no en una medida tal que justifique un tributo fundado en una capacidad contributiva distinta, sino, más bien, en una expectativa de generosidad. Esa solución se halla en franca oposición a lo previsto en el Código Civil y el art. 16 de la CN. Se habría dispuesto de la propiedad del dueño del inmueble en condiciones que no se ajustan a las reglas del Código Civil referidas a la circulación de la propiedad; y sin que se respete ninguna condición de igualdad. En otros términos, se vendrían a atender necesidades que un juez identificó como prioritarias con el patrimonio de los particulares, por el mero hecho de que se presume que sobre sus inmuebles se perpetró una conducta ilícita.

9.5. A esta altura, conviene decir que no desconocemos que el universo de casos en los que eventualmente puede ser aplicada la norma que aquí se ha cuestionado corresponde a supuestos en los que se investiga la comisión de un delito que, por sus características, suele poner de resalto situaciones de necesidad. En este sentido, tampoco perdemos de vista que muchas veces se evidencian necesidades que afectan tanto al poseedor turbado como a quien pretende mantener el despojo. Ello así, resulta apropiado recordar que *“conforme a las reglas de actuación previstas para la función jurisdiccional, la tarea del juez consiste en restablecer derechos y no en hacer beneficencia con bienes que ni son de los magistrados, ni están sujetos a su administración”* (voto de los jueces Conde y Lozano en “Sevallos Pérez”, ya citado). En todo caso, la intervención que le incumbe a los magistrados debe propender a asegurar el cumplimiento de, por ejemplo, los fines perseguidos por los protocolos de actuación conjunta destinados a brindar protección en supuestos en los que pueda verificarse una futura situación de desahucio (votos de los jueces Conde y Lozano en autos “Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘N.N. (Yerbal 2635) s/ inf. Art. 181, inc. 3, CP —inconstitucionalidad—”, expte. N° 6895/09, sentencia del 12/07/10).

La invocación del derecho a la vivienda que formula la defensa, aunque puede dar cuenta de necesidades como las ya aludidas en el párrafo que antecede, no permite descalificar la adecuación constitucional del art. 335 del CPPCABA ni solucionar a partir del proceso penal el déficit habitacional denunciado. Esto último no sólo excede con toda evidencia el alcance del juicio en trámite, sino que también desborda la garantía prevista por la CCABA en materia de vivienda (voto de los jueces Conde y Lozano “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. N° 6754/10, sentencia del 12/05/10).

Justicia social

10. Hay un punto que suministra una explicación que abarca toda la solución: la búsqueda de la justicia social. Aunque esto no está tematizado sino, en buena medida presupuesto, quienes resultan desocupados en cumplimiento de medidas judiciales dictadas por aplicación del art. 335 del CPPCABA son, o pueden ser, personas necesitadas de vivienda y también legítimos titulares del derecho a obtener apoyo para la obtención de esa vivienda, a la luz de la legislación local y los tratados internacionales que atienden a esa cuestión. El mismo voto del Dr. Corti recuerda que esta preocupación está presente en el Criterio General n° 121/08 emitido por el Fiscal General, que remite al aprovechamiento de los medios organizados por el GCBA para atender a quienes necesitan vivienda. Ello no significa que esos medios sean tenidos por suficientes, por lo que deben ser complementados por lo que resulta de la interpretación del art. 335 propuesta en ese voto, a resultados de la cual: a) se debe dar alguna forma de comunicación a los afectados; y, b) no se debe cumplir el desalojo si es que quienes tienen derecho a la vivienda o quedan sin ella no encuentran modo de ver atendida su necesidad (cf. el punto 9.4 de este voto). Como decimos más arriba, éste es un interés que merece nuestra más alta consideración, y compartimos con el Dr. Corti que hay que buscarle respuesta.

10.1. Comenzaremos por hacer algunas consideraciones acerca del alcance de la propuesta mencionada como a). No obstante la referencia al llamado a prestar declaración indagatoria —o, mejor dicho, a la luz de las reglas locales: a la notificación del hecho imputado (cf. el art. 161 del CPPCABA)—, la comunicación que pide alcanza no a los imputados o no solamente a ellos, sino a los afectados, esto es, presumiblemente, a quienes se ven desalojados. Esto generaría indudablemente una dilación cuyos alcances son difíciles de prever. En algunos supuestos podría tener como efecto mantener en el uso de una vivienda a quienes la necesitan; pero, en muchos otros simplemente constituiría una dilación injustificada. A su turno, omite toda consideración acerca de la necesidad del propietario, que, en

definitiva, también es un afectado. Ello supone que la solución del supuesto en que todos aspiramos a ver atendidas las necesidades justificadas requieren otro tipo de solución.

El alcance de b), en cambio, queda restringido a los supuestos de necesidad de vivienda (con las complejidades que él acarrea, cf. el punto 9.4 de este voto).

Sin embargo, la acción judicial prevista en a) tiene una relación con la b) compleja que vale examinar en algunos de sus aspectos.

El primero de ellos es que a) hace ganar tiempo al ocupante. En este sentido, cumpliría la finalidad de mantener en la vivienda a alguien que tiene necesidad de ella y por ello la ocupa. Pero, sólo por breve término —uno inadecuado para la necesidad—, a menos que sea prolongado mediante subterfugios. Es decir, que para la solución del problema habitacional es inconducente. A su turno, comprendería, por lo dicho en el párrafo anterior, numerosos supuestos en que no estamos en presencia de una necesidad de techo; y, centralmente, el debate tendría una relación indirecta con la satisfacción de la necesidad de vivienda. Ese debate se daría ante un juez incompetente para resolver conflictos de derechos subjetivos relativos a la propiedad, posesión o tenencia del inmueble. Ese juez es, en cambio, competente para sancionar penalmente, por lo cual aquello que en él se diga no es neutro respecto de lo que se resuelva en la causa sino que puede generar perjuicio al imputado.

Todo lo cual sugiere que es difícil cuestionar la solución que adopta, literalmente considerada, la ley que estamos examinando. El mecanismo que adopta es facultar ampliamente al juez para establecer si se dan las condiciones que justifican hacer cesar un delito o sus efectos sin llevarlo a abrir ante sus estrados un debate cuyos contenidos le serían ajenos o pondrían al imputado en situación de arriesgar a formular u omitir declaraciones con potencial impacto en su defensa o en sus derechos. El art. 335 le abre la posibilidad de adquirir los elementos necesarios para adoptar una decisión de impacto muy sensible, pero, al mismo tiempo, reversible, toda vez que el desalojado puede ser reinstalado; así como, cuando se niega la restitución, puede ser perseguido el desalojo en otro fuero.

10.2. Otro aspecto a considerar es quienes se beneficiarían con el mantenimiento en la vivienda. Es manifiesto que serían ocupantes entre los cuales habría presumiblemente algunos autores de delitos, algunos incursos en conductas antijurídicas pero no culpables y también numerosas personas no incursas en el delito, pero cuya permanencia en el inmueble constituye los efectos de un delito y, por ende, una afectación del derecho del legítimo titular del dominio y/o de la posesión, quien soportaría el costo de mantener en la vivienda al ocupante. En nuestra visión, el art. 335 dota al juez de potestades suficientes para que adapte la medida al tipo de situación que detecte. Limitar al magistrado conduciría a tratar de igual modo a supuestos

que todos podemos encontrar distintos. Ciertamente, estas potestades ponen muy serias responsabilidades sobre los hombros de las mujeres y los hombres que ejercen la judicatura para el pueblo de la CABA, pero, debemos asumir que la CCBA ha diseñado un dispositivo que garantiza que quienes se hallan investidos de esa delicada misión están a la altura de sus deberes y, por sobre todo, que no somos nosotros quienes estamos mejor dotados que los legisladores para ponerles límites que los representantes de la voluntad popular entendieron inadecuados.

10.3. Brindar vivienda a quien la necesita es un finalidad compartida por buena parte del pueblo de Buenos Aires. Hacer los mayores esfuerzos posibles para facilitar el acceso a ella constituye un deber del estado asumido por la Nación Argentina como parte en tratados internacionales que constituyen un verdadero compromiso de la Humanidad. Es el Poder Legislativo quien tiene atribuciones para asignar los recursos necesarios para cumplir con ese deber asegurado en forma de derecho a nuestros semejantes que están necesitados; y, asimismo, la de establecer el orden de prioridades para recibir las prestaciones estatales.

Finalmente, vale tener en consideración que asumiendo que los recursos son finitos es necesario encontrar criterios para la distribución del bien de que se trata. Diversas son las prioridades que podemos considerar aceptables como observadores; pero, difícilmente quepa colocar a la ocupación entre los criterios para prevalecer sobre la asignación a otros. Cierto es que muchos de quienes ocupan tienen necesidades más acuciantes que muchos de quienes no ocupan; pero, el problema no es ése sino si sus necesidades son prioritarias sobre otros necesitados que no se resuelven a ocupar.

Una cuestión central: ¿A quién se le recortan poderes?

11. Un aspecto central de la limitación que propone el voto del Dr. Corti al texto del art. 335 del CPPCABA para que supere el examen de validez es que recorta poderes a los jueces que tienen a su cargo restablecer el orden. Dicho de un modo más detenido. La lectura del art. 335 da amplios poderes a los jueces que los aplican para establecer cuáles son los extremos de cuya concurrencia depende la desocupación. Ciertamente, lo hace teniendo en mira la preservación de un bien público, la seguridad en el ejercicio de derechos de propiedad sobre inmuebles. Pero, a un mismo tiempo, evitando que el debate acerca de ellos ponga en peligro a las personas que se ocupan de sumar pruebas en su contra o incrementar el riesgo de sufrir una condena penal. La solución que propicia el voto al que respondemos suprime algunas de las alternativas posibles a la luz del texto del art. 335, con el obvio efecto de impedir que el juez que debe decidir

incurra en un ejercicio que entiende incompatible con las garantías constitucionales y derechos contemplados en tratados internacionales.

Desde luego, semejantes desbordes son posibles, por la simple razón de que los jueces a quienes toca aplicar el art. 335 no son infalibles. En verdad, ni ellos ni nosotros. Pero, si el Legislador decidió confiar en su criterio, no parece que seamos nosotros quienes debemos poner trabas que no apuntan a todos los casos sino a algunas excepciones que no deben ser empleadas para fijar la regla.

En el ejercicio ponderado de estas facultades, amplias pero guiadas por criterios precisos, los jueces pueden y deben encontrar respuesta al único problema real que anima justificadamente el cuestionamiento al art. 335. Aunque no sepamos con precisión cuántas son las ocupaciones protagonizadas por quienes necesitan vivienda, podemos suponer que no son pocas. Tampoco sabemos cuántas tienen por protagonistas a personas que son defraudadas o explotadas por los verdaderos aprovechadores de una propiedad que saben ajena y para estos últimos la prolongación de ocupaciones ilegales es una clara ventaja convertible en dinero. Pero, el art. 335 no tiene ni puede tener el alcance de borrar el resto del orden jurídico ni especialmente los valores de convivencia cuya preservación depende en amplia medida del buen funcionamiento institucional. El art. 335 forma parte de un orden jurídico en el que el derecho a la vivienda convive con el derecho de defensa de los derechos que asiste tanto a los ocupantes como a la víctima y a la Ciudad de Buenos Aires, y esencialmente con los valores que inspiran estas creaciones o reconocimientos institucionales. Es por ello que cuando toca aplicar la norma referida el juez debe ponderar la situación humana a la luz de todo el ordenamiento y sopesar los intereses que preserva la medida que disponga y los que desatiende. En este orden de ideas, se debe extremar la aplicación de todos los recursos que la Ciudad dispone en bien de quienes no tienen techo, cosa que recuerda el criterio general del Fiscal General citado en el voto que suscita estas reflexiones. Pero, aún más, no es ajeno a la competencia que le abre el artículo 335 examinado buscar el equilibrio entre la privación que sufren las personas desalojadas y el sacrificio temporario que pesa sobre el propietario hasta el recupero. Compartimos la preocupación social del Dr. Corti, pero, no vemos el modo de atenderla en los mecanismos que propicia sino en la equilibrada aplicación de la ley vigente por el juez munido de la totalidad de las potestades del art. 335.

Mesa de dialogo

12. Las competencias del Tribunal vienen definidas por el art. 113 de la CCBA; y entre ellas no se encuentra la de “encomendar” a otros órganos, también de origen constitucional, la realización de “una Mesa de Diálogo”. En esas condiciones, la emisión de una orden de esa especie dirigida al

Consejo de la Magistratura podría dar lugar a un “conflicto de poderes”; conflicto en el que el Tribunal, más que ningún otro órgano, debe evitar en incurrir, en atención a la obligación constitucional que tiene de resolverlos.

12.1. Por lo demás, la situación planteada aquí dista de ser similar a las que resolvió la CSJN en los precedentes “Verbitsky” y “Mendoza” (publicados en Fallos: 328:1146 y 329:2316, respectivamente). En ambos casos lo que estaba en discusión era el cumplimiento de obligaciones constitucionales por parte de diversos estados locales sujetos a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema federal (en uno, las obligaciones vinculadas al tratamiento de las personas privadas de su libertad y, en el otro, el derecho a un ambiente sano), no un tribunal dentro del mismo estado. Aquí no se discute un incumplimiento del Estado local. Lo que se debate es la validez de una regla procesal, la del art. 335, en cuanto no requiere intervención del “afectado” para hacer lugar al pedido del damnificado de que se le “reintegre la posesión o tenencia del inmueble”, debate que lejos se encuentra del suscitado en los mencionados precedentes de la CSJN. Más lejana aún es la cuestión relativa a la aplicación del art. 23 del CP.

12.2. El alcance mismo del diálogo debería ser definido de manera tal que cada participante no quedara impelido por el Tribunal a obrar por fuera de sus delicadas atribuciones. En este orden de ideas, el CM no tiene atribuciones jurisdiccionales mientras que quienes encabezan las tres ramas del Ministerio Público tienen autonomía funcional. Ello no obstante, confiamos en el buen criterio con que el CM ejerce las altas competencias que le atribuyen la CCBA y la ley, particularmente la del art. 1 *in fine* de la ley 31 en cuanto le encomienda “... lograr la satisfacción de las demandas sociales sobre la función jurisdiccional del Estado”; de manera que no acompañar una propuesta como la del Dr. Corti no supone asumir una posición contraria ni menos aun no simpatizar con que estas autoridades velen por el bienestar, tanto el general como el de los más necesitados.

Por ello, y en concordancia con el Dr. Casás, votamos por rechazar la presente queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja:

1. El recurso de queja presentado por el Defensor General cumple con los requisitos exigidos por el art. 33 de la Ley N° 402, por cuanto fue interpuesto en tiempo, por escrito y con la debida fundamentación. En cuanto a su contenido planteó una serie de críticas que se encuentran bien

razonadas en contraste con la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad. Por tales motivos, la queja debe prosperar.

