



Derecho Penal y Crisis Habitacional en Córdoba: análisis de casos en la jurisprudencia local¹

Penal Law and Habitational Crisis in Córdoba: a study of cases in the local jurisprudence

Magalí Vereda, Sofía Pezzano y María Florencia Pasquale²

Resumen

En el presente trabajo se analiza jurisprudencia reciente de los Tribunales de la Provincia de Córdoba en materia de desalojo. Dicho análisis se centra en la procedencia de esta medida cautelar contenida en el art. 302 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPP) en relación al delito de usurpación (art. 181 Código Penal), durante la etapa procesal de Investigación Penal Preparatoria (IPP), considerando fundamentalmente los casos de tomas de tierras y/o asentamientos. En especial se destacarán dos criterios disímiles aplicados por la Justicia cordobesa reciente en la interpretación del referido art. 302 del CPP. Si bien el análisis realizado se circunscribe a una cuestión jurídico-procesal, se considera que el mismo puede constituir un aporte en pos de dar cuenta de criterios recientes (2008-2017) del Poder Judicial cordobés, así como un instrumento que contribuya a investigaciones integrales para abordar la comprensión de los conflictos por la tierra en la Provincia de Córdoba.

Palabras claves: desalojo, investigación penal preparatoria, toma de tierras.

Abstract

This essay, analyzes Córdoba's jurisprudence in reference to eviction cases in Argentina. It makes focus on Córdoba's Criminal Procedure Code (CPP), in its art. N° 302, which details the provenance requirements related to the felony listed as usurpation (Art. 181, Argentina's Penal Code), during the procedure stage known as Criminal Preparatory Investigation, especially considering land seizures, or even settlements cases. The focused will be centered in the existence of two dissimilar criteria recently applied regarding the understanding of the previously mentioned art. 302 CPP. Although this analysis is focused on the procedural legal issue, it is considered as a contribution in order to visualize recent criteria (2008-2017) from Córdoba's Justice, as well as a tool that contributes to former and upcoming investigations about land conflicts in Córdoba.

Key words: Eviction, Criminal Preparatory Investigation, land seizures.

¹ Fecha de recepción: 16/03/2018. Fecha de aceptación: 05/07/2018.

² Las autoras de este trabajo somos abogadas, miembros del grupo de investigación "Derecho y Control. Problemáticas específicas", Proyecto SECyT Tipo A. Sofía Pezzano es asimismo integrante del Cuerpo de Abogadas Feministas (CAF). La discusión de este trabajo se dio en el marco del referido grupo, dirigido por Hernán G. Bouvier, y codirigido por Federico Arena. Agradecemos especialmente a nuestras compañeras y compañeros. Asimismo, agradecemos a los evaluadores anónimos de este trabajo, y especialmente a Martín Hissa y Lucas Carranza por sus comentarios, sugerencias y observaciones críticas.



SUMARIO: Resumen. I. Introducción. II. Jurisprudencia: a) *Caso Gualda: análisis de probabilidad*; b) *Caso Álvarez: flexibilización del criterio de Gualda*; III. Crítica a los argumentos del Vocal López Peña en el precedente “Álvarez”: a) *Medidas de coerción en el proceso penal: interpretación restrictiva. Consideraciones sobre el desalojo*; b) *Art. 302: impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores*. c) *Análisis de probabilidad*. d) *¿Obiter dictum? ¿Ampliar consideraciones para restringir derechos?*; e) *La consideración de la “crisis habitacional” repudia desalojos, no los justifica*. IV. Otras discusiones posibles. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Los problemas relativos a acceso a la vivienda en la provincia de Córdoba son atribuidos a múltiples factores. Dentro de dicho panorama se destaca la persistencia del déficit habitacional a lo largo del tiempo, unido a la ineficacia de las políticas públicas. Un análisis realizado por M. Rodríguez (2016), en sentido concordante con el informe del colectivo de investigación “El Llano en Llamas” (2013), indican que el déficit habitacional total en 2001 afectaba a 416.622 hogares en toda la provincia. La ineficacia de las políticas públicas se evidenció claramente cuando el Censo 2010 mostró un incremento de las situaciones de déficit total, pasando del 47,5% al 48,4% de hogares afectados (Rodríguez, Eula, Camisasso, Maniacci, 2016).

