

**Expte. nº 11565/14 “Incidente de restitución en autos Rojas, Lorena y otros s/ infr. art. 181, CP (J.B. Alberdi 2776) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”**

**Buenos Aires,**                      26                      de agosto de 2015

**Vistos:** los autos indicados en el epígrafe.

### **Resulta**

1. La Sala III de la Cámara de Apelaciones revocó la decisión de primera instancia (fs. 210/214) que había rechazado el planteo de excepción formulado por la defensa oficial y, en consecuencia, declaró la atipicidad de la conducta imputada y sobreseyó a Lorena Rojas en orden al delito de usurpación en virtud de que —según los camaristas— la violencia contemplada en dicha figura penal no incluiría, como medio comisivo del despojo, la fuerza en las cosas (fs. 250/253).

2. Contra esa resolución, el Titular de la Unidad Fiscal Oeste interpuso recurso de inconstitucionalidad —que fue concedido— y allí planteó que el dictado del sobreseimiento era arbitrario porque la imputada no había sido intimada por el hecho y porque no podía descartarse otro encuadre típico en el curso de la investigación. Invocó la afectación de los principios de legalidad, del sistema acusatorio, inmediatez, publicidad e imparcialidad (fs. 257/267).

3. El Fiscal General Adjunto, al mantener el recurso interpuesto, propuso que se hiciera lugar al de inconstitucionalidad, se declarara la nulidad de la sentencia recurrida y se continuara con la tramitación del caso (fs. 292/295).

### **Fundamentos:**

**Los jueces José Osvaldo Casás e Inés M. Weinberg dijeron:**

1. El recurso ha sido interpuesto contra la sentencia emanada del tribunal superior de la causa que pone fin al proceso al sobreseer de manera

definitiva a la imputada Rojas (art. 27, ley n° 402) y las argumentaciones del Ministerio Público Fiscal resultan suficientes para demostrar que se ha configurado en el caso una cuestión constitucional en torno a la interpretación que los jueces de mérito hicieron del art. 181 del CP, en tanto se advierte que los magistrados han exorbitado el principio de legalidad producto de una interpretación manifiestamente desnaturalizante del precepto legal referido.

2. Sobre el fondo de la cuestión, consideramos que, tal como lo señala el Fiscal General Adjunto, el alcance que los jueces le otorgaron al concepto de “violencia”, para la configuración del tipo penal previsto en el art. 181 del CP, no se compadece con una interpretación razonable del texto legal pues excluye la fuerza en las cosas cuando el propio legislador estableció —además de la “violencia” a secas, esto es, sin agregar “física contra las personas” como sí lo hace en el robo (art. 164 del CP)—, a las amenazas, el engaño, abuso de confianza y a la clandestinidad como otros medios comisivos del despojo.

Al respecto, no hay razón alguna para considerar típica a la violencia que se ejerce sobre las personas y atípica cuando se la ejerce sobre las cosas pues el texto normativo no efectúa esa diferenciación. Sostener que porque en el tipo penal que reprime el robo se alude como dos conceptos diferenciados a la “fuerza en las cosas” y a la “violencia física en las personas” en el supuesto de la usurpación también debe regir esa diferenciación significa no tener en cuenta los demás medios comisivos de la usurpación, en especial la clandestinidad, porque resultaría ilógico suponer que la ley penal sanciona el mero ingreso a un inmueble por el solo hecho de que se lo hace en ausencia de los que tienen derecho a oponerse y no cuando ese ingreso se efectúa mediante “violencia” sobre las cosas, es decir, en forma más invasiva. Además, justamente, cuando el legislador ha querido establecer especificaciones lo ha hecho, y la “definición” a la que se refieren los magistrados no se encuentra en el Título XIII del Código Penal, que establece la significación de ciertos conceptos en él utilizados.

En esa línea, cabe citar las definiciones de la RAE del sustantivo violencia: “acción y efecto de violentar o violentarse”, y del verbo violentar: “aplicar medios violentos a *cosas o personas* para vencer su resistencia” (el resaltado nos pertenece).