Recurso de inconstitucionalidad:

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa impugna la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que confirmó la sentencia de primera instancia que había dispuesto el reintegro del ya referenciado inmueble.

La impugnante circunscribe el caso constitucional “en desmedro de la garantía de defensa en juicio —en cuanto mis asistidos/as dado que no se han efectuado en autos los actos procesales tendientes a acreditar la comisión de un delito y sus posibles autores—, y, del principio de inocencia —en la medida que recae sobre mis asistidos/as el perjuicio de una decisión de trascendente injerencia, en el marco de una investigación penal por usurpación, sin haberse constatado siquiera la adecuación típica de la conducta reprochada y menos aún la determinación concreta de qué conducta se achaca, a quién, y de qué modo la llevó a cabo. A la vez que abandona manifiestamente los principios que rigen las medidas cautelares en el marco del proceso penal, dado que se trata de una medida que no tiene por objeto asegurar los fines del proceso ni evitar los eventuales ‘peligros procesales’, sino que lisa y llanamente importa una sanción anticipada.” (fs. 27).

En este sentido, la defensa procura la declaración de inconstitucionalidad del art. 335, *in fine*, del CPPCABA.

3. La Cámara, por su parte, sostuvo que:

(i) “[l]a restitución del inmueble al damnificado no vulnera el estado de inocencia de quien resulta imputado en el proceso penal, dado que, como todo instituto cautelar, tiende a asegurar los fines del proceso para evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien la solicita...” (fs. 16 vuelta);

(ii) “[i]ncluso la mentada protección anticipada, en tanto se fija con estricto fin cautelar, en modo alguno puede equipararse a una ‘pena anticipada’ tal como lo refiere la asistencia técnica, ya que a diferencia de lo aseverado en su presentación, una vez activado el sistema penal por el delito de usurpación, su naturaleza punitiva no se agota con el reintegro del inmueble a quien era su legítimo poseedor o titular.” (fs. 16 vuelta).

4. La circunstancia de que se efectivice o no el desalojo, no supone ningún obstáculo para pronunciarme sobre la cuestión constitucional traída por la defensa, porque tal como lo sostuvo la CSJN en el fallo “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (F. 259. XLVI), “se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro” (considerando 5º). La finalidad a la que alude la

CSJN tiene virtualidad en el caso y me determina a votar en el sentido en que lo expreso en los apartados que siguen

5. El art. 335, *in fine*, del CPPCABA dice: “[e]n los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

Adelanto que, por las razones que a continuación expondré, declararé la inconstitucionalidad de la norma legal citada, puesto que tal como se encuentra formulada lesiona no sólo el principio de inocencia, sino que además afecta el principio de legalidad y el derecho de defensa.

Su redacción compleja y su ubicación dentro del Código Procesal Penal de la Ciudad en el Título III (ejecución civil), del Libro V sobre “ejecución”, supone extremar su control constitucional.

6. El modo en que ha sido redactada la normativa habilita interpretaciones arbitrarias que ponen en crisis las garantías constitucionales antes mencionadas.

Permitir, en un proceso penal, que en “cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio”, con sólo “acreditar” verosimilitud en el derecho invocado, se pueda disponer el reintegro inmediato de un inmueble, supone avasallar la presunción de inocencia y del debido proceso de quien lo habita u ocupa.

La medida de reintegro, por sus efectos, es constitutiva de un estado de imputabilidad hacia quien se encuentra habitando u ocupando un inmueble. La norma legal permite anticipar un desalojo en un proceso penal que se lleva a cabo previo al dictado de una sentencia condenatoria y trata como “imputado/a” a quien pudiera no serlo: cuestión que entra en colisión con lo preceptuado por el art. 18 de la CN.

La inocencia en el procedimiento penal de acuerdo a las garantías constitucionales “impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena” (Maier Julio B. J., Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 490).

La restitución debería ordenarse entre la persona damnificada y aquella que resulte, por sentencia condenatoria y firme, indicada como usurpador/a del inmueble.

El estándar normativo exigido a la parte damnificada —la verosimilitud del derecho— pone en jaque el derecho de toda persona acusada de las garantías de su inocencia y debido proceso, por el solo hecho de tratarla

como “imputada” aun en los casos en que finalmente no llegase a ser formalmente condenada por el delito de usurpación.

Para resistir la verosimilitud del derecho del damnificado/a, la persona acusada debe demostrar su propio derecho legítimo, aun cuando no sea imputado/a y a riesgo de no contar con defensa propia. Paradójicamente, la resistencia que debe intentar se ve frustrada cuando la propia norma autoriza a disponer la medida de coerción prescindiendo de oír a la persona ocupante.

En este punto, es donde anida la arbitrariedad de la normativa legal: dispone sin mayores certezas judiciales un desalojo anticipado contra personas que —identificadas o no dentro de un proceso penal— pueden no ser finalmente condenadas por el delito de usurpación y que paradójicamente son interpeladas, por el propio dispositivo, como potenciales imputados/as.

La persecución punitiva del Estado debe condenar a quien es consignado como usurpador/a pero sólo cuando las circunstancias de prueba y hecho así lo permitan. El artículo, sin embargo, habilita tratar como tal a cualquier persona por el sólo hecho de habitar u ocupar un inmueble, sin sentencia previa y en cualquier estado del procedimiento.

Esta flexibilidad lesiona el principio de inocencia porque la norma ya presupone, mucho antes de declarar como usurpador/a a quien se encuentra en el inmueble en conflicto, como imputado/a del delito de usurpación. Se prescinde de los derechos y garantías que puede oponer quien busca mantener el goce de la ocupación.

El desalojo anticipado que prevé el artículo en cuestión se asemejaría a una medida coercitiva. Como explica Maier: “[l]a coerción estatal significa utilización de la fuerza pública por parte de órganos del Estado, para el caso, la ejercida legítimamente, esto es, la autorizada o permitida por la ley a ciertos órganos estatales (*nulla coactio sine lege praevia*)...Las medidas de coerción, expresión del uso de esa fuerza, van siempre dirigidas hacia una persona,... pues ellas se refieren *todas* a derechos fundamentales concedidos por la ley a una persona...” (Maier Julio B. J., Derecho Procesal Penal, III. Parte general. Actos procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 374).

Las medidas de coerción no son penas anticipadas ni tampoco fines en sí mismas: “sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva”. (Cafferata Nores José I., Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley nº 23.984), Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 3).

Como advierte Bruzzone: “[l]a razón de ser de las medidas de coerción (o de injerencia) reside en brindarle a los órganos del Estado encargados de la averiguación o persecución de los delitos los medios necesarios para poder cumplir con los fines del proceso. Aunque se podrían poner en crisis, digamos que esos fines son: la averiguación de la verdad y

el cumplimiento del derecho material. Si la medida no cumple con alguna de estas finalidades no se justifica” (Bruzzone Gustavo A., *La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, en Baigún, David et. al, Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 244/5).

En esta tesitura, la aplicación de determinados actos coercitivos en el procedimiento penal debe sostenerse en *necesidades legítimas* (Maier Julio B. J., op. cit.) que los avalen. Las medidas de coerción encuentran su límite, tal como lo señala Maier, en el principio de que aún una persona imputada no puede ser tratada como culpable hasta tanto se dicte una sentencia condenatoria firme.

Por otra parte, y tal como resalta Bruzzone muchas medidas de coerción se esconden detrás de medidas cautelares: “[t]oda medida de coerción, aunque se encubra bajo el nombre de ‘una medida cautelar’, si su utilización no responde a los fines mencionados, no puede ser considerada bajos estos parámetros. Se trata, en realidad, de otra ‘cosa’, encubierta bajo un rótulo que no le pertenece” (Bruzzone Gustavo A., op. cit.).

Dichas medidas presuponen prudencia en su aplicación. La faz subjetiva de la medida coercitiva se encuentra en la fundamentación: debe ser *necesaria, idónea y proporcional* (Bruzzone Gustavo A., op. cit.). Deben guardar proporcionalidad respecto de la finalidad que se persigue en el proceso penal.

Para Bruzzone, al evaluar la aplicación de una medida de coerción debe considerarse lo siguiente:

- 1) la misma tiene que estar prevista en la ley (*nulla coactio sine lege*);
- 2) el órgano que la dicte, debe ser el competente para disponerla;
- 3) la medida debe ser necesaria;
- 4) idónea para el fin que persigue; y
- 5) debe ser proporcional, teniendo en cuenta los intereses afectados” (Bruzzone, op. cit. p. 250/251).

El art. 335, *in fine*, del CPPCABA no cumple con tales exigencias: si lo que se busca repeler es el delito de usurpación, no hay motivos ni fines preventivos que puedan avalarla. Al contrario su redacción avasalla los límites constitucionales en materia de garantías penales. El artículo no sale “en el auxilio necesario para poder llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción penal hipotética (en este caso dado por el delito de usurpación)” (Maier Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 516).

De esta manera, la coerción que se aplica sobre la libertad de disponer de un bien, como en este caso, debe encontrar apoyo en elementos de prueba que señalen en *alto grado de probabilidad* que aquel sobre quien recaiga la misma, es autor o partícipe del hecho imputado. Además, que su aplicación se ampara a fin de evitar un peligro en la

búsqueda de la verdad. En el presente caso, esta probabilidad no está bien fundamentada por el art. 335, *in fine*, del CPPCABA.

Obsérvese que hay otras alternativas a través de las cuales resolver la cuestión del desalojo, que no están implicadas dentro de un procedimiento penal: el código procesal civil. Esto demuestra que el artículo en cuestión no es *absolutamente indispensable* y genera sobre la persona potencialmente imputada, un mal mayor, que se traduce en la vulneración a sus derechos y garantías constitucionales, ya señaladas.

Como ya dije al emitir mi voto en el Expte. n° 1556/02 “Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, el art. 335, *in fine*, CPPCABA, “no prevé ninguna oportunidad para que quienes puedan resultar alcanzados por una orden de lanzamiento tengan conocimiento de la tramitación de la causa, ocasión de ser escuchados, producir prueba y hacer valer los medios de defensa de que dispongan en tiempo oportuno y con las debidas garantías. Mirada así, la norma colisiona con el derecho de defensa y el debido proceso (arts. 8 y 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14, PIDCyP, art. 18, CN y art. 13, CCBA).”

Asimismo, en materia de derecho a la vivienda el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano de contralor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce en su art. 11, párrafo 1, el derecho a una vivienda adecuada—, ha entendido que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada es la “seguridad jurídica de la tenencia”, abarcadora del derecho a garantías procedimentales suficientes para revisar en sede judicial la amenaza de desalojo.

Así, en su Observación General n° 4 ha dicho que “todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas” (punto 8 a). Aún más específica es la Observación General n° 7 (1997), en la que reconoce “el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada” (punto 8) y agrega “[a]unque algunos desalojos puedan ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados” (punto 11). En este último sentido se precisa “que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran... g) ofrecer recursos jurídicos” (punto 15).

Insisto: la redacción del art. 335, *in fine*, CPPCABA, su ubicación en el CPPCABA en el acápite del Libro V sobre ejecución de sentencia y las consecuencias derivadas de su aplicación, evidencian que el artículo es contrario al derecho de defensa y al debido proceso (arts. 8 y 10,

Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14, PIDCyP, art. 18, CN y art. 13, CCBA), lo que lo torna inconstitucional.

7. En consecuencia, voto por a) **hacer lugar** al recurso de queja y de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa; b) **declarar** la inconstitucionalidad del art. 335, in fine, del CPPCABA; y c) **ordenar** el archivo de las actuaciones.

El juez Horacio Corti dijo:

I. La existencia de sentencia definitiva y la trascendencia institucional del caso

1. Considero que la decisión recurrida tiene que ser asimilada a una sentencia definitiva en los términos del recurso bajo examen.

Tal como surge de la propia práctica judicial es habitual que en los casos regulados por el art. 335 del código procesal el litigio concluya con la decisión judicial que dispone desocupar el inmueble, sin que incluso se inicie el proceso penal propiamente dicho.

Dicha circunstancia convierte, en los hechos, a aquella decisión, en la que pone fin al litigio. Por ende, ella deviene, en el sentido técnico requerido como condición de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, la sentencia definitiva del proceso.

Si no se admitiera el recurso contra esta decisión lo más probable es que, al no darse un proceso posterior, no exista ninguna resolución futura que recurrir, circunstancia que excluiría a este proceso del recurso de inconstitucionalidad, consecuencia que no cabe aceptar.

Dicho en otros términos, no existiría, por la conclusión misma del proceso a través del desalojo, la posibilidad de una reparación ulterior.

Esto hace aplicable la jurisprudencia de la Corte según la cual cabe considerar definitivas aquellas decisiones que “causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior”.

2. En otro orden de ideas, no puede dejar de tenerse en cuenta la trascendencia institucional que presenta la temática del caso. La interpretación del procedimiento establecido en el artículo 335 del CPPCABA ha sido abordada por diversos órganos del Poder Judicial de la Ciudad y ha suscitado la redacción de numerosos documentos jurídicos que dan cuenta de la complejidad del entramado de derechos y garantías involucrados, así como de las cuestiones logísticas u organizativas que presenta su ejecución —coordinación entre distintos órganos jurisdiccionales y administrativos que intervienen para efectivizar la restitución del

inmueble—. Ello revela el trasfondo social, político y jurídico que se configura en la mayoría de los casos de su clase. Esta relevancia hace necesario un pronunciamiento por parte del Tribunal, en su carácter de máximo intérprete normativo de la jurisdicción local.

II. Las intervenciones institucionales de los diferentes actores del Poder Judicial de la Ciudad

3. Con el objeto de mostrar cómo la cuestión atraviesa a los diferentes actores del sistema institucional, efectuaré una reseña de los diferentes modos en que los distintos operadores jurídicos han trabajado sobre el asunto. Conocer las consideraciones que han vertido y cursos de acción adoptados también otorga la posibilidad de tomar contacto con las demandas y exigencias que la cuestión presenta para cada uno de ellos.

3.1 Los protocolos de actuación del Ministerio Público

En primer lugar, en la órbita de las distintas ramas del Ministerio Público de la Ciudad, el contenido del art.335 del CPPCABA ha dado lugar a la elaboración de diversos protocolos de actuación. Tanto desde la cabeza del Ministerio Público Fiscal como del de la Defensa y del Ministerio Tutelar se han generados documentos a fin de tener un criterio general que unifique el modo en que sus integrantes interpretan y llevan a cabo el procedimiento previsto para la restitución de inmuebles en los casos de posible comisión del delito de usurpación.

3.1.1. El Protocolo del Ministerio Público Fiscal

Mediante la Resolución FG 121/08, el Fiscal General estableció como criterio general la actuación de los fiscales de acuerdo con lo dispuesto por el Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados elaborado por la Secretaría General de Acceso a la Justicia y Derechos Humanos, incorporado como Anexo de la mentada resolución.