En la composición del déficit habitacional, los datos relativos a la evolución del censo nacional de población, hogares y vivienda, reflejan una clara prevalencia del déficit cualitativo sobre el déficit cuantitativo³. Rodríguez afirma en este sentido que, en la Provincia de Córdoba, el Censo 2001 mostró una relación de 9 a 1 (por cada 9 hogares que necesitan algún arreglo o ampliación, existe 1 que necesita vivienda nueva completa), tendencia mantenida casi igual en lo registrado por el Censo 2010. A nivel nacional, en 2001 esta relación era de 8 a 2, modificándose levemente en 2010, siendo de 7 a 3 según este último registro.

La inseguridad en la tenencia conforma una porción importante del déficit habitacional argentino. En Córdoba, la tenencia informal de vivienda o tierra alcanza al 9,3% de los hogares para el año 2010 (Ciuffollini, 2017, p. 31). Se trata de familias que tienen posesión de la tierra o vivienda, pero sus habitantes no son titulares ni inquilinos. Suele corresponderse con préstamo de terceros o con la ocupación de hecho.

Los datos relativos a asentamientos informales representan un indicador ostensible que permite aproximarse a la cuantificación de la inseguridad en la tenencia. De acuerdo al relevamiento realizado por la organización Techo (2016) en Argentina existen 2.432 asentamientos, donde viven aproximadamente 650.685 familias. Según dicho informe, en la provincia de Córdoba existen 170 asentamientos, representando un total de 18.755 familias.

En este trabajo se utilizará el concepto de “toma de tierras”. Autoras como N. Clichevsky (2000), afirman que los asentamientos y tomas se diferencian de las “villas”, callampas y favelas, porque los primeros son organizados, con asesoramiento técnico de ONGs, poseen un trazado regular de terreno y se desarrollan con un patrón urbano similar a los barrios de loteos legales. Estudios más recientes incorporan distinciones entre asentamientos y tomas. El concepto de “Toma” se utiliza para hacer referencia a los procesos colectivos de varias familias que se organizan a partir de la necesidad y escasez de políticas públicas y/o privadas destinadas a atender la problemática de la tierra y la vivienda. La diferencia con los asentamientos radica en que “*en las tomas hay una clara intención de habitar y hacer del espacio un lugar de sociabilidad e integración al resto del territorio urbano, en tanto y en cuanto sus pobladores hacen claramente expresa su intención de cumplir –en la medida de sus posibilidades– con todas las obligaciones que surgen de su ocupación del lugar, a fin de lograr su*

³ Se entiende por vivienda con Déficit Cualitativo, en general, a la vivienda con precariedad constructiva, y por vivienda con Déficit Cuantitativo a la vivienda con hacinamiento de hogar.



completa integración a la ciudad" (El Llano, 2013, p.7). En este sentido las tomas constituyen procesos de organización auto-convocada por los que se "toma posesión" de terrenos debido a dificultades de acceso al mercado inmobiliario formal. Entre los rasgos se destaca la previa verificación del estado de abandono del inmueble, y la expresa intención de cumplir con la normativa urbana y legislación en general.

En este contexto provincial surge el interés de analizar los criterios jurídicos del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (TSJ) en relación al delito de usurpación y la medida cautelar de desalojo dictada durante el proceso penal. Analizaremos dos fallos.

El fallo "Gualda" (CA - A.I. n° 238 de fecha 26/08/2008) representa un antecedente importante en la provincia de Córdoba en tanto estableció criterios de interpretación novedosos en relación al dictado de la medida cautelar de desalojo de inmuebles en general, terrenos tomados de modo colectivo, y/o asentamientos, durante la sustanciación de la IPP⁴, frente a una supuesta usurpación. Esto es relevante porque ello permitiría proceder al desalojo de inmuebles de manera preventiva, sin la necesidad de una sentencia firme al respecto. Posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁵ en el fallo "Álvarez" (TSJ - Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017), un caso de toma de tierras, tira por la borda el criterio establecido en Gualda y agrega algunas consideraciones. Actualmente, los fundamentos esgrimidos en este último fallo son relevantes, en tanto fue un vocal del TSJ el que se expidió con supuestos fines de evitar futuras discusiones y contradicciones entre los distintos tribunales. Resulta importante analizar los dos casos jurisprudenciales a fin de visibilizar los criterios disímiles bajo los cuales se interpreta la norma procesal, y de qué manera esa disputa hermenéutica tiene implicancias prácticas en el acceso al hábitat y a una vivienda digna por parte de sectores de la población históricamente excluidos.

A continuación, se presentará un breve resumen de los fallos y luego se analizarán los principales argumentos.