Como puede verse, no existe ninguna razón, ni semántica ni jurídica, para sostener semejante punto de vista.

Además, esa particular interpretación no fue respaldada siquiera por alguna suerte de fundamentación sino que, de modo ligero y como todo sustento, se acude a la cita de la supuesta opinión de un penalista cuando justamente ese autor, el doctor Edgardo A. Donna, también sostiene, al analizar los medios del despojo en la usurpación, que la violencia incluida en la figura penal del art. 181 del CP, “[e]s el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, que puede tener por objeto *las personas o las*

cosas” (cf. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-B, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, segunda edición actualizada, p. 821, el resaltado nos pertenece).

En consecuencia, la resolución del *a quo* configura un acto de pura autoridad pues desconoce la ley aplicable al caso sobre la base de una fundamentación lábil e inconsistente. Actos de tal naturaleza no se exhiben como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa y deben, por tanto, ser descalificados como actos jurisdiccionales válidos.

3. Otra muestra de la ligereza con la que ha sido abordada la cuestión resulta manifiesta en cuanto, esta vez respecto de las constancias de la causa, la Sala no tuvo en cuenta al pronunciarse que no puede descartarse otra calificación legal para la conducta imputada, esto es que los daños en la puerta y el ingreso al inmueble (cf. fs. 113/116) se hayan realizado en forma clandestina. Además, debe advertirse que se ha “sobreseído” a una sola persona, la que figuraba en la carátula del expediente —y que ni siquiera había sido intimada por el suceso presuntamente delictivo—, cuando eran muchas más las que, para el caso, se encontraban en la misma situación (cf. fs. 186, entre otras) y de las que se ignora por completo por qué fueron excluidas del decisorio.

4. Votamos, en consecuencia, por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 250/253 y devolver las actuaciones a la Cámara para que jueces distintos se pronuncien respecto del recurso de apelación de la defensa, con arreglo a lo resuelto por este Tribunal.

Así lo votamos.

### **Los jueces Luis Francisco Lozano y Ana María Conde dijeron:**

1. La Cámara resolvió sobreseer a la Sra. Rojas en orden al delito de usurpación (art. 181, inc. 1° del CP) por considerar atípica la conducta reprochada. Para así decidir, el tribunal *a quo*, con cita de Edgardo Donna, sostuvo que **1)** la hipótesis de “violencia” que el tipo penal descrito en el art. 181 del CP incorpora como medio comisivo de la usurpación no puede recaer, sin vulnerar el principio de máxima taxatividad legal, sobre las cosas; y buscando apoyo argumental en el texto del art. 164 del CP, **2)** que “...una interpretación dogmática armónica del Código Penal” (fs. 251 vuelta) lleva a sostener que la lectura que debe hacerse del medio comisivo “violencia” en el delito de usurpación es la misma que debe efectuarse para el delito de robo. En el *sub examine*, como la violencia se empleó, de acuerdo con el relato de la Cámara, “...sobre una de las aberturas que se encontraba asegurada con cadena y candado [sin que] se haya visto acompañada de

algún acto violento contra las personas” (fs. 251 vuelta/252), los jueces de mérito resolvieron del modo reseñado.

El MPF tacha de arbitrario ese temperamento. Sostiene, entre otras cosas, que el alcance interpretativo que corresponde asignar a uno de los medios comisivos típico del delito de usurpación, la violencia, comprende tanto a la fuerza que el agente despliega sobre las personas como a aquella fuerza que se ejerce sobre las cosas. En palabras del recurrente, “...la norma penal en estudio contempla el empleo de fuerza en las cosas bajo el término violencia” (fs. 260 vuelta). De manera tal que, de quebrar una resistencia como la puesta por la víctima del delito en resguardo del inmueble, la conducta del autor queda abarcada por la figura penal en estudio; lo que, afirma, ocurre en el caso.