Entre los fundamentos enunciados por el Ministerio Público Fiscal para su regulación se resaltó *“la necesidad de contar con un procedimiento especial que permita por una lado, cumplir con la restitución del inmueble que estipula la ley y, por el otro, reducir el impacto social que pudiera acarrear la disposición de una medida de tales características”*. Además se hizo hincapié en la necesidad de articular la actuación del Ministerio Público Fiscal con *“todos los organismos del Poder Ejecutivo de la Ciudad cuya participación resulte necesaria según cada caso, a fin de que el procedimiento de restitución se plasme de la forma menos lesiva posible, en tanto la desocupación no tenga lugar de manera voluntaria o por acuerdo”*.

Las razones transcriptas dan cuenta de que el desalojo de un inmueble tiene una trascendencia social que excede la de *un* desalojo dispuesto en una sentencia particular.

En lo que hace al procedimiento, el protocolo estipula que, luego de recibida la denuncia por parte del damnificado, el Fiscal actuante debe constatar la existencia de los presupuestos legales requeridos por el tipo penal establecido en el artículo 181 del Código Penal (que tipifica el delito de usurpación) y verificar que se reúnan las exigencias de carácter procesal establecidas en el art. 335 del CPPCABA necesarias para gestionar la restitución del inmueble. En suma, se requiere la existencia de haya indicios sobre la existencia del delito de usurpación, pedido del damnificado/a y verosimilitud del derecho invocado.

Una vez acreditados los extremos detallados, se inicia la denominada "*primera fase del protocolo*". En este punto, vale destacar que si bien el art. 335 otorga al Fiscal la facultad de que sea el propio representante del Ministerio Público quien disponga "*provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble*" el protocolo de actuación no prevé la posibilidad y estipula que -en todos los casos- la orden de allanamiento, desahucio y otorgamiento de la tenencia o posesión deberá ser requerida al Juez. Es, en palabras del Fiscal General, "*un acto de autolimitación*" (conf. Res.FG 328/2010).

En la denominada "*primera fase*" tienen lugar una serie de actos que deben ser coordinados entre el representante del Ministerio Público a cargo de la investigación y varios organismos de la administración gubernamental. En este estadio, luego de recibida la denuncia, el Fiscal actuante requiere a la Dirección General de Atención Inmediata, por intermedio del programa Buenos Aires Presente (BAP), que se constituya en el lugar presuntamente usurpado y realice un censo completo. Además, convoca a la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias para que, en la misma oportunidad, inspeccione el inmueble objeto de restitución y determine si existe peligro de derrumbe.

Cumplido ello, el Protocolo prevé cuatro (4) escenarios posibles. En el primero, el Programa Buenos Aires Presente ingresa sin inconvenientes y remite el censo elaborado al Fiscal. Con tales constancias, el Representante del Ministerio Público invita a las partes a concurrir a una *instancia oficial de mediación o composición* en la que se acordará, entre otros aspectos, la fecha y condiciones de la restitución del inmueble. En caso de arribarse a un acuerdo, el Fiscal solicita a la Oficina de Mandamientos del Poder Judicial que un agente se constituya en el lugar y realice un inventario de los objetos que se encuentran en el inmueble. Luego, comunica el acuerdo y fecha de la restitución a los siguientes organismos: SAME, Defensa Civil, Guardia de Auxilio. En caso de corresponder, en atención a las particularidades de los moradores del inmueble, también debe notificar al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a la Dirección de Minorías y sus Garantías,

al Ente Higiene Urbana, a la Dirección General de Fiscalización y Control y a la Dirección General de Protección del Trabajo.

El segundo escenario contemplado en el Protocolo tiene lugar cuando el fracasa el proceso de facilitación, sea porque las partes no arribaron a un acuerdo o porque incumplieron los términos pactados. En tal caso, el Fiscal debe intimar a los ocupantes del inmueble -a través de la Oficina de Mandamientos- para que en el plazo de setenta y dos (72) horas lo desocupen y se efectúe la realización del inventario. En el caso de que fracase la intimación, debe requerir al Juez que libere la orden de allanamiento. Con tal decisión, articulará la desocupación con la intervención de los organismos de gobierno cuya presencia resulte necesaria, acto con el que se inicia la segunda fase del procedimiento establecido por el Protocolo.

El tercero de los escenarios se presenta en los casos en los que no se han podido llevar a cabo la intervención de los organismos gubernamentales en el inmueble ni la intimación a desocuparlo. También en este supuesto el Fiscal debe requerir al Juez la orden de allanamiento a fin de materializar la restitución.

En el cuarto escenario, el informe del Programa Buenos Aires Presente y de la Dirección General Guardia de Auxilio y Emergencias indica que el inmueble presuntamente usurpado presenta peligro de derrumbe. En tal caso, el Fiscal debe dar intervención al Poder Ejecutivo de la CABA a los fines de dar curso al procedimiento de desalojo administrativo, sin perjuicio de continuar con la investigación del delito de usurpación.

La segunda fase establecida en el Protocolo comienza una vez librada la orden de allanamiento por parte del Juez. Obtenida la manda judicial, el Fiscal debe fijar la fecha en la cual se realizará el procedimiento de restitución y detallará los organismos de gobierno que participarán, a los que debe notificar. Además, evaluará la posibilidad de disponer una consigna policial una vez concluido el procedimiento, para el caso de que no se haya podido tapiar ni restituir el inmueble a su propietario.

3.1.2. Las consideraciones del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar respecto del protocolo del Ministerio Público Fiscal

A raíz de la experiencia adquirida en la práctica, el Defensor General y la Asesora General Tutelar, mediante la Resolución Conjunta DG 210/09 y AGT 172/09, pusieron de manifiesto que en la mayoría de los procesos llevados a cabo en virtud de lo dispuesto por el art. 335 del CPPCABA no se había notificado al Ministerio Público Tutelar ni al de la Defensa.

En consecuencia, a fin de salvaguardar los derechos de sus representados y en el entendimiento de que se encontrarían afectados derechos y garantías constitucionales —entre los que destacaron el derecho de defensa en juicio y la *“primacía en la protección de los niños, adolescentes y población de riesgo que se encuentre en el lugar, en*

cualquier circunstancia”— solicitaron al Fiscal General que adopte las medidas pertinentes para garantizar la debida intervención de ambas ramas del Ministerio Público según sus respectivas competencias, *desde el momento de recibida la denuncia*.

3.1.3. La respuesta subsiguiente del Ministerio Público Fiscal

En respuesta a la petición cursada, el Fiscal General dictó la Resolución 328/10. En ella, sin perjuicio de señalar que la defensa pública tenía la posibilidad de tomar vista preliminar de los casos ingresados al sistema informático JusCABA y de las denuncias que ingresan de forma automática a través de las Unidades de Orientación y Denuncia —lo que a criterio del Fiscal General *“satisface ampliamente el requerimiento de intervención”* — se dispuso que: a) en los casos en los que se proceda conforme el primer escenario previsto por el Protocolo de Actuación en Materia de Restitución de Inmuebles (Res. FG 121/08), los Fiscales, al invitar a las partes a concurrir a una instancia oficial de mediación o composición, *“deberán notificar a los ocupantes del inmueble ilegalmente ocupado acerca de los derechos y garantías relacionados con la asistencia legal y técnica por parte de letrados de su confianza o por defensores oficiales, en cuyo caso se indicará en el texto de la notificación el nombre del responsable de la defensa pública habilitado a tal fin, su horario de atención, modo de comunicación, dirección, líneas telefónicas fijas y móviles, etc.”*; b) En los casos en que se proceda de acuerdo con el tercer escenario, al momento de la intimación a desocupar el inmueble, deberán notificar a sus ocupantes los derechos señalados en el artículo anterior, con el detalle de la información que allí se menciona respecto de la defensa pública (conf. arts. 4 y 5, respectivamente, de la Res. FG 328/10).

Sin embargo, en el mismo acto se dispuso que tales directivas sólo serían operativas a partir del momento en que la Defensoría General emitiera un criterio general de actuación, comunicara sus términos a los integrantes del Ministerio Público Fiscal, e informara la vía idónea para que los ocupantes de un inmueble objeto del delito de usurpación puedan localizar al representante de la Defensoría General que corresponda según su organización interna, a los efectos de que tales datos sean incorporados en el texto de las notificaciones referidas anteriormente.

Además, el Fiscal General consideró que no correspondía abordar la temática de la legitimación del Asesor Tutelar para intervenir en los casos del artículo 335 del CPPCABA pues el Tribunal Superior de Justicia y la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas se han pronunciado en favor del rechazo de tal potestad. No obstante ello, dejó sentado que nada impide que los Fiscales den intervención a la Asesoría General Tutelar en los casos que consideren que se dan los supuestos legales para su injerencia, extremo que no se encuentra vedado por el ordenamiento jurídico (conf. art.7 de la Res.328/2010). También requirió a la

titular de dicho organismo que —mediante criterio general de actuación— informara el canal validado a los efectos de dar intervención en los casos seguidos en orden al delito de usurpación, indicando el nombre y apellido, dirección, horario de atención y teléfono fijo y móvil del contacto designado.

3.1.4. El protocolo de actuación del Ministerio Público de la Defensa

El modo en el que los Defensores Oficiales deben conducirse en los casos previstos por el artículo 335 del CPPCABA también ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte del Defensor General. Por medio de las Resoluciones DG 104/09, 155/10, 188/10, 106/11 y 188/11, estableció criterios y pautas generales para su actuación.

Las consideraciones que allí se efectúan permiten visualizar las aristas y exigencias jurídicas que presenta la cuestión desde su perspectiva.

En la Resolución 104/09, afirma que la problemática de los desalojos ha alcanzado “*niveles alarmantes de gravedad*”, destaca que la Legislatura ha prorrogado la Ley 1408 de “*Emergencia Habitacional*” (conf. ley 2472) y enfatiza que el derecho a la vivienda se encuentra expresamente reconocido por un conjunto de normas internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional (en particular, menciona el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Observaciones Generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Además, con cita a jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional Federal, advierte que “*resulta imprescindible que, previo al reintegro [del inmueble al denunciante], se adopten los recaudos mínimos y necesarios para evitar que su cumplimiento sólo traslade la problemática hacia otro lugar o genere consecuencias más gravosas -sin vivienda, con escasas posibilidades de obtener alimento, falta de abrigo, de seguridad, pérdida de la escolaridad, entre otras-, sobre todo para los grupos más vulnerables integrados por los menores que, ajenos al conflicto penal, se ven inmersos en una realidad a la que no contribuyeron*”. Como corolario, dispone que los Defensores/as de ambos fueros “*en los casos de desalojo forzoso de inmuebles destinados a vivienda (...) requerirá[n] que se preserve el derecho a una vivienda digna y la aplicación de las garantías establecidas en las Observaciones Generales N° 4 y 7 en materia de desalojos forzosas y las Observaciones Finales de 1999 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas...*”.

En la Resolución 155/10 enfatizó que “*el trámite de causas que puedan involucrar el desalojo forzoso de una persona o grupo de personas de inmuebles destinados a vivienda, sin haberlas escuchado previamente, vulnera los derechos de defensa en juicio y al debido proceso*”. En tal oportunidad, además de requerir al Sr. Fiscal General que “*adopte las medidas pertinentes para garantizar que los Fiscales en lo Penal, Contravencional y de Faltas comuniquen la existencia de un proceso penal*”.

*al Defensor Público en los Penal, Contravencional y de Faltas que por turno corresponda, desde el momento inicial de las actuaciones”, fijó los criterios generales de actuación de los integrantes del Ministerio a su cargo. En cuanto a la actuación de los Defensores Oficiales se estipula que, a) con carácter previo a la restitución del inmueble deberán: i) brindar asistencia jurídica a las personas que habitan en ellos, aun cuando no estén formalmente imputadas del delito y *procurar que sean oídos por el juez antes del lanzamiento*; ii) *plantear la inconstitucionalidad del artículo 335* y solicitar, eventualmente, el archivo o una excepción de previo y especial pronunciamiento a fin de analizar los requisitos de la restitución; iii) en caso de que el damnificado sea el Estado, nacional o local, requerir se deje sin efecto la solicitud de restitución; iv) *en caso de que los habitantes deban requerir judicialmente una vivienda alternativa, deberán poner en conocimiento al Defensor General para que un defensor ante el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario inicie la causa correspondiente*; v) *solicitar que se notifique a todos los habitantes del inmueble la fecha del lanzamiento y destino alternativo donde serán trasladados, el que deberá revestir las condiciones de vivienda adecuada*; vi) *en caso de que en el inmueble habiten niños o personas afectadas en su salud mental, requerir que se ponga en conocimiento de la cuestión al Ministerio Público Tutelar para que tome adecuada intervención*; b) durante el cumplimiento de la restitución los defensores: i) deben estar presentes durante el lanzamiento y velar por la seguridad de las personas desalojadas; ii) solicitar la presencia del Juez y Fiscal a cargo del operativo, como así también la de los funcionarios responsables del área de desarrollo social del GCBA; iii) solicitar que el lanzamiento se realice durante horario diurno, evitar que se lleve a cabo los días de mal tiempo; y iv) velar por la seguridad de los bienes desalojados y por su traslado a las nuevas viviendas.*

La Resolución 106/11 tiene por objeto articular el trabajo y la comunicación entre los Defensores que actúan en cada uno de los fueros locales, en todas las instancias, cuando sus casos involucran a las mismas personas. Se hace especial referencia al delito de usurpación, en tanto comprende, por un lado tareas defensivas ante el Fuero PCyF y, por el otro, la necesidad de garantizar el acceso a la vivienda digna a través de causas que se radican en la justicia en lo contencioso administrativo y tributario.

La vigencia de los criterios generales de actuación enumerados ha sido prorrogada por el término de un año a partir del día 2 de agosto de 2011 (conf. Res. DG 188/11).

3.1.5. La resolución conjunta del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa

Por último, la Fiscalía General y la Defensoría General emitieron la Resolución Conjunta FG 75/11 y DG 69/11, mediante la cual decidieron *“conformar un equipo técnico a efectos de elaborar en el plazo de 90 días un*

proyecto de reglas de actuación de magistrados del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa, en el marco del protocolo operativo fijado por la Resolución FG 121/08 relativo al procedimiento de restitución contemplado en el art.335, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (art.1). En el segundo de los artículos se designó a los representantes de cada una de las ramas del Ministerio Público que integrarían el mencionado equipo.

3.2. El Acuerdo 4/2009 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

El 27 de octubre de 2009, a raíz de un requerimiento efectuado por la Sala II, la Cámara PCyF se pronunció sobre cuál debía ser el efecto que corresponde otorgar al recurso de apelación interpuesto contra las decisiones que hicieran lugar a la restitución prevista en el artículo 335 del CPPCABA. Se cuestionaba si el desahucio debería llevarse a cabo sin perjuicio del cuestionamiento del recurrente u otorgar efectos suspensivos a su presentación.

El pleno de la Cámara decidió *por unanimidad* que “*a los efectos de asegurar el derecho de defensa en juicio y en el caso particular cuando los jueces de primera instancia dispongan la medida cautelar del art. 335 del CPPCABA in fine y la misma sea apelada, el recurso tiene efecto suspensivo*”.