II. Jurisprudencia

a) Caso Gualda: análisis de probabilidad

El precedente "Gualda" (CA - A.I. n° 238 de fecha 26/08/2008) fue dictado por la Cámara de Acusación⁶ en el marco de una investigación penal preparatoria, donde se investiga un delito de usurpación de un inmueble en el que el Sr. Gualda es el presunto autor. Durante la investigación, el Fiscal de Instrucción de la causa decide disponer el desalojo del inmueble en virtud de las facultades conferidas por el artículo 302 del CPP, que establece que *"la investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento"*. El defensor de Gualda interpuso un recurso de apelación ante la confirmación del desalojo por parte del Juzgado de Control⁷.

El defensor sostuvo que la decisión del Fiscal agravia a su defendido debido a que no se encuentran acreditadas, con el grado de probabilidad requerido, la realización de la conducta ilícita ni la participación del imputado.

⁴ El proceso penal se divide en dos etapas: la Investigación Penal Preparatoria y el debate oral y público. La primera es una etapa preparatoria que se practica ante la hipótesis de un delito, la lleva adelante un fiscal de instrucción, se realiza en forma escrita, limitadamente pública, tendiente a reunir los elementos de prueba útiles para fundamentar una acusación o determinar un sobreseimiento.

⁵ El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) constituye la máxima instancia judicial de la provincia de Córdoba.

⁶ La Cámara de Acusación en general actúa en los recursos que se deducen contra las resoluciones de los Jueces de Control y en las cuestiones de competencia que se suscitaren entre los tribunales inferiores (art. 35 CPP).

⁷ Los Juzgados de Control en general tienen por función controlar el respeto de las garantías constitucionales durante la investigación penal preparatoria.



El Vocal Salazar, en minoría, expresó que la resolución apelada debe ser revocada dando nuevos argumentos sobre el grado de probabilidad requerido para dictar un desalojo, lo que deberá ser corroborado por el Fiscal en base a la prueba de la IPP.

Intentaremos enumerar, siguiendo el razonamiento del fallo, los argumentos principales:

1. No existe en el ordenamiento provincial una norma que regule el desalojo como medida cautelar. En cambio, sí se encuentra regulada en el art. 238 bis. del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), que requiere para la procedencia del desalojo, la solicitud de la víctima, verosimilitud del derecho y posibilidad de fijar una caución. Ante la ausencia de norma en Córdoba, la Cámara entiende que el desalojo se encuentra dentro de las facultades que el art. 302 del CPP otorga al Fiscal, ya que la norma está redactada en forma genérica, lo que implica que no se circunscribe a algún tipo de delito específico. En el caso del delito de usurpación por despojo, expresa la Cámara, el único modo en que el Fiscal puede cumplir el deber de impedir que el delito genere consecuencias ulteriores es disponiendo lo necesario para que la posesión del inmueble sea restituida a quien es considerado presunto damnificado. Expresa en el considerando III.2): “*Lo que el art. 302 del CPP permite lograr, en tal caso, es volver las cosas a su probable estado anterior (posesión del inmueble por el presunto damnificado), situación que habría sido alterada por el probable delito que habría provocado un efecto disvalioso que no debe ser tolerado (posesión del inmueble por el presunto autor)*” (CA - A.I. n° 238 de fecha 26/08/2008, III.2).

2. A continuación menciona los requisitos que son de necesario cumplimiento para poder disponer la medida de desalojo y hace una comparación con los que se mencionan en el artículo 238 bis del CPPN (verosimilitud, pedido de parte y contracautela). Con respecto a la verosimilitud, establece una variante con respecto al CPPN, ya que considera que debe llegarse a un grado de probabilidad tal que en la práctica coincide con el requerido para elevar la causa a juicio. Con respecto a los otros dos requisitos, estima que en el ordenamiento provincial no serían necesarios.