1.1. Adelantamos que asiste razón al recurrente cuando afirma que aquella decisión debe ser descalificada por arbitraria pues, los argumentos que brinda la Cámara para sostener su tesis no dan apoyo a la conclusión aquí cuestionada. En efecto, ni Donna dice lo que el tribunal *a quo* sostiene que dice, ni defender una posición contraria a la aquí controvertida, en función de un uso natural del castellano fijado por la RAE (cf. el punto 3.1. de este voto), implica dejar de lado una interpretación armónica del CP en perjuicio de los individuos.

2. Primeramente, no cabe pasar por alto que los jueces de mérito resolvieron: **a)** “sobreseer” a un sujeto nunca intimado a responder por el hecho en los términos del art. 161 del CPP en orden al delito endilgado y, por ende, nunca ligado formalmente al proceso o integrado al proceso como parte; **b)** descartar prematuramente sin razón cualquier otra eventual calificación legal de la conducta enrostrada a la luz del aporte de nuevos elementos de cargo o la reconsideración de los ya existentes —vgr. el delito de daño (art. 183 del CP) o cualquier otra categoría contemplada en el art. 181 del CP, en especial, la clandestinidad—; y **c)** excluir del decisorio a otros individuos que se encontraban en la misma situación que la aquí “sobreseída” (cf. fs. 21, 121, 144 y 186), incurriendo en patente inconsecuencia aunque obrando con afortunado acierto porque, al igual que la Sra. Rojas, no habían sido intimados en los términos del art. 161 del CPP. Se pregunta el recurrente, en este orden de ideas, “De qué manera es factible sobreseer a una persona que todavía no ha sido intimada de los hechos del caso, y cuya base empírica permite derivar en distintos delitos que subsisten a pesar de la interpretación que descalifica la tipicidad del art. 181 del código sustantivo. La calificación en la determinación de los hechos es provisoria y puede ser modificada (...) se trata de un período preparatorio, de investigación, sin que hasta ese momento se haya efectuado formal imputación” (fs. 261 vuelta).

3. Sentado lo anterior, el artículo 181 del CP, en lo pertinente, establece que

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º 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, (el resaltado no pertenece al original).

En el caso, no viene controvertido que la violencia ejercida sobre las cosas por el sujeto activo del delito recayó sobre aquellas resistencias o mecanismos de defensa predispuestos en el inmueble para impedir el acceso y ocupación por una abertura vulnerable. En efecto, de acuerdo al relato de la Cámara, la imputada habría ingresado al inmueble sito en Av. Alberdi n° 2776/2780 mediante un despliegue de fuerza “...sobre una de las aberturas que se encontraba asegurada con cadena y candado” (fs. 252).

3.1. Ahora bien, la RAE enuncia que violencia es la “acción y efecto de violentar o violentarse”, y violentar, también según la RAE, significa “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia” (el resaltado no pertenece al original).

De manera tal que, desde un punto de vista semántico, la tesis debatida no se sostiene. En efecto, la lectura del artículo que viene debatida produce un recorte inexplicable a la luz del uso del lenguaje que prescribe la RAE sin hacer esfuerzo alguno en mostrar que el legislador usó las palabras con otro sentido. Por lo que no es sostenible decir que, en ausencia de violencia contra algún sujeto, se tome por sorpresa a su autor en caso de recaer castigo. No hay razones aquí para presumir que el lenguaje castellano no resulte suficiente para conocer y comprender *ex ante* el significado de determinada conducta para motivarse en ella conforme a derecho y, eventualmente, responder ante su infracción.

3.2. Luego, según los términos de la ley, los medios comisivos del delito previsto por el art. 181, inc. 1º, del CP que hacen punible esa conducta son la violencia, las amenazas, el engaño, el abuso de confianza y la clandestinidad. El texto de la ley, en lo referido al término “violencia”, como puede observarse, no efectúa la diferenciación que hace el tribunal de mérito. Habla de castigar al que “por violencia (...) despojare a otro...”.