3.3. La resolución 375/2012 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad

En el marco de las deliberaciones llevadas a cabo en ocasión de resolver el expediente CM N° SCD-157/12-0, los integrantes del Plenario del Consejo de la Magistratura vertieron una serie de consideraciones que ilustran la complejidad que contiene la temática de autos. En las actuaciones se había cuestionado la actuación de un magistrado en el marco de la ejecución de un desalojo decidido con fundamento en las disposiciones del artículo 335 del CPPCABA.

Si bien la denuncia fue desestimada por mayoría de votos, dadas las inquietudes que habían surgido en el marco del debate planteado, el Plenario del Consejo, también por mayoría, decidió efectuar una serie de reflexiones sobre la problemática de los desalojos. Para sustentar su intervención el Plenario destacó la existencia de una *situación de gravedad institucional*. También sostuvo que del análisis del caso *podría inferirse que el sistema judicial no estaría dando respuestas a la problemática social emanada de las situaciones planteadas en casos de la especie*.

Así, y haciendo mención de su responsabilidad institucional, se consideró adecuado manifestar a los operadores del sistema judicial, al órgano legislativo y al Poder Ejecutivo a que adviertan este punto de inflexión en el que se inserta la problemática social aludida.

La resolución 375/2012 -dictada en consecuencia- invita “a los Señores y Señoras Magistrados y Magistradas que intervengan en las causas en las que proceda la restitución de inmuebles -en el marco de las facultades y atribuciones que le son propias- extremen los recaudos tendientes a propiciar la desocupación voluntaria, instando asimismo a que dé intervención al momento del lanzamiento, a la totalidad de los organismos competentes; a fin de morigerar la situación social producida, particularmente cuando se encuentren involucrados niñas, niños, personas con capacidades especiales y/o toda otra población en situación de riesgo. Ello a fin de coadyuvar a la mejor prestación del servicio de justicia, en orden a lo previsto por el artículo 1º de la Ley ut supra citada [ley 31]”.

Asimismo, invita “al Ministerio Público a continuar las acciones llevadas a cabo con motivo del dictado de la Resolución Conjunta FG 75/11 y DG 69/11 y sus modificatorias, mediante la cual se dispuso la conformación de un equipo técnico a efectos de elaborar un proyecto de reglas de actuación de Magistrados del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa, en el marco del protocolo operativo fijado por la Resolución FG 121/08, relativa al procedimiento de restitución de inmuebles contemplado en el artículo 335, último párrafo del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sumando a este trabajo a la Asesoría Tutelar, conforme sus atribuciones”.

Las opiniones y consideraciones vertidas por los consejeros durante la deliberación, plasmadas en la versión taquigráfica de la Sesión Ordinaria del 28 de junio de 2012, ofrecen un panorama ilustrativo de las cuestiones involucradas.

La Dra. Petrella expresó su preocupación en torno a la existencia de los “derechos vulnerados, como los derechos a la vivienda, salud...”. A su entender “siempre que se dicte una orden de desalojo, dicha resolución no puede omitir considerar los derechos constitucionales a la vivienda digna, a la salud de las personas que, indefectiblemente, se van a ver afectados con las consecuencias de la medida ordenada, así como la particular situación de las personas discapacitadas o menores de edad, cuestión que a mí juicio deberá ser constatada en todos los casos. En este sentido, no puede soslayarse que la alta valía de los derechos involucrados, reconocidos en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (Título Segundo, Políticas Especiales), en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Ley Fundamental por conducto de su artículo 74, inciso 22, los hace merecedores de una protección particular”. Además afirmó tener “el convencimiento que los efectos perjudiciales de los derechos de las personas desalojadas podrían morigerarse si se articularan herramientas efectivas tendientes a organizar estos procedimientos, no sólo teniendo en miras los intereses de quienes aducen un menoscabo en su derecho constitucional de propiedad, sino también los de quienes se encuentran en una situación de máxima

vulnerabilidad, máxime teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, el desalojo importa a la persona encontrarse en situación de calle”.

El Dr. Concepción destacó la necesidad de armar equipos técnicos para desarrollar protocolos de actuación que contemplen los temas que fueron motivos de este expediente. Hizo referencia al modo en que se regula el procedimiento en el orden nacional. En torno a ello, explicó que allí se contempla la existencia de un indagado, lo que obliga a la comparecencia de un defensor y resguarda el derecho de defensa en juicio, extremo que consideró no asegurado en el código ritual de la Ciudad. En lo que hace al orden local, enfatizó *“la necesidad de que todo el Poder Judicial de la Ciudad realice —según el seguimiento de las competencias que posee cada una de las partes que lo componen— una interpretación del artículo 335 del código de rito en materia penal, que resulta armónico con los principios constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio previstos en la Constitución Nacional, la Constitución de esta Ciudad y los pactos y tratados de derechos humanos que la Argentina ha suscripto, y que al poseer jerarquía constitucional forman parte esencial de nuestro ordenamiento jurídico”.*

Además, consideró que *“resulta de suma relevancia para el fortalecimiento de la administración de justicia la unificación de criterios en un protocolo de procedimiento común entre todas las ramas del Ministerio Público, conforme el espíritu de la Resolución Conjunta FG 75/11 y DG 69/11, tendiente a lograr una interpretación consensuada y conforme a las garantías y derechos mencionados”.*

A su turno, el Dr. Olmos señaló que el artículo 335 CPPCABA tiene particularidades en cuanto a su ejecución que han generado *“alertas en el sistema judicial para todos los actores y los órganos que intervienen en el proceso -hablo en este caso del proceso penal-, sea la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas como el Ministerio Público en sus tres ramas (...) Hay temas que van más allá del propio expediente y de la propia denuncia en cuestión y que tienen que ver con cómo se ejercen derechos que están consagrados en la Constitución de la Ciudad. Es decir, derechos a la legítima defensa, a la vivienda, al acceso a bienes y servicios en esta sociedad”.* Puso de relieve la importancia de propiciar la desocupación voluntaria, de dar intervención a todos los organismos competentes a fin de morigerar la situación social producida y de garantizar una adecuada protección de los afectados, en especial cuando se encuentren involucrados niños, niñas, personas con discapacidades y cualquier otra población en situación de riesgo.

Por su parte, el Dr. Baldomar dio cuenta de las dificultades interpretativas que presenta el artículo 335 del CPPCABA: *“...de lo que surge de este caso y de lo que ocurre en la vida cotidiana de los tribunales penales, contravencionales y de faltas es claro que nos encontramos ante una norma que nos ha llevado a una zona gris. Y esa zona gris ha hecho que hoy se encuentre en juzgamiento la actuación de una colega. Entiendo*

que resulta necesario poner en conocimiento a la Legislatura a los fines que estime corresponder respecto a todas las consideraciones que se dieron en el dictamen de mayoría y de minoría (...) a los fines de que las técnicas de las normas ayuden a evitar tratar expedientes como el presente”. “Una redacción más clara del art.335 referenciado puede evitar en el futuro denuncias como la aquí señalada (...), asimismo, en la misma dirección, se lograría reducir el monto de los conflictos jurisdiccionales existentes en tal rubro, lo que ayudaría a garantizar una eficaz prestación de justicia”.

El Dr. Fábregas se refirió al compromiso de las garantías constitucionales no solamente de la Ciudad de Buenos Aires sino de la Constitución Nacional, incorporadas por el artículo 75 mediante la adhesión a los pactos internacionales, que el caso conlleva. En especial, hizo mención de las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y de la obligatoriedad de su consideración en los casos que involucren a menores de edad como afectados por la decisión de desalojo.

La Dra. Candarle centró su análisis en la afectación al derecho de propiedad que implica el delito de usurpación y la necesidad de que los tribunales otorguen debida tutela a la garantía constitucional contenida *“en varios de los tratados internacionales de jerarquía constitucional enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XXIII); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 17) y Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (art.21). Naturalmente, también está expresado en forma categórica en el propio texto de la Constitución Nacional, artículo 14 y 17”.* Consideró primordial tener en cuenta que el artículo constitucional que consagra la protección de la propiedad *“...está ubicado en la primera parte de la Constitución Nacional, aquella que es objeto del claro precepto del artículo 75, inciso 22, donde se aclara que los tratados allí enumerados no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.*

La referida Resolución 375, a su vez, motivó una comunicación de los Dres. Carla Cavaliere y Fernando Enrique Juan Lima, en cuanto presidentes de las Asociaciones de Magistrados, circunstancia que revela la complejidad y las diferentes aristas de la problemática que subyace al caso examinado.

3.4. La lectura de la reseña que antecede no deja dudas sobre la trascendencia institucional de la cuestión, tanto por la entidad de los derechos involucrados —los del damnificado y los de los afectados—, por la situación social que revelan y producen los desalojos; también porque son casos que requieren acciones coordinadas por parte de todos los operadores jurídicos involucrados, si lo que se pretende es arribar a soluciones que reduzcan, en la medida de lo posible, el uso de la coerción y no agraven la ya difícil situación que se configura en ellos. Además,

demuestran los inconvenientes que derivan de la falta de lineamientos claros en cuanto al alcance que corresponde otorgar a la norma procesal cuya constitucionalidad aquí se cuestiona.

III. Los proyectos de ley presentados en la Legislatura de la Ciudad

4. Asimismo, también existen en nuestra Legislatura proyectos de reforma del art. 335.

A principios del año en curso, los diputados Rafael Gentili y Julio Raffo presentaron el proyecto Nro.201200336, mediante el cual promueven una nueva redacción para los artículos 155 y 335 del CPPACABA. En lo que aquí me interesa destacar, proponen que el artículo 335, quede redactado del siguiente modo: *“En los casos de usurpación de inmuebles, el Juez podrá disponer por auto fundado el reintegro provisorio e inmediato de la posesión o tenencia del inmueble, cuando exista prueba suficiente de la comisión del delito y el derecho invocado fuera verosímil, siempre que se hubiera cumplido previamente con lo dispuesto en los artículos 92 y 161. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario. El auto será apelable con efecto suspensivo. Cuando el damnificado no sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, además, se cumplan los recaudos antes especificados para que resulte procedente el reintegro provisional o definitivo del inmueble, el Juez interviniente deberá intimar al Gobierno para que, en el plazo de diez (10) días, provea una solución habitacional adecuada para el/los ocupante/s. En el supuesto de encontrarse involucrados en cualquier carácter Niños, Niñas y/o Adolescentes, deberá darse intervención, previo dictado a la orden de restitución, al Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires y al Ministerio Público Tutelar”*.

Entre los fundamentos del proyecto, los diputados mencionaron que actualmente el Ministerio Público Fiscal sólo analiza *“la verosimilitud del derecho, sin siquiera individualizar a los presuntos autores de los delitos denunciados, asimismo, luego de la restitución las causas en general termina en el archivo, sin determinar la culpabilidad o no de los imputados”*. Consideraron que *“se debe analizar previo a cualquier medida cautelar si se encuentran los elementos objetivos y subjetivos del delito de usurpación, esto es si se comprueba que el/los presuntos usurpadores realizaron la conducta delictiva a sabiendas de la prohibición legal. Por lo tanto, se debe tener indicios vehementes de la comisión del delito, imputable penalmente a una o más personas identificadas, notificadas del delito que se le imputa, ejerciendo su defensa y presentando las pruebas que consideren relevantes”*. Finalmente, advirtieron que la intervención *directa y automática* del Ministerio Público tiene obedece a la propia razón de ser de dicho órgano, más allá de la calidad que ostenten los niños, niñas y adolescentes involucrados en los casos de usurpación.

Recientemente, también el diputado Juan Cabandié presentó una propuesta de modificación de la norma que nos ocupa (Proyecto 2096-D-2012). Su proyecto va en el mismo sentido que el reseñado anteriormente. Al exponer las razones para promover la reforma, pondera la solicitud de revisión de la redacción de la norma formulada por el Consejo de la Magistratura de esta Ciudad por resolución 375/2012, destaca los escenarios de violencia que han tenido lugar a raíz de los desalojos dispuestos por la Justicia local y sostiene que el proyecto *“pretende introducir modificaciones mediante las cuales estas situaciones podrían haberse evitado, garantizando los derechos constitucionales de debido proceso y defensa en juicio (...)Lo novedoso, y donde más se afianza el derecho de defensa en juicio del imputado, es en la obligatoriedad de cumplimentar previamente con lo dispuesto por los arts. 92 y 161 del mismo cuerpo normativo: debe notificarse al imputado concretamente cuál es el hecho por el que se encuentra encausado, y la investigación solamente puede versar en torno a aquél. Además, se le hará saber el derecho que le asiste de ser asistido por un/a defensor/a de su confianza o de designar al/la Defensor/a Oficial y de prestar declaración personalmente o por escrito, en el momento o cuantas veces quiera, sobre los hechos imputados o de abstenerse sin que ello importe presunción en su contra. Asimismo, se pretende preservar la situación de los mas vulnerables, que pueden verse envueltos en el proceso sin ser imputados: para ello, se prevé la intervención del Equipo Público de Abogados del Niño, del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires y del Ministerio Público Tutelar”*.

IV. Las cuestiones constitucionales planteadas por la Defensa.

5. Sentado lo anterior, corresponde resaltar los agravios constitucionales efectuados en autos por el Ministerio Público de la Defensa.

La Defensa sostiene que se afectan los siguientes derechos y garantías:

a) Garantía de Defensa en Juicio (arts.18 y 75 inc.22 CN; art.11 DUDH; art.8 CADH, art.14 PIDCP; art.26 DADH, art.13.3 CCABA) en cuanto sus asistidos nunca fueron oídos durante el proceso;

b) Garantías del debido proceso: *“dado que no se han efectuado los actos procesales tendientes a acreditar la comisión de un delito y sus posibles autores”*;

c) Principio de inocencia en la medida en que recae sobre sus representados una decisión de trascendente injerencia, en el marco de una investigación penal por usurpación sin haberse constatado siquiera la adecuación típica de la conducta reprochada y menos aún la determinación concreta de qué conducta se achaca, a quién, y de qué modo se llevó a cabo.

También aduce que la decisión abandona manifiestamente los principios que rigen las medidas cautelares en el marco del proceso penal, dado que se trata de una medida que no tiene por objeto asegurar los fines del proceso ni evitar los eventuales “*peligros procesales*”, sino que lisa y llanamente impone una sanción anticipada.

6. Considero que de acuerdo con las exigencias del artículo 27 de la Ley n ° 402 se ha planteado en el caso traído a estudio una cuestión constitucional, en el que se han invocado disposiciones constitucionales y derechos de igual jerarquía que —a criterio del recurrente— se encontrarían lesionados por la decisión (arts. 14 bis, 18, 19 y 75 inc.22, art.11 DUDH, art.8 CADH, art.14 PIDCP. Art.26 DAHD, art.13.3 CCABA, entre otros).