3. Luego, entra en el análisis de la *oportunidad*, que es la cuestión que genera divergencias en la doctrina y jurisprudencia. Existen, señala el vocal del primer voto, tres posibles posturas que se pueden tomar en este sentido: a) al inicio de la investigación si se entendiera que sólo se exige una *mínima verosimilitud* del hecho denunciado; b) cuando la investigación esté más avanzada o en el requerimiento de elevación a juicio, exigiéndose en ambos casos *probabilidad* sobre los extremos de la imputación; y c) al momento de dictar la condena el tribunal de juicio, requiriéndose en ese caso un estado intelectual de *certeza*. Descarta la primera opción ya que la gravedad que reviste la medida no permite que se tome de una forma apresurada y sin actividad probatoria, o con escasa prueba. Se inclina por la segunda posición porque entiende que para que el Fiscal haga cesar los efectos del delito, debe hacerlo con una base probatoria idónea para acreditarlo. Además, destaca que la finalidad de la IPP no es solo hacer cesar los efectos del delito, sino reunir las pruebas necesarias para dar base a la acusación o el sobreseimiento. Por último, descarta la última postura ya que implicaría desconocer la facultad del Fiscal durante la investigación de impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores. Para resumir, el dictado de la medida de desalojo usualmente coincidirá con el momento de elevación de la causa a juicio.

Por su parte, el Vocal Pérez Barberá expresó, que comparte lo sostenido por Salazar, pero con una salvedad: “*si bien sólo una resolución de mérito que ofrezca el grado de convicción adecuado puede fundamentar la medida de lanzamiento de un inmueble –con lo cual coincido plenamente con mi distinguido colega–, considero que ese grado de convicción no necesariamente debe coincidir con la probabilidad requerida para la elevación a juicio de la causa, en especial no con el momento temporal propio de esa resolución (esto es, con la clausura de la investigación preliminar). En efecto, estimo que esta medida –que en la práctica configura un desalojo– puede ser dictada en cualquier momento de la investigación, siempre y cuando exista en la causa un caudal probatorio tal que permita afirmar como consistente –aun provisoriamente– la prueba tendiente a acreditar los extremos de la imputación. En tal sentido, entiendo que la prueba reunida debe ser de suficiente entidad como para fundar un juicio al menos provisorio de probabilidad respecto al delito de usurpación, cuyo efecto*



precisamente se intenta hacer cesar, debiendo quedar claro que, en este contexto, con el término “probabilidad” no se está haciendo referencia al grado de convicción propio de la elevación a juicio de la causa, sino a un nivel convictivo consistente, en todo caso similar al requerido para el dictado de la prisión preventiva” (C de A, A.I.N° 238, 26/08/2008 p. 17). El Vocal Spinka adhirió a las consideraciones de Pérez Barberá⁸.

4. Por último, la Cámara entra en el análisis de lo que será el argumento principal para revocar la resolución apelada, que es la *necesidad de fundamentación del decreto del Fiscal* que ordena el desalojo. Ésta surge del art. 154 del CPP que establece que los requerimientos y conclusiones de los fiscales deben ser fundados, para respetar el derecho de defensa, quedando únicamente exentos de este requisito los decretos de mero trámite. La fundamentación se encuentra vinculada con el caudal probatorio necesario y la probabilidad requerida para poder dictar la medida, lo que significa que, a mayor probabilidad, mayor fundamentación, y viceversa. Siguiendo la postura del fallo, la fundamentación requerida será la necesaria para demostrar que *los elementos de cargo son cualitativamente superiores a los de descargo*.

b) Caso Álvarez: flexibilización del criterio de Gualda

El criterio sentado en "Gualda" en cuanto al mérito exigido para ordenar el desalojo del inmueble fue modificado en "Álvarez" (TSJ, Sala Penal. Sn°17 de fecha 15/02/2017). Dicha resolución se da en el marco de un caso de toma de tierra colectiva, en el que el Fiscal de la causa ordenó el desalojo de los supuestos ocupantes en virtud del art. 302 CPP. La resolución del Fiscal fue apelada y como consecuencia la Cámara de Acusación la dejó sin efecto al no contar con el grado de probabilidad establecido en "Gualda". El querellante particular (víctima), representante de Urbanor S.A., recurrió en casación la resolución de la Cámara de Acusación.

El TSJ resolvió declarar por mayoría⁹ abstracto el planteo, pues la causa ya había sido elevada a juicio, siendo la IPP una etapa cerrada. Sin embargo, el Vocal López Peña decidió igualmente pronunciarse sobre la discusión en torno a la aplicación del art. 302.

Así, el mencionado vocal, se expidió sobre la interpretación de la procedencia del desalojo durante la IPP en casos de tomas de tierra. En particular afirma que la *“invocación de nociones distintas de probabilidad (...) acarrea serios inconvenientes a la defensa de las partes afectadas”* (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16). Afirma, además, que no existe necesidad jurídica que justifique la probabilidad equivalente a la requerida para elevar la causa a juicio. La misma, al decir del tribunal *“(...) carece de todo respaldo jurídico en nuestro ordenamiento procesal penal local vigente. En efecto, nuestra legislación ritual no contempla ninguna disposición específica que exige tal grado de probabilidad o siquiera enuncie expresamente los requisitos y oportunidad para ordenar la medida de referencia, por lo que debe estarse a lo dispuesto por el art. 302 del código de rito provincial que no contiene ninguna restricción de ese tipo”* (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16) expresa el Vocal.