Sobre el punto, veamos lo que dice Edgardo Donna, opinión sobre cuya base la Cámara sustenta su decisorio. El autor, al analizar los medios

comisivos del despojo, expresa que la violencia “es el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, que puede tener por objeto las personas **o las cosas**” (Edgardo Donna, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, segunda edición actualizada, p. 821; el resaltado no pertenece al original). Su posición es clara y la tesis del tribunal de mérito la contradice: la violencia ejercida sobre las cosas dispuestas por el titular del derecho de exclusión para evitar la intrusión de extraños constituye un medio comisivo típico para perpetrar la conducta en análisis.

Así también lo ha visto la doctrina mayoritaria. En la visión de Soler, “La ley no distingue forma alguna de violencia, de manera que está comprendida la que se ejerce sobre las personas o sobre las cosas, la violencia física efectiva o tácita. El hecho de que sea punible la violencia sobre las cosas alarga algo el concepto de usurpación, pues permite que se considere el hecho de quien, para entrar, ha vencido resistencias predispuestas por el propietario” (Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Buenos Aires: tea, 1978, p.454).

También Nuñez sostiene que la violencia puede tener por objeto las personas o las cosas.

“La *violencia material (o física)* es el despliegue de una energía física, humana o de otra índole. Puede tener por objeto las *personas* o las *cosas*. (...). Cuando la violencia material tiene por objeto una cosa, se traduce en el ejercicio de una fuerza sobre ella (...), para vencer la resistencia que opone a la ocupación del inmueble” (Ricardo C. Nuñez, *Derecho Penal Argentino, parte especial*, T. V, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p.489).

Por su lado, D’Alessio entiende lo mismo.

“La *violencia* es tanto la *vis física* que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que pueden oponer a la ocupación, como la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva...” (Andrés J. D’Alessio, Director, *Código Penal Comentado y Anotado*, T. II, Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 825).

3.3. Es cierto que el uso de la palabra “violencia” para referirse a acciones ejecutadas sobre cosas aparece en el delito de robo (cf. el art. 164 del CP). Ese artículo reza que “será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad” (el resaltado no pertenece al original). Pero, no es menos cierto que esa diferenciación que el art. 164 del CP establece tuvo que ver, exclusivamente, con la necesidad de hacer la distinción para establecer allí una modalidad del robo que sólo tendría lugar —porque así lo quiso el legislador— cuando la violencia contra las personas se ejerce antes o después del apoderamiento de la cosa, pues sin esa extensión temporal estaríamos en presencia de un concurso —ideal o real, según sea el caso— entre los delitos de hurto y lesiones, y lo que en definitiva se buscó fue resolver esos casos como un supuesto de unidad de conducta constitutiva del delito de robo.

4. A esta altura, nos parece oportuno señalar que máxima taxatividad no quiere decir recorte por vía interpretativa de lo que el lenguaje del legislador en el uso que él emplea —en el caso, su uso natural fijado por la RAE (cf. el punto 3.2. de este voto) — significa. Supone, por el contrario, atenerse a lo que el castellano dispone y evitar cualquier intento por establecer diferenciaciones que el legislador no tuvo en mira sentar. Nótese que el delito de usurpación se encuentra contemplado en el Libro II, Título IV denominado “Delitos contra la propiedad”, siendo en el caso el objeto un bien inmueble, respecto del cual se pretende proteger todo derecho patrimonial que se ejerza sobre él, de cualquier acto que impida ejercerlo a que lo turbe. Al respecto, no caben dudas que candados, cerraduras y cualquier otras defensas similares, incluidas puertas, ventanas y paredes, constituyen una manifestación palmaria de la voluntad de los titulares del derecho a excluir de impedir intrusiones no deseadas.