V. Las diferentes técnicas jurídicas referidas a diferentes aspectos y modalidades del desalojo instrumentadas en el derecho positivo

7. Con el objeto de precisar el alcance de la norma cuestionada para efectuar su evaluación constitucional, resulta útil conocer el modo en que distintos ordenamientos regulan diferentes procesos de desalojo.

Tomar contacto técnicas legislativas e interpretaciones jurisdiccionales que consagran otros modelos de resolución de un conflicto, cuya raíz conceptual es común, o de regulación de alguno de sus múltiples aspectos, permite mejorar la comprensión del fenómeno aquí en examen, al mismo tiempo que aumenta la posibilidad de arribar a una solución —entre aquellas disponibles— que podamos calificar como la más ajustada a los valores, principios y normas fundamentales que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

7.1. El régimen de desalojo en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La evolución del artículo 463.

El artículo 463 del CCAyT, en su redacción original, establecía: *“Acción de desocupación. Procedencia. Trámite. En los casos de desocupación de bienes del dominio privado del Estado, cualquiera sea su causa o motivo, si se ha cumplido el plazo previsto o, en su caso, declarada la rescisión o revocación del acto por el cual se hubiera otorgado, aquélla intima la desocupación del/la o de los/as ocupantes, quienes tienen la carga de restituir el bien dentro del término de diez (10) días corridos. La autoridad administrativa, debe requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupantes. En tal caso, el tribunal, previa acreditación del cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, sin más trámite, ordena el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder. La medida no puede suspenderse sin la conformidad de la autoridad administrativa”*.

La “acción de desocupación” a la que se refiere el artículo precedente presenta una naturaleza similar a una medida cautelar. En rigor, el lanzamiento allí establecido, es una gestión que debe hacerse por vía judicial a fin de obtener la desocupación del inmueble que pertenece al dominio privado del Estado local. La orden de lanzamiento se dictaba *inaudita parte*, previa constatación por parte del Juez de la existencia de verosimilitud en el derecho invocado por la administración y peligro en la demora.

En los autos “Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra Felicia Alicia y Otros s/Desalojo s/recurso de Inconstitucionalidad concedido”, el Tribunal Superior de Justicia se pronunció sobre la falta de adecuación constitucional del art.463 del CCAyT y confirmó la sentencia de grado que la había declarado de oficio.

En dicha oportunidad, la Dra. Alicia Ruiz sostuvo que “*el procedimiento diseñado por el artículo 463 del CCAyT no prevé ninguna oportunidad para que quienes puedan resultar alcanzados por una orden de lanzamiento tengan conocimiento de la tramitación de la causa, ocasión de ser escuchados, producir prueba y hacer valer los medios de defensa de que dispongan en tiempo oportuno y con las debidas garantías. Mirada así, la norma colisiona con el derecho de defensa y el debido proceso (arts.8 y 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art.14 PIDCyP, art.18 CN y art.13 CCABA).*”

Según el análisis del Dr. Maier, la norma presentaba un doble reproche constitucional porque “*...por una parte, se adoptó un método de desalojo que prescinde del respeto a la elemental garantía del debido proceso legal, previo a autorizar la injerencia estatal coacta, y por la otra, la función que la norma asigna a la judicatura no pasa de constituir un mero asentimiento mecánico, despojado de toda crítica a la procedencia del desahucio*”.

Los Dres. Muñoz y Casás destacaron, por su parte, que “*si bien no pueden negarse la existencia ni la legitimidad del principio de autotutela este debe operar respetando los límites que le fija la Constitución y el necesario respeto de los derechos individuales*”. Indicaron que el equilibrio entre el principio de autotutela y las facultades de los jueces de ejercer una adecuada y oportuna tutelar cautelar es el que permite asegurar el derecho de defensa. Luego de ello, y con referencia al rol institucional del juez, concluyeron que “*el art.463, cuando establece que el lanzamiento no podrá suspenderse sin la conformidad de la autoridad administrativa, contiene una limitación al poder cautelar del juez que además de limitar ilegalmente sus facultades vulnera el derecho de defensa de las personas eventualmente desalojadas*”.

A su turno, la Dra. Conde especificó que “*el artículo excluye toda posibilidad de defensa del ocupante del inmueble a desalojar, posibilidad que debe acordarse más allá de la presunción de legitimidad de los actos*”.

administrativos, pues el derecho a ser oído en sede judicial se impone sobre aquélla y no puede considerarse que tal ablación de posibilidades reales de defensa se considere salvada por la posibilidad del particular de impugnar judicialmente el acto administrativo. El diseño de la norma viola la garantía de acceso a la justicia, establecida en el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad y en el artículo 25.1 del Pacto Americano sobre Derechos Humanos; pues no basta que el sujeto contra el que se dirige la acción haya sido citado en sede administrativa o que pueda impugnar el acto en sede judicial, el trámite del proceso debe asegurarle la oportunidad de acceder a ser oído por el magistrado y a plantear ante él todas las defensas, admisibles y pertinentes, de las que pudiere valerse frente a la pretensión de la administración”.

En el año 2007 la Legislatura de la Ciudad, por iniciativa de la diputada Ivana Centanaro sancionó la ley n° 2555 (BOCBA 28282, del 10/12/2007) mediante la cual modificó el segundo párrafo del art. 463, es decir, el trámite judicial allí contemplado. En lo que a ello se refiere, la norma, actualmente, establece: *“La autoridad administrativa puede requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupantes. En tal caso, el Tribunal, previa acreditación de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, corre traslado por diez (10) días perentorios a la parte demandada. Vencido este término, el Tribunal, cumplidas las medidas para mejor proveer que pueda haber dispuesto, llama autos para sentencia, la que debe dictarse dentro de los cuarenta (40) días”.*

Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta las razones dadas por la diputada Ivana Centanaro al momento de presentar su proyecto de modificación legal. En dicha oportunidad sostuvo que *“el precitado artículo 463 tiene como fin asegurar de una manera rápida la desocupación de los bienes del dominio privado del Estado en los casos previstos, y si bien es cierto que la norma mencionada se limita a establecer un procedimiento expedito para obtener el desalojo de los inmuebles de propiedad del Estado, no lo es menos que el establecimiento de este procedimiento inaudita parte, ante un supuesto en el que la administración ejerce sus potestades sobre bienes de dominio privado del estado, no resiste el análisis de razonabilidad, puesto que hay una clara desproporción entre la prerrogativa adjetiva otorgada por la ley al estado y el bien jurídico tutelado, resultando, por tanto, el artículo 463, violatorio de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio prevista en el art. 13, inc. 3º de la CCABA. En efecto, la citada disposición legal prevé una acción de lanzamiento inaudita parte, que excluye la participación del que fuera adjudicatario del inmueble cuya desocupación se pretende. La negación de la intervención de aquél en un proceso judicial, en calidad de parte y con derecho a ser oído y producir pruebas, se presenta como un desconocimiento del derecho de defensa en juicio consagrado por los artículos 18 CN y 13 inc. 3º de la CCABA”.*

Además, luego de citar las normas de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que consagran el derecho de defensa en juicio,

enfaticó que *“la garantía del debido proceso implica el derecho de toda persona a ser oída, de producir prueba, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones. Esta garantía no puede verse satisfecha con la posibilidad de actuar en sede administrativa, toda vez que no se trata de una instancia ante un órgano imparcial e independiente, no ofrece las garantías propias del sistema judicial, máxime considerando que la ley de procedimientos administrativos no prevé como obligatorio el patrocinio letrado para asistir al administrado (cf. art. 22, inciso f 1). El artículo 463, además de no constituir una regulación razonable del derecho de defensa en juicio, deniega de plano la intervención del demandado con anterioridad al dictado de la sentencia que ordena el desalojo. De ese modo, no sólo infringe la garantía del debido proceso, sino que además restringe la potestad del juzgador de evaluar la procedencia de las pretensiones traídas a su conocimiento valorando los hechos y el derecho aplicable, en razón de esa misma imposibilidad de atender a las razones que una de las partes podría esgrimir”*.

Visto lo anterior, aparece como sobre abundante explayarse acerca de la diferencia en la tramitación de la desocupación introducida a través de la reforma a fin de adaptar el Código a las directivas constitucionales. El hecho de otorgar traslado por diez días, por un lado otorga al juez mayores elementos de análisis y prueba para formar su convicción respecto de la procedencia de la medida y, por otro, garantiza el derecho de defensa y amplía las posibilidad de que los intervinientes arriben a una solución que prescinda del uso de la fuerza, a más de ser contemplativa de las particularidades del caso.

No obstante ello, vale destacar que desde el ámbito de la Defensoría General de la Ciudad se ha generado un proyecto a fin de impulsar la reforma legislativa de la norma, como también del artículo 335 del CPPCABA, con el objetivo de establecer mecanismos procesales que aseguren que, al momento de decidirse judicialmente la desocupación de un inmueble de propiedad del Gobierno, el magistrado interviniente tenga en consideración la particular situación de las personas desalojadas y, en caso de que se trate de familias que -de concretarse la medida quedaría en *“situación de calle”*- el Gobierno se vea compelido a arbitrar los medios necesarios para proveerles una alternativa habitacional razonable (http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/1946_Opinion%20defensor%20general.pdf).

7.2 Las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el orden nacional, el proceso civil de desalojo se encuentra reglado en los artículos 679 a 688 del CPCCN. En lo que aquí me interesa destacar, se dispone que la restitución del inmueble puede ser dispuesta *en cualquier momento luego de trabada la litis*.

Es decir, con posterioridad a un acto formal mediante el cual se le comunica al demandado la existencia y las características del proceso de desalojo, otorgándole la posibilidad de efectuar los planteos que estime corresponder a los efectos de hacer valer sus derechos. Además impone al solicitante de la medida el deber de acreditar verosimilitud en el derecho invocado y de prestar caución.

Textualmente, el artículo 680 bis del CPCCN establece *“En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar”*.

También es dable destacar que —respecto de quienes no tuvieron título legítimo para la ocupación del inmueble— el plazo para el lanzamiento será de cinco días desde notificada la sentencia del juicio (conf. art. 686).

Por su parte, el artículo 242 del CPCCN declara inaplicable a los desalojos las disposiciones que rigen en materia de inapelabilidad por el monto, consagrando así la posibilidad de interponer recurso en cualquier caso contra la sentencia de fondo.

7.3 El sistema del Código Procesal Penal de la Nación. El artículo 238 bis del CPPN

El artículo 238 bis del CPPN dispone: *“En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario”*.

En cuanto a la naturaleza de la medida allí contemplada, cabe destacar que la mayoría de los autores concuerdan en que se trata de una medida cautelar (ver en este sentido, entre otros, D’Albora, Franciso J. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*. Tomo I, Lexis Nexis. Bs. As., 2005, págs. 533/534; Hornos, Roberto E. “El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados”, LL-2001-E, pág.936; Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, *Código Procesal de la Nación - Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Hammurabi, Bs. As., 2004, pág. 598,599).

Sin embargo, existen dos líneas interpretativas en lo que respecta al momento procesal en el cual puede ser decidida la restitución provisoria. Cierta sector de la jurisprudencia sostiene que es necesario haber cumplido con el llamado a indagatoria, mientras que para otro, ello no resulta una exigencia que se encuentre contemplada por la pauta jurídica. Para los autores enrolados en esta última postura la frase *“en cualquier estado del proceso”* debe ser entendida en sentido amplio e implica la facultad del juez

de ordenar la restitución desde el comienzo de la causa, aún antes de haber citado a los presuntos autores del delito.

En la primera línea argumental, se ha enrolado, por ejemplo, la Sala VII de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, tribunal que ha sostenido que *“el artículo 238 bis del Cód. Proc. Penal de la Nación autoriza a los jueces a decidir el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble en cualquier estado del proceso, siempre que se haya convocado a los imputados en indagatoria, aunque sin que se requiera que hayan concretado el descargo pertinente, marco en el cual también pueden negarse a declarar”* (CNCrim. y Corr., Sala VII, *in re* “Quiroga, Norma B”, del 9/11/07”, Causa 32.945). Otros tribunales también se han pronunciado en este sentido. Así, se ha dicho que *“si no media convocatoria en los términos del art.294 del Cód. Proc. Penal de la Nación, deviene prematura la entrega del inmueble fundada en el art.238 bis, pues se requiere, cuanto menos, la sospecha de que quien habita el inmueble participó de la comisión del hecho delictivo aquí investigado* (CNCrim. y Corr., Sala VI, 1/8/05, “Gómez, Silvia C”, c.26.979; *ídem*, Sala IV, 25/06/01, “Chorolque, María R”, c.16.343 y Sala VI, 24/08/07 “Cincunegui, Juan”, c.32.791).

Paralelamente, la Sala V de la misma Cámara otorga un alcance distinto a esta norma procesal. Así, considera que *“el artículo 238 bis del Código de forma no exige, para su procedencia, la previa existencia de declaración indagatoria por parte del imputado. Sólo reclama la imputación por el delito de usurpación, el pedido del damnificado, la verosimilitud del derecho y, como toda medida cautelar -de eso, en rigor de verdad, se trata- el peligro en la demora”* (CNCrim. y Correcc, Sala V, 16/07/07 “Ocupantes del inmueble sito en la calle Sarandí 1264/66”, Causa 32.429).

En esta tesitura también se enrola el Dr. Hornos, quien entiende que la oportunidad para el dictado de la medida *“debe ser tomada con un sentido amplio, abarcativa de la totalidad de una causa penal, a partir de su inicio y hasta su finalización”*. En su opinión, la restitución puede ser ordenada en cualquier ocasión desde del inicio de la etapa instructoria hasta el cierre del debate y para decidir su procedencia debe ponderarse sólo la verosimilitud en el derecho. Además, sostiene que *“la medida precautoria incorporada al proceso penal podría dictarse sin que el requirente preste contracautela”* (art.399 CPPN) (Hornos, Roberto E. “El reintegro en el proceso penal de inmuebles usurpados”, LL-2001-E, pág.941). Por su parte, D’Albora considera que no obstante no especificar la necesidad de que se configure el peligro en la demora, corresponde su evaluación en razón de la naturaleza de la medida y por ser inherente al trámite de toda medida cautelar (D’Albora, Franciso J. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*. Tomo I, Lexis Nexis. Bs. As., 2005, págs. 533/534).

7.4 La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El máximo tribunal de justicia de la Nación se ha expedido en torno a las características que deben presentar las decisiones concernientes a los bienes involucrados en el delito de usurpación (art.181 del Código Penal de la Nación) en los autos *Fiscal c/Vila, Nicolás y Otros s/Recurso de hecho* (CSJN, sent. del 10 de octubre de 1996). El caso sometido a su pronunciamiento tuvo lugar en la Provincia de Mendoza. Allí el juez de primera instancia dictó una *medida cautelar innovativa* mediante la cual ordenó levantar los alambrados de un predio ganadero con la finalidad de evitar que se siguieran produciendo los efectos del delito de usurpación. Es de destacar que en el antecedente, la restitución fue ordenada *como consecuencia de haberse dictado el auto de procesamiento y prisión preventiva contra el imputado*.