5. Por fin, veamos cómo la tesis aquí desechada conduce a una aporía. La ley penal enuncia distintos medios comisivos que no suponen el ejercicio de violencia en las personas —vgr. clandestinidad, abuso o engaño—. En el *sub lite*, cabe suponer, aun cuando el decreto de determinación de los hechos no lo afirma ni lo excluye, que la fuerza sobre una de las aberturas asegurada con cadena y candado, en horas de la madrugada (cfr. fs. 21, 121, 144 y 149 vuelta), habría sido empleada clandestinamente. Cualquiera hubiera sido el caso, no es natural suponer que la ley penal castigue la ocupación cuando existe ocultamiento de la toma de posesión delictiva, mediando o no violencia en las cosas, y no cuando ese ingreso se efectúa violentando aquellas resistencias puestas por quien tiene derecho a oponerse al acto usurpador, pero, a la vista de todos.

Por lo expuesto, votamos por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 250/253 y devolver las actuaciones a la Cámara para que jueces distintos se pronuncien respecto del recurso de apelación deducido por la defensa, con arreglo a lo aquí resuelto.

**La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:**

1. El titular de la Fiscalía de Cámara de la Unidad Fiscal Oeste interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 257/267) el cual fue concedido por la mayoría (fs. 283). Dicho recurso se dirigió contra la decisión de la Sala III que hizo lugar al recurso de apelación de la Defensa y revocó la resolución de fs. 210/214 por considerar que procedía en el caso la excepción de falta de acción por manifiesta atipicidad prevista en el artículo 195 inciso c, CPPCABA, disponiendo en consecuencia el sobreseimiento de la Sra. Lorena Rojas en orden al delito de usurpación (artículo 181, inciso 1, CP y artículo 197, CP).

2. Para conceder el recurso, la mayoría compuesta por el voto del Dr. Franza al que adhirió la Dra. Paz, sostuvo que “la crítica efectuada por el titular de la acción excede la discusión relativa a la inteligencia dada por la Sala a una norma infraconstitucional (artículo 181, 1° del CP), pues ha logrado demostrar la relación existente entre la violación al principio constitucional de legalidad y los fundamentos del fallo recurrido” (fs. 278).

3. En su recurso de inconstitucionalidad, el representante del Ministerio Público Fiscal expresó los siguientes agravios: I. arbitrariedad del resolutorio; II. inobservancia de las formas procesales que estructuran una epistemología como forma de validación judicial del conocimiento y III. improcedencia de lo decidido por prematuro, todo ello derivado de la excepción por manifiesta atipicidad prevista en el artículo 195, inciso c del CP en los términos indicados más arriba.

De la lectura del recurso de inconstitucionalidad concedido se desprende que el representante fiscal no individualiza los agravios constitucionales que la decisión tomada le ha producido ya que se limita a indicar la arbitrariedad como derivación de la inobservancia de formas epistemológicas y del carácter prematuro de lo decidido.

Por otra parte, la excepción prevista en el artículo 195, inciso c, CPPCABA presenta particularidades respecto de la determinación de las circunstancias fácticas que la hacen procedente y está regulada para su planteo en la etapa preparatoria. Por ello no alcanza con señalar que la



etapa de debate es la instancia de conocimiento apropiada para decidir su procedencia como un indicador del carácter arbitrario de la medida.

Dice dicha norma: “Durante la investigación penal preparatoria se podrán interponer ante el/la juez/jueza las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento (...) c) manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, respecto de la conducta descrita en el decreto de determinación del hecho”. Es claro que se permite el ingreso anticipado de la discusión penal de fondo a la etapa preparatoria y por lo tanto, se habilita formalmente esa discusión por parte de los órganos jurisdiccionales que conozcan en dicha etapa pero, lo cierto, es que el recurso intentado no dirige cuestionamiento alguno al artículo en cuestión.

4. Por lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y confirmar la resolución recurrida.

Por ello, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia  
resuelve:**

**1. Hacer lugar** al recurso de inconstitucionalidad de fs. 257/267, **revocar** la resolución de Cámara de fs. 250/253 y **devolver** las actuaciones a la Cámara para que jueces distintos se pronuncien respecto del recurso de apelación de la defensa, con arreglo a lo resuelto por este Tribunal.

**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.