En primer lugar, la Corte admitió la queja interpuesta por considerar que, dada la magnitud de sus efectos, la decisión era equiparable a una sentencia definitiva.

Con relación a las pautas que deben regir la decisión, se sostuvo que *“en razón del respeto a la libertad individual y a la libre disposición de los bienes de quien goza de una presunción de inocencia por no haberse dictado sentencia condenatoria, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar personal o real que se otorgan al juez de instrucción deben adoptarse con la mayor mesura que el caso exija, respetándose fundamentalmente el carácter provisional de la medida y observando que su imposición sea indispensable y necesaria para satisfacer —con sacrificio provisorio del interés individual— el interés público impuesto para evitar —en ciertos casos— que el presunto delito siga produciendo sus efectos dañosos”*.

Además, especificó la necesidad de que el juez evalúe la procedencia de la medida de acuerdo con los argumentos expuestos por el destinatario de la coerción, para determinar su carácter y la trascendencia de sus efectos. En tal sentido, criticó la falta de consideración del magistrado de grado e indicó que su *“...debido análisis lo habría advertido de la necesidad de determinar la indispensabilidad de la medida impuesta en relación a las concretas circunstancias de la causa, como así también valorar si tal medida revestía —en cuanto a sus efectos y alcances— el carácter de provisorio”*.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema exige que el juez que adopte la decisión con mesura, fija como parámetro que la imposición de la medida —cuyo carácter provisorio enfatiza— *“sea indispensable y necesaria”* y requiere que se tengan en cuenta los planteos del imputado, lo cual -evidentemente- supone oírlo, para determinar cuáles son las concretas circunstancias de la causa y el impacto que generará.

7.5. La reseña de las previsiones efectuadas por los ordenamientos citados —más allá de las especiales características y plazos adoptados— arroja, en lo que aquí me interesa poner de relieve, un criterio mayoritario

que contempla la intervención de los afectados con carácter previo a la toma de decisión por parte del juez.

En casi todos estos supuestos —aunque con variado alcance— es requisito indispensable la citación de quien ha sido denunciado como ocupante ilegítimo, a fin de otorgarle un mínimo de intervención que le garantice la posibilidad de tomar conocimiento de las características de la causa, de los hechos denunciados, el control de la prueba y la oportunidad de ofrecer la propia, como también de brindar las explicaciones que estime corresponder o plantear las defensas que le asistan. Entiendo que la finalidad de ello no es otra que garantizar la vigencia de los derechos constitucionales de todos los involucrados en el marco de un debido proceso y del aseguramiento de la tutela judicial del conjunto de las partes involucradas.

VI. El enfoque general para la solución del caso: la ponderación de los valores en juego y la fijación de estándares mínimos para una aplicación constitucionalmente regular

8. Considero oportuno, luego de las consideraciones precedentes, recordar aquí el texto del art. 335, así como su ubicación en la regulación procesal.

El artículo 335 forma parte del Capítulo 3 (“Destino de los objetos secuestrados”) del Título III (“Ejecución civil”) del Libro V (“Ejecución”) del código procesal.

Dicho Libro se inicia con un Título I de “disposiciones generales” compuesto por un capítulo único que contiene dos artículos, que son los siguientes: a) art. 308: *“Las resoluciones y sentencias judiciales serán ejecutadas por el Tribunal que las dictó en primera instancia, el que tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y harán las comunicaciones dispuestas por la ley”* y b) art. 309: *“Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el/la Fiscal, el/la condenado/a o su defensor/a. Contra las decisiones procederán los recursos de reposición y apelación”*

El art. 335 está compuesto por cuatro párrafos. Los tres primeros se refieren a las cosas secuestradas y el cuarto regula la desocupación de inmuebles. En concreto dispone:

“Las cosas secuestradas que no estuvieran sujetas a decomiso, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron o a quien acredite mejor título de dominio conforme el Código Civil.

Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva o la obligación de poner las cosas a disposición de quien corresponda.

Las cosas secuestradas de propiedad del/la condenado/a podrán ser retenidas en garantía de los gastos y costas del proceso y de las responsabilidades pecuniarias impuestas.

En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la Juez/a, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”.

A fin de apreciar el conjunto de la regulación procesal cabe también tener presente el art. 336, contiguo al que examinamos, en cuanto dispone que *“Si se suscitare controversia sobre la restitución de las cosas secuestradas o la forma de restitución, el Tribunal a cargo de la ejecución formará incidente y correrá traslado a los/las interesados/as por tres (3) días. Resolverá dentro de los cinco (5) días por auto, que será apelable”*

9. Como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, por lo cual deber ser considerado como *ratio* final del orden jurídico, un supuesto que debe ser reservado para aquellos casos en los cuales el ordenamiento no provea una interpretación razonable acorde con los principios, derechos y garantías consagrados en nuestro sistema constitucional.

Paralelamente hay que tener en cuenta que las decisiones judiciales tienen que tener en cuenta las consecuencias que se derivan de ellas como un factor más en la tarea de buscar la solución justa teniendo en cuenta tanto los valores en juego como el contexto en el cual la resolución incide.

10.1. Lo dispuesto por el art. 335 configura, a mi entender, un típico *caso límite* desde una óptica constitucional. Un primer análisis superficial muestra dos cualidades del referido artículo. Primero, lo genérico de su redacción, de forma que el legislador crea una potestad jurídica con escasos recaudos explícitamente expresados. Segundo, que hay una desproporción en la tutela de un bien jurídico (los derechos reales sobre un bien — propiedad, posesión y tenencia— conf. Baigún D. y Zaffaroni E., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Bs. As, 2009, págs.732 y ssgtes.) con respecto a la protección de los otros valores que también están presentes en nuestro ordenamiento constitucional, más precisamente: el debido proceso y, de darse el caso, los derechos sociales de los afectados.

Considero que esa desproporción, así como las objeciones que efectúa la Defensa, pueden ser remediadas a través de una lectura adecuada y sistematizadora del Código Procesal sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad.

Es decir, es preciso realizar un balance entre todos los valores e intereses en juego a fin de fijar los estándares mínimos que den lugar a una aplicación constitucionalmente regular del art. 335, teniendo a su vez en cuenta el propio marco normativo que expresamente consagra el Código Procesal.

El camino hermenéutico a seguir consiste en otorgarle precisión a la cláusula legal a través de la explicitación de reglas mínimas para aplicarla, sin perjuicio de las facultades de los jueces de mérito para ejercer su competencia tanto sobre los hechos y circunstancias del caso como sobre el derecho, ello a partir del encuadramiento jurídico-constitucional mínimo efectuado por este tribunal. Señalo esto pues puede haber situaciones singulares que exijan del juez, a fin de asegurar los valores en juego ponderados en el caso concreto, seguir un curso de acción diferente, en cuyo caso habrá de justificarse debidamente dicha situación.

10.2. Los valores y principios que hay que ponderar adecuadamente para garantizar la aplicación constitucional del art. 335 son, por un lado, el derecho de propiedad (art. 17, CN y art. 10, CCBA), que es el protegido penalmente por la cláusula bajo examen y, por otro, el debido proceso y los derechos sociales de los afectados en la medida que el caso revele una problemática social.

En cuanto al debido proceso hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art. 13, inc. 3, CCBA según el cual en nuestra ciudad *“rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acustatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad”*. Dichas garantías se encuentran a su vez especificadas en el propio código procesal penal, que, entre otras cláusulas contiene las siguientes, relevantes para la comprensión del caso: *“Este Código deberá interpretarse como un reglamento de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente”* (art. 1, “Interpretación”); *“Toda persona imputada es inocente hasta que se establezca legalmente su culpabilidad”* (art. 2, segundo párrafo, “Inocencia”); *“A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo las fuerzas de seguridad, el/la fiscal y el/la juez/a, según la circunstancia, informarle de inmediato y de modo comprensible los derechos de: 1) conocer la causa o motivo de su detención y el funcionario que la ordenó. 2) guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad; 3) designar la persona, asociación o entidad a la que debe comunicarse su detención y que el aviso se haga en forma inmediata. Si el imputado ejerciere este derecho, se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido; 4) ser asistido desde el primer acto del procedimiento judicial por el defensor que proponga él / ella o una persona de su confianza o por un defensor público, con quien deberá entrevistarse en condiciones que aseguren confidencialidad en forma previa a la realización del acto de que se trate. 5) presentarse ante el/la fiscal o el/la juez/a, para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le*

imputan, dentro de las veinticuatro (24) horas si estuviera detenido/a y declarar cuantas veces quiera. Cada vez que manifieste su deseo de declarar, se le hará saber que podrá hacerlo con la presencia de su defensor; 6) no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad; 7) que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el/la juez o el/la fiscal; y 8) acceder a toda la información disponible desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso, según las previsiones de este Código. En todos los casos deberá dejarse constancia del cumplimiento del deber de información de los derechos establecidos en este artículo” (art. 28. “Derecho de defensa”); “El/la imputado/a tendrá derecho a hacerse defender por abogado/a de la matrícula de su confianza o por un/a defensor/a público/a. Podrá designar defensor/a aún estando privado de libertad y por cualquier medio. Si el/la imputado/a que estuviera a derecho no designara defensor o pretendiera defenderse personalmente, el/la Fiscal o el/la Juez/a podrán disponer que sea asistido por el/la defensor/a público/a para evitar que se perjudique la eficacia de la defensa o la normal sustanciación del proceso. El/la Fiscal al momento de notificarlo/ del decreto de determinación de los hechos o cuando fuere necesario para la realización de un acto definitivo o irreproducible, lo/a invitará a que elija defensor/a dentro de un plazo no mayor a tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio un/a defensor/a oficial. El/la defensor/a oficial sólo intervendrá en la causa cuando sea designado/a expresamente por el/la imputado/a o en las circunstancias previstas en este artículo. Cuando intervengan dos (2) o más defensores / as de una persona, la notificación hecha a uno de ellos resultará válida para los demás y la sustitución de uno por otro no alterará trámites ni plazos” (art. 29, “Derecho de designar defensor. Designación de oficio. Representación”).

En cuanto a los derechos sociales cabe remitirse a los contenidos en las disposiciones incluidas en el Título Segundo “Políticas especiales” de nuestra Constitución porteña, de acuerdo a la visión general del art. 17, que justamente encabeza como disposición común el referido título segundo y según el cual “*la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos*”.

De acuerdo al conjunto de estos valores, principios y garantías, tanto sustantivos como procesales, la aplicación del art. 335 debe asegurar, como estándar mínimo, lo siguiente, en conjunción con el derecho de propiedad:

a) el derecho de defensa, de manera que los afectados tengan oportunidad de expresar su punto de vista en el ámbito judicial antes del acto de desposesión, con intervención de una defensa técnica, ello bajo la modalidad particular que el juez disponga, y

b) los derechos sociales de los afectados, siempre que el caso revele una problemática social.

A continuación efectúo un análisis del art. 335 in fine desarrollando los criterios constitucionales mencionados en los incisos precedentes.

VII. La configuración jurídica de la desocupación en el contexto del Código Procesal Penal de la Ciudad y el debido proceso

11. Dos vías posibles de interpretación

La apertura lingüístico-conceptual de la desocupación tal como es ésta plasmada en el código procesal hace posible más de una lectura.

Según mi óptica hay dos vías razonables y posibles en el marco regulativo general del propio código procesal penal entendido de forma sistemática y que consisten en encuadrar a la desocupación: a) como una medida cautelar, b) como una medida *sui generis* en el marco del sector del código en el cual se inserta.

Veamos cada una de esas opciones, desde la óptica general de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 13 inc. 3, Constitución de la Ciudad) y de los principios generales contenidos en el Código Procesal Penal, antes mencionados.

11.1. La calificación de la desocupación como medida cautelar

Calificar a la desocupación como una medida cautelar es la manera habitual de enfocar a la previsión jurídica en análisis (ver en este sentido, entre otros, CPCyF, Sala II c.43.524-00-CC/2008, “Tubio, Pablo Martín s/infr. art.181, inc.1, CP-Apelación” del 08-04-2009; CPCyF, Sala I, c.21.954-01/2008 “N.N (Virrey Liniers 192) del 12/11/2008; Sala III, c.17.685-00/2009 “Camacho, Jorge Luis y otros s/infr.art.181, inc.1, CP”, del 4 de febrero de 2010; ver asimismo, con relación al artículo 238 *bis* del CPPN: D’Albora, Franciso J. op. cit.; Hornos, Roberto E., op. cit.; Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, op. cit.). Se trata, en efecto y tal como lo establece la norma, de una decisión que se adopta de modo provisional.

La pauta cuestionada en estos autos no involucra la ejecución de una condena, ni tiene por objeto reglar qué sucederá luego de la sentencia con un inmueble objeto del delito de usurpación; se adopta por lo general con carácter previo a la sentencia de mérito. Sin embargo, para su procedencia, en el artículo sólo se prevé la necesidad del pedido por parte del damnificado, la evaluación de la verosimilitud del derecho invocado y la posibilidad de fijar una caución si se lo considerare necesario.

Ahora bien, y ante todo, la falta de mención de la necesidad de que se configure peligro en la demora no implica, de modo alguno, que ello no sea una exigencia para el otorgamiento de la medida. Tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decisiones de una

entidad tal requieren la demostración de su indispensabilidad. Ello supone demostrar su urgencia y la imposibilidad de que el derecho del damnificado sea resguardado de otro modo. Esta exigencia surge de la totalidad del ordenamiento, de una interpretación integral de las disposiciones en juego y del propio sentido jurídico de las medidas cautelares, que poseen características genéricas y básicas más allá de las finalidades concretas que ellas cumplen en la regulación procesal de cada sector sustantivo del derecho positivo (derecho administrativo, derecho tributario, derecho penal). Considerada, entonces, como una medida cautelar típica, corresponde estar, en virtud de una interpretación sistemática del derecho, a las reglas generales establecidas en el Libro Segundo, Título V *del propio código procesal penal de la Ciudad*. Allí se encuentra reglado lo atinente a la procedencia y particularidades de las medidas precautorias. En todos los casos estipulados se prevé que quien vaya a ser objeto de la medida restrictiva o coercitiva —al menos— cuente con la posibilidad de tomar conocimiento del proceso instaurado con asistencia de su defensa. El código de rito establece expresamente los principios de bilateralidad y oralidad para la adopción de una decisión de carácter provisional y coactiva. Al comentar los diversos modos en que se encuentra regulada la procedencia de las medidas cautelares en el marco de un proceso penal, señala Maier que *“la principal innovación de los códigos de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires está representada por la audiencia oral y pública (debate sobre el particular) que precede a cualquier decisión sobre privación de libertad procesal, medidas de reemplazo o condiciones de liberación y, en general, a toda medida cautelar”* (Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal - III. Parte general -Actos procesales*, Editores del Puerto s.r.l., Bs. As., 2011, págs.427 y 428, con cita a los artículos 172, 173 y 177 del CPPCABA).

No se me escapa que ciertas medidas adoptadas en el marco de una investigación penal no requieren audiencia del destinatario de la coerción y restricción de sus derechos sin que ocurra sentencia sobre la comisión del delito. Aún más, frustrarían su finalidad en caso de que éste tomara conocimiento. Ello sucede en medidas destinadas a obtener elementos para la investigación —como el allanamiento y requisa—; pero claramente la restitución contemplada por el artículo 335 no posee el objeto de contar con elementos de prueba, sino decidir provisoriamente acerca del derecho de los involucrados en el caso sobre el inmueble. Conforme los argumentos que daré a continuación, y salvo el caso de flagrancia o de aquellos casos que justificada y fundadamente disponga el juez por circunstancias singulares del caso, considero necesaria, de seguirse esta primera opción hermenéutica que estamos considerando, la citación a audiencia de los afectados como requisito previo para el dictado de la resolución cautelar, toda vez que ello surge de la interpretación integral de las normas procesales positivas locales, no frustra la finalidad de la medida y resguarda los derechos de las involucrados.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento consagra el carácter *excepcional* de las medidas coercitivas previas al dictado de la sentencia y dispone que las únicas que se pueden adoptar son las previstas en el Código (conf. art.169). Luego, entre los artículos 170 y 173 se contempla el supuesto de la detención y prisión preventiva. Para arribar a tal decisión el Fiscal tiene la obligación de intimar al imputado por el hecho y resolver con conformidad con la defensa, o solicitar audiencia para que el Tribunal resuelva la prisión preventiva (conf. art.172). Según lo dispuesto por el artículo 173, *“El Tribunal deberá fijar la audiencia prevista en el artículo precedente dentro de las veinticuatro (24) hs. y resolverá sobre la prisión preventiva u otra restricción a la libertad, excarcelación bajo caución o libertad irrestricta u otra medida cautelar, previo escuchar al/la Fiscal y a la defensa. Para dictar la prisión preventiva deberá haberse notificado al/la imputado/a el decreto de determinación de los hechos y reunido elementos de convicción suficientes para sostener, provisoriamente, la materialidad del hecho, que el/la imputado/a resulte con probabilidad su autor o partícipe y que existe peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. Si alguna de las partes quisiera presentar pruebas documentales o testimoniales deberá concurrir con ellas a la audiencia y el Tribunal resolverá sobre su procedencia sin más trámite ni recurso. El Tribunal luego de escuchar al/la Fiscal y a la defensa resolverá de inmediato, por auto, que será apelable dentro del tercer día. De todo lo actuado se dejará constancia en acta y se registrará por grabación, filmación u otro medio idóneo. La decisión será apelable sin efecto suspensivo dentro del tercer día y podrá ser revocada de oficio o a pedido de parte en cualquier momento del proceso”*.

El artículo 174 enumera otras medidas de coerción para el caso de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación y el 175 establece para el juez el deber de imponer al imputado aquella que sea menos gravosa.

De conformidad con los artículos 176 y 177 para decidir sobre el embargo para garantizar las costas del proceso y, en su caso, la cobertura de los daños del delito, el juez también debe convocar a audiencia. La dispone en oportunidad de dictar la prisión preventiva u otra medida coercitiva o bien como consecuencia del pedido de audiencia que deben solicitar el Fiscal o la querrela si pretenden la imposición de otra medida. El Tribunal deberá celebrarla *“dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, prorrogables por otras veinticuatro (24) horas si no pudiere por causas fundadas y no existiere grave riesgo para las personas o bienes por la demora, y después de escuchar al/la Fiscal, a la querrela si la hubiere y a la defensa, resolverá sin más trámite”*.

Considero que una interpretación integradora del ordenamiento ritual bajo la óptica de nuestra Constitución porteña impone el deber de adoptar la decisión de la medida cautelar contemplada por el artículo 335 de acuerdo con las previsiones que se contemplan en Libro Segundo, Título V para la adopción de medidas precautorias coercitivas, es decir, haber citado a

audiencia en los términos previstos por los artículos 172 y 173 del CPCCABA. Tal extremo no se encuentra cumplido en el caso bajo examen.

La circunstancia de que la restitución se encuentre ubicada fuera del capítulo en cuestión no modifica su estructura técnico-jurídica ni el hecho de que deba ser decidida de conformidad con los parámetros que la ley establece para las de su tipo. El análisis de las normas jurídicas debe ser efectuado considerando al sistema como un conjunto, dentro del cual cada una de las disposiciones debe ser interpretada teniendo en cuenta el contenido de las demás. Esta solución es congruente con la protección del derecho de defensa en juicio, debido proceso y conlleva un curso de acción judicial más beneficioso para el destinatario de la medida, que —debe resaltarse— se encuentra alcanzado por el principio de inocencia en toda su extensión.

Además, en estos casos, por exigencia del propio artículo 335 y de los principios generales que rigen la procedencia de las medidas cautelares, corresponde evaluar la imposición de la contracautela. Vale recordar que la finalidad de dicho instituto reside en asegurar a aquel destinatario de una imposición jurídica cautelar la efectividad del resarcimiento de los daños y perjuicios que le ocasionará aquélla si es trabada sin razón. Su consideración debe ser objeto de todo pronunciamiento cautelar, sin perjuicio de cuál sea la determinación en cuanto a su procedencia, alcance y cuantía que el juzgador entienda que corresponda de acuerdo con las circunstancias particulares que concurran en el pleito.

Cabe señalar, adicionalmente, que en el caso de las medidas cautelares el código procesal estipula una regla particular en lo relativo a la apelación. De acuerdo al art. 177, último párrafo: “*La resolución será apelable sin efecto suspensivo dentro del tercer día...*”.

11.2. La desocupación como una medida *sui generis* que habitualmente en los hechos agota el proceso y entendida en el marco del sector del código en el cual se inserta

Vista desde otro ángulo, la institución en el artículo 335 presenta matices muy particulares en cuanto a las condiciones concretas en las que habitualmente tiene lugar.

Se trata de una resolución provisoria que involucra una decisión en torno al derecho de posesión o tenencia sobre un inmueble, que es adoptada en el marco de la investigación del delito de usurpación y sin que sea necesario, según el texto legal, iniciar el propio proceso penal.

Esto significa que resulte habitual que la restitución del inmueble adquiera en la realidad de los hechos el carácter de *una medida autosatisfactiva*, pues con su dictado se agota el proceso. Es claro que una decisión, en tanto implica un acto coercitivo que da por concluida la cuestión, no puede ser adoptada *inaudita parte*.

En aquellos casos en los que la restitución del inmueble dé por agotado el proceso, pues no queden cuestiones pendientes de decisión judicial luego de cumplido el reintegro en lo que a ello se refiere, el trámite aquí en estudio presentaría entonces la naturaleza de una *medida autosatisfactiva dictada inaudita parte*. Tal como lo he sostenido en mi condición de miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, éstas se caracterizan por ser procesos urgentes formulados ante un órgano jurisdiccional que se agotan con su resolución, presentan evidencia en el derecho invocado y peligro en su frustración. Por lo demás, su rasgo primordial es la existencia de una situación urgente que no requiere para su resolución definitiva la promoción de una acción principal. Es justamente este aspecto el que define su carácter *nítidamente excepcional*. Una decisión de tal clase, en tanto implica la extinción del objeto sometido a decisión judicial, requiere, salvo situaciones de extrema urgencia (provisión de medicamentos y otras cuestiones de salud que no admitan ningún tipo de demora) de la necesaria intervención del destinatario o afectado por la medida (que en el caso del proceso contencioso es el Gobierno de la Ciudad). Constituiría una clara violación del derecho de defensa y del debido proceso resolver una cuestión que da por finalizado el proceso sin dar *ninguna* oportunidad de defensa previa por parte de la parte afectada.

Y esta intervención del afectado está prevista por el propio ordenamiento procesal penal en la medida en que se interprete el art. 335 en concordancia con su artículo siguiente, art. 336, leídos ambos de manera armónica como regulaciones contenidas en un mismo sector del código procesal.

De acuerdo a dicho artículo: *“Si se suscitare controversia sobre la restitución de las cosas secuestradas o la forma de restitución, el tribunal a cargo de la ejecución formará incidente y correrá traslado a los/las interesados/as por tres (3) días. Resolverá dentro de los cinco (5) días por auto, que será apelable.*

El hecho de que el código prevea la posibilidad de *controversia* —noción que se define por el desacuerdo entre partes— supone la existencia de diversos sujetos, lo cual refuerza la conclusión que impone la citación de los afectados por la medida y su asistencia técnica por un defensor. Por lo demás, si se tiene en cuenta que —de acuerdo con el protocolo que rige su actuación— el fiscal debe efectuar la solicitud ante el juez luego de fracasado el proceso de composición y restitución consensuada, no existen dudas de que la controversia, en el sentido sustancial del término, ya se encuentra configurada. Es cierto que no corresponde al juez evaluar si el Fiscal se ha conducido de conformidad por lo dispuesto por el Fiscal General. No obstante ello, es claro que si el Fiscal llevó a cabo tal procedimiento, el juez cuenta con elementos que dan testimonio de la falta de acuerdo del presunto habitante ilegítimo.

Cabe señalar, que interpretada de esta forma, resulta aplicable la regla general sobre los recursos contenida en el código en su art. 270: “*Las resoluciones judiciales no serán ejecutadas durante el término para recurrir, ni durante la tramitación del recurso, en su caso, salvo disposición expresa en contrario, o que se hubiera ordenado la libertad del/la imputado/a...*”

11.3. En estas actuaciones existen constancias de la falta de acuerdo entre las partes respecto de la cuestión traída a debate, no meramente de la “forma de restitución”. No se me escapan que los indicios sobre la comisión del delito de usurpación y la verosimilitud del derecho son cuestiones a tener en cuenta. Sin embargo, también corresponde ponderar que los presuntos ocupantes —que, vale reiterar, se encuentran amparados por el principio de inocencia que exige una sentencia judicial para valorar su conducta como contraria a derecho— han aducido ante el Fiscal la legitimidad de su ocupación. Ahora bien, las afectadas por la decisión —Romina y Natalia Monsalvo— no han tenido la posibilidad de ser asistidas por una defensa técnica. A fin de que no resulte lesiva de sus derechos constitucionales, el ejercicio de la coerción estatal sobre una persona cuya conducta no ha sido declarada como delito debe reservarse para casos extremos y exige que el destinatario de la restricción cuente con oportunidad de ser oído y ser asistido por un abogado.

Debo destacar que la solución aquí propiciada, en torno a la obligatoriedad de la realización de una audiencia (si se enfoca el asunto como medida cautelar) o de correr traslado (si se enfoca el asunto como autosatisfactiva y es aplicable el art. 336), además de ser acorde a los principios constitucionales involucrados de los afectados, también guarda equilibrio con la debida protección que corresponde otorgar al supuesto damnificado pues, en los términos *prácticos* a ser evaluados desde la óptica del factor *tiempo*, no implica dilación significativa del proceso restitutivo del inmueble.

El proceso que tiene como resultado la restitución de un inmueble presuntamente usurpado a su titular legítimo no es, en los hechos, de resolución inmediata ni automático. Desde el momento en el cual el Fiscal recibe la denuncia —de conformidad con el protocolo que rige su actuación y estipula los actos que debe llevar a cabo— transcurren varios días. Además, debe destacarse que -en esto coinciden todos los operadores de justicia que se han pronunciado sobre la cuestión- el objetivo primordial es posibilitar la resolución del conflicto de una manera consensuada que minimice el ejercicio de la coerción, de acuerdo con los principios constitucional y procesales que así lo disponen.

Ello así, entiendo que una interpretación armónica del sistema procesal vigente y de los principios constitucionales en juego es aquella en la que se considere a la restitución prevista por el artículo 335 del CPCC a) como una medida cautelar que debe ser resuelta previa evaluación de *la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora, con audiencia*

previa de los afectados y con imposición de la contracautelar que el juez estime corresponder, o b) como una decisión autosatisfactiva, que además de los recaudos previstos en el art. 335 requiere de un traslado, tal como expresamente está previsto en el art. 336. En este último caso, por lo demás, nada impide que el juez, si así lo considere necesario, reemplace el traslado escrito por una audiencia, conforme la ideología jurídico-política general que informa al código procesal. Tal solución asegura el efectivo resguardo de la garantía del derecho de defensa en juicio y del debido proceso y su incidencia práctica con respecto al derecho de propiedad del damnificado es en los hechos insignificante, dado el contexto que revela el propio protocolo del Ministerio Público Fiscal.

En el caso bajo estudio han sido analizados la verosimilitud en el derecho invocado, el peligro en la demora y la procedencia de la contracautela. No obstante ello no se ha escuchado a los afectados del desalojo a través de una defensa técnica, pese a que de la causa surge que se trata de un caso que presenta controversia, que el inmueble se encuentra habitado por personas distintas al presunto autor del delito de usurpación y que hay menores de edad involucrados en la cuestión. Ello así, de acuerdo con la interpretación propiciada, corresponde revocar la sentencia de grado en cuanto ha omitido asegurar el derecho de defensa a través de alguna de las formas previstas por el propio código procesal.

11.4. Cabe advertir que la solución aquí propiciada implica:

- a) no declarar la inconstitucionalidad del art. 335;
- b) asegurar las finalidades sustantivas y constitucionales indicadas por la Defensa, esto es: respeto del derecho de defensa en su pluralidad de facetas;
- c) interpretar al art. 335 de acuerdo a dos vías de lectura que, en ambos casos, conducen a aplicar soluciones ya contenidas en el propio código procesal. Es decir: previstas de forma explícita por el legislador;
- d) equilibrar de forma justa los derechos de *todas* las partes involucradas sin afectar el sentido práctico de la institución (reestablecer el derecho real afectado).

11.5. A lo dicho cabe agregar que la distinción analítica antes efectuada no sólo no es tajante sino que, en definitiva, implica subsumir a la figura legislada en dos técnicas estrechamente afines, vinculadas a *la tutela urgente de una situación jurídica*. De ahí, a mi entender, la existencia de interpretaciones de nuestro propio fuero penal en las cuales se aplican, de forma conjunta, las diferentes reglas procesales aquí distinguidas.

Así es el caso de la posición sostenida por la Dra. Silvina Manes en la Cámara del fuero al argumentar de la siguiente forma: *“En primer lugar, cabe recordar que, como toda medida cautelar, la viabilidad del lanzamiento y restitución de un inmueble en un supuesto de usurpación, depende de la verosimilitud en el derecho de quien se presente como damnificado (art.335*

in fin CPPCABA), el peligro en la demora, además de la necesidad de su jurisdiccionalidad. Por otra parte, en materia de medidas cautelares, el legislador ha dispuesto la bilateralidad y la oralidad (art.173 y 177 CPP) en el trámite respectivo (...) Debemos interpretar el art.335 CPPCABA en forma sistemática con las normas referidas, como asimismo en concordancia con el siguiente artículo (336 CPP), que detalla el procedimiento que debe llevarse a cabo en los casos en que se suscite controversia sobre la restitución del bien, como ocurre en el caso de autos y en la generalidad de los procesos por usurpación de inmuebles. Esto es, correr previa vista a los interesados (en el caso, los que detentan el inmueble y quien alega el derecho sobre éste), celebrar la audiencia respectiva con la presencia de todas las partes, y dictar la resolución, que es expresamente apelable (...)[L]a orden de desalojo debe tener como presupuesto mínimo cuando no existe flagrancia, el respeto por la garantía de todo imputado en un proceso penal a ser oído para que pueda defenderse de la medida de desahucio que se está solicitando (...) Dentro del ejercicio de constatar si se ha vulnerado el derecho a la defensa, es obligatorio determinar también si el mismo ha sido garantizado a través de las actuaciones que se han cumplido y que permitan predicar que el proceso tuvo un desarrollo normal, acorde con los parámetros legales, siendo necesario establecer la trascendencia de la irregularidad para preservar la finalidad garantista de la actuación que, con miras a adelantar un debido proceso, impide que se afecten los derechos sustanciales de las partes o la estructura básica del mismo. De allí entonces que debo sostener que sea afectado el derecho de defensa de los imputados, al omitirse la realización de una audiencia previa a la devolución del inmueble, donde se los pueda oír. Audiencia, conforme el Diccionario de la Real Academia Española significa 'acto de oír a las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo', como también 'ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en un juicio'. Por otra parte, la audiencia asegura el contradictorio ya que permite debatir sobre la procedencia de la medida cautelar, con las ventajas que esto conlleva respecto al derecho de defensa, ya que tanto el defensor técnico como el imputado tienen la amplia posibilidad de ser escuchados. A partir de la palabra, el argumento y contra-argumento, propios del sistema adversarial, se enteran las partes dentro del proceso del sentido y fundamentos de las decisiones judiciales. Frente a ello, no se puede privar a los imputados de la posibilidad de intervenir en actuaciones esenciales para brindar los elementos de descargo que hagan a su defensa, en el marco de la medida prevista por el art.335 CPP" (conf. causa N°0017685-00-00/09 "Camacho, Jorge Luis y otros s/infr.art.181, inc.1, Usurpación-Despojo. CP", del 4 de febrero de 2010").

VIII. El efecto de la desocupación regularmente dispuesta en los afectados y la justicia social

12.1. Tal como lo señalan los documentos emanados de los distintos operadores jurídicos, no es posible obviar la situación y problemática social que revelan los casos sometidos a resolución de la justicia y de la que dan cuenta los supuestos de usurpación de inmuebles. No se me escapa que estos casos también involucran la comisión de delitos estipulados por las leyes. Sin embargo, debe tenerse presente que al momento en que se adopta la decisión de restituir el inmueble no hay por lo general sentencia de condena. En caso de corresponder, los autores del delito contemplado por el artículo 181 serán penados en sus términos. Por lo demás, y como he aludido a lo largo de este voto, el desalojo no afecta únicamente al eventual usurpador sino que extiende sus efectos a otras personas.

La decisión jurisdiccional que culmina en un desahucio, que se ejecuta con uso de la fuerza, en la mayoría de los casos no es padecida exclusivamente por la persona que presuntamente ha cometido el delito. En numerosas ocasiones, el desalojo alcanza a menores de edad (incluso en edad de lactancia materna), personas con padecimientos de salud, discapacitados, y otros integrantes cuya participación en conductas ilegales no se encuentra eventual y técnicamente alcanzada por la investigación fiscal. Desde tal perspectiva, parece claro que una interpretación adecuada del sistema normativo —acorde a los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional y de la Ciudad— necesariamente debe contemplar la posibilidad de que el juez arribe a la resolución cautelar con algún tipo de intervención previa de quienes padecerán un trastorno de magnitud en sus circunstancias de vida (conforme la argumentación precedente) asegurándose la defensa técnica y, a la vez, teniendo en consideración los efectos sociales de su decisión.

La práctica diaria que se presenta ante los Tribunales de la Ciudad da cuenta de la situación de emergencia social y habitacional en la que se hallan un sinnúmero de personas. En el rol institucional que la Constitución otorga a los jueces, no cabe desentenderse de la existencia de casos que atañen a grupos sociales enteros ni de las consecuencias que trae aparejado un desalojo para aquellos que, encontrándose ya de por sí en condiciones de vulnerabilidad, lo padecen.

Así, considero que, en aquellos supuestos específicos en los que el caso involucre o muestre la existencia de un problema social, el juez debe asegurar el resguardo de los derechos sociales fundamentales de los afectados (vivienda, salud, asistencia); máxime cuando se verifique que entre ellos existan menores de edad, personas con necesidades especiales o afecciones en su salud, en situación de vulnerabilidad social, o que gocen de protección especial por parte de las leyes o de la Constitución local y de la Nación.

No se trata de que el juez suplante a otros sectores del Estado en sus atribuciones y deberes, sino de que garantice su tutela por parte de dichos poderes. La adopción de tal curso de acción no sólo no se encuentra vedado

por el ordenamiento jurídico, sino que está implícita en el rol que tiene el juez en su carácter de custodio de la aplicación y vigencia de los principios constitucionales consagrados en la Constitución local. Lo contrario implicaría la posibilidad de que un magistrado que estuviera al tanto de que su decisión aparejará, por ejemplo, que el desahucio conlleve a los afectados a quedar en “situación de calle”, lo cual importa que se encuentren en un estado de vulneración de derechos constitucionalmente consagrados, permanezca inmune frente a ello, circunstancia que no es posible sostener en un estado de derecho como el estatuido en nuestro sistema constitucional vigente.

Resulta claro que en vez de sustituir a las autoridades administrativas, este segundo *criterio constitucional de aplicación de la regla procesal* viene a asegurar la presencia misma de aquellas autoridades para que, en el marco de los planes sociales existentes y de los derechos consagrados en la Constitución porteña, resguarden los derechos sociales de las personas afectadas, todo ello, sin duda, cuando el caso examen efectivamente revele la existencia de una problemática social, que es por lo demás la circunstancia habitual.

En este punto corresponde, dada la textura abierta del texto procesal penal legislado, efectuar un balance judicial de los valores en juego, que en esta faz del litigio consisten, por un lado, en los derechos reales protegidos por la norma y, por otro, la justicia social, que se concreta en el conjunto de los derechos sociales que nuestro ordenamiento constitucional establece.

Se ve que con respecto a esta dimensión del problema no hay incidencia alguna en la pronta recuperación del inmueble por parte de su legítimo poseedor, pues lo que está en juego son los efectos de la decisión, no ella misma. Y en esos efectos tiene un rol que jugar el Estado en cuanto garante de las condiciones dignas de vida de las personas, sin discriminaciones y teniendo en cuenta las particularidades de las categorías jurídicas de las que se forma parte (esto es: niñez, situación de salud, etc.).

12.2. Veo en lo personal esta decisión en línea con el compromiso con la justicia social que he venido desarrollando en conjunto con otros colegas de mi fuero en litigios donde estaban en juego, entre otros, el derecho a la salud (causa “Acuña María Soledad c/GCBA s/Amparo”, EXP n° 15558/0, sentencia del 23 de diciembre de 2008), el derecho a la vivienda (causa “Mansilla María Mercedes c/GCBA s/Amparo”, EXP n° 13817/0, sentencia del 13 de octubre de 2006), el derecho al agua (causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo”, EXP n° 20898/0, sentencia del 18 de julio de 2007), el derecho a la educación (causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo”, EXP n° 23360/0, sentencia del 19 de marzo de 2008), o el derecho a la alimentación adecuada (causa “Vera Vega Eduardo c/ Ministerio de Derechos Humanos y Sociales s/ Amparo”, EXP n° 22386/0, sentencia del 30 de mayo de 2008).

Dicho sintéticamente, la *justicia social* es uno de los ejes articuladores de nuestro sistema constitucional, es el fundamento valorativo de un conjunto de derechos y cláusulas constitucionales (entre otras las contenidos en los arts. 17, 18, 20, 23, 31, 39, 40, 41, 42 y 43) y debe ser tenido en cuenta al momento mismo de comprender la diversidad de problemas y desafíos que plantean tanto la realidad social como el derecho positivo.

IX. La conformación de una Mesa de Diálogo: el consenso institucional en el marco de la competencia de los diferentes órganos que componen el Poder Judicial de la Ciudad (art. 107)

13. Finalmente, vale reiterar que las consideraciones efectuadas por los diversos operadores jurídicos locales reseñadas a lo largo de este voto patentizan la relevancia institucional de la problemática involucrada en autos, de la que este Tribunal no puede quedar al margen.

Tampoco puede obviarse la necesidad de un protocolo de actuación conjunta de las tres ramas del Ministerio Público (Asesoría Tutelar, Defensoría y Fiscalía) que revela el caso y las prácticas de la que dan cuenta los antecedentes aquí citados. No obstante los intentos efectuados, hasta el momento no hay un marco común que regule su proceder en estos casos.

Resulta evidente, luego de la experiencia institucional hasta ahora desarrollada, que un protocolo conjunto de actuación facilitaría la resolución del problema, daría lugar a una actuación coordinada de las tres ramas del Ministerio Público, posibilitaría la rápida intervención de las dependencias administrativas del Gobierno de la Ciudad, todo ello con anterioridad a la intervención judicial.

En este sentido entiendo que debe primar el valor del diálogo y el consenso institucional como forma de articular la actuación de los diferentes órganos que intervienen en el caso. La forma que el derecho procesal, así como la propia práctica de los tribunales, ha generado es la conformación de *mesas de diálogo* entre diferentes partes u operadores jurídicos, según los casos.

En esa línea ha sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que en diversos pronunciamientos ha considerado adecuado la formación de dichas mesas o espacios de trabajo conjunto (conf. CSJN en los autos "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", sentencia del 3 de mayo de 2005, y "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", sentencia del 8 de julio de 2008).

Tal como sostengo en los litigios estructurales la conformación de mesas de diálogo es un medio adecuado y fructífero para arribar a decisiones consensuadas. De acuerdo a la experiencia ya acumulada en

ese tipo peculiar de litigios (que implican reformas estructurales, cronogramas y planes de trabajo para adecuar una institución a las pautas constitucionales), resulta mucho más eficaz el diálogo entre las partes que la rígida imposición derivada de una condena. Es evidente que en esos casos el interés de las partes no está centrado en la determinación formal de plazos exiguos, y eventualmente la sanción por su posible incumplimiento, sino en la solución real del conflicto dentro de un tiempo razonable. Este enfoque resguarda, de manera simultánea, la capacidad real del Estado para diseñar una solución y los derechos sociales de las personas, y todo ello sobre la base del diálogo y el consenso, valores centrales de nuestro sistema democrático, de carácter participativo (art. 1 de nuestra Constitución porteña).

Si bien en este caso se trata de un juicio de otra índole sí resulta pertinente utilizar la referida herramienta institucional para la generación de un protocolo común que la práctica judicial revela como imprescindible.

Finalmente hay valores comunes en el texto constitucional, así el diálogo, que se difunden en la totalidad del ordenamiento, más allá de las peculiaridades de las ramas e instituciones jurídicas. Tal es uno de los sentidos de la constitucionalización del derecho, en la medida en que las problemáticas jurídicas particulares tienen una raíz constitucional-valorativa común.

14. Así como el Tribunal Superior de Justicia es la máxima autoridad en lo referido a los asuntos jurisdiccionales en los términos del art. 113, CABA, el Consejo de la Magistratura, que también forma parte del Poder Judicial (art. 107), es el ámbito institucional adecuado para el diálogo respecto de la política judicial en una situación como la que revela este expediente.

De acuerdo al art. 1 de la ley 31, el Consejo de la Magistratura local tiene la función de *“garantizar la eficaz prestación del servicio de administración de justicia, promover el óptimo nivel de sus integrantes, y lograr la satisfacción de las demandas sociales sobre la función jurisdiccional del Estado”*.

En tal sentido considero adecuado que el Tribunal Superior de Justicia encomiende al Consejo de la Magistratura a que organice una Mesa de Diálogo a fin de que los representantes máximos de las tres ramas del Ministerio Público (asesoría Tutelar, Defensoría y Fiscalía) generen un criterio común y consensuado de actuación en el ámbito de los supuestos contemplados por el artículo 335 *in fine* del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires.

No se trata, cabe aclarar para evitar malentendidos, que el Consejo de la Magistratura se involucre en asuntos jurisdiccionales, sino que, sobre la base de una resolución del propio Tribunal Superior de Justicia, organice un ámbito de diálogo institucional a fin de que el Ministerio Público establezca un protocolo común de actuación.

La solución propuesta resguarda y se hace en el marco de las competencias que la Constitución (Título Segundo – Poder Judicial) y la ley (Ley 31, Ley 402 y Ley 1903) le otorgan al Tribunal Superior de Justicia (Capítulo Segundo), al Consejo de la Magistratura (Capítulo Tercero) y al Ministerio Público (Capítulo Sexto), en todos los casos del referido Título Segundo del texto constitucional.

X. Conclusión

De acuerdo a lo dicho concluyo lo siguiente:

a) hacer lugar al recurso de queja y resolver las cuestiones constitucionales planteadas por la Defensa;

b) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la Defensa en los términos que anteceden y declarar que el art. 335 del código procesal penal, dada la textura abierta de su texto, requiere de las siguientes pautas mínimas de aplicación para su perduración constitucional, a la luz de los principios en cada caso mencionados (arts. 10, 13, 17 y concordantes, CCBA):

b1) debe asegurarse el debido proceso otorgándole a los afectados la posibilidad de ser oídos de forma previa con una defensa técnica, a cuyo fin la figura regulada por el art. 335 tiene que ser integrada sistemáticamente en el código procesal y ser considerada una medida cautelar o una medida autosatisfactiva, en los términos y condiciones antes indicados, ello sin perjuicio de las facultades de los jueces ante casos singulares, y

b2) deben asegurarse los derechos sociales de las personas afectadas en aquellos casos en los cuales se revele una problemática social a la que debe darse una solución público-estatal de acuerdo al ordenamiento jurídico de la Ciudad;

c) devolver las actuaciones a los tribunales de mérito para que vuelvan a decidir la causa conforme a las pautas aquí fijadas, en caso de que el desalojo aún no se hubiese hecho efectivo como resultado de lo dispuesto a fs.54/55 sobre los efectos de la queja;

d) encomendar al Consejo de la Magistratura a que convoque a los representantes máximos de las tres ramas del Ministerio Público (Asesoría Tutelar, Defensoría y Fiscalía) a formar una Mesa de Diálogo a fin de generar un criterio común y consensuado de actuación respecto del artículo 335 *in fine* del código procesal penal desde el inicio del conflicto.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que le compete al Fiscal General, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Rechazar el recurso de queja agregado a fs. 42/51.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.