En ese marco, *“para la determinación de la procedencia del lanzamiento del ocupante de un inmueble con el objetivo de restablecer las cosas a su probable estado anterior al delito presuntamente cometido -para así hacer cesar los efectos del delito- carece de sustento legal en el ámbito local la exigencia de un grado de probabilidad equivalente al requerido para elevar la causa a juicio (art. 354 del CPP). Más aún si se tiene en cuenta que las medidas tendientes a hacer cesar los efectos del delito pueden ordenarse en cualquier momento de la investigación penal preparatoria, incluso desde su inicio, y se*

⁸ El TSJ ratificó posteriormente el criterio sostenido por estos dos vocales en autos “Bustos” (TSJ - Sentencia N° 271 de fecha 16/09/2013).

⁹ Debe destacarse que una de las vocales opinantes, Tarditti, resolvió la inadmisibilidad formal del recurso casatorio ya que no se encontraba probado el gravamen irreparable que el rechazo de la medida cautelar causaría al querellante, debido a que el gravamen irreparable en casos de desalojo incumbe a los imputados (desalojados).



toma en consideración, además, que en el supuesto del delito en cuestión el lanzamiento aparece en ciertas ocasiones como una medida que debe adoptarse con carácter urgente, entre otros casos, frente a aquellos que se encausan en la problemática social actual vinculada a la crisis habitacional y a las consecuentes ocupaciones masivas de inmuebles de manera ilegítima” (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16-17).

Consideramos necesario detenernos en este punto a fin de sistematizar los argumentos sobre la interpretación del art. 302 esgrimidos por el Vocal:

1. No hay ninguna norma que expresamente establezca que es necesario realizar el análisis de probabilidad establecido en el caso Gualda para dictar la medida de desalojo de un inmueble posiblemente usurpado.
2. El desalojo puede dictarse en cualquier momento de la IPP, incluso desde su inicio.
3. Refuerza el argumento anterior afirmando que el desalojo en muchas ocasiones aparece como una medida que debe tomarse urgentemente debido a la problemática que denomina “crisis habitacional” y que provoca ocupaciones a inmuebles masivas e ilegítimas.

III. Crítica a los argumentos del vocal López Peña en el precedente “Álvarez”

a) Medidas de coerción en el proceso penal: interpretación restrictiva. Consideraciones sobre el desalojo.

En ninguno de los dos fallos los tribunales expresan qué se entiende por “impedir consecuencias ulteriores” ni qué medidas concretas autorizaría el art. 302. Se da por supuesto que el artículo autoriza al Fiscal a dictar medidas cautelares o de coerción.

Parte de la doctrina, señala que las medidas referidas poseen el fin cautelar de asegurar los fines del proceso: descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto. Es decir, no tienen un fin en sí mismas, sino que son instrumentales y nunca podrían ser utilizadas con fines sancionatorios. Los requisitos de procedencia de toda medida cautelar son la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela (cuando sea necesaria).

Estas medidas siempre implican una limitación a derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros y llevan consigo la posibilidad de emplear la fuerza pública, es por ello que debe procederse con reserva a la hora de aplicarlas, y su aplicación debe ser de interpretación restrictiva ya que, de lo contrario, se desvirtuaría su uso (De Cicco y Bella, 2005, p.172).

Sus caracteres son los siguientes: 1. Excepcionalidad: deben ser absolutamente necesarias para alcanzar los fines del proceso, lo que obliga a verificar que no existe otra medida que resulte menos gravosa. 2. Instrumentalidad: no son un fin en sí mismas. 3. Restrictividad: debido a que implican limitaciones y restricciones a derechos (en el caso del desalojo ya está adquirido el derecho posesorio del imputado), nunca pueden interpretarse ampliamente, debiendo limitarse a lo que establece expresamente la ley. 4. Proporcionalidad: la medida debe ser proporcional al peligro procesal que se pretende evitar y la violencia que se aplica nunca puede ser mayor a la que correspondería si se aplicara la pena. 5. Transitoriedad: si desaparece la situación de peligro la medida debe cesar (De Cicco y Bella, 2005, p. 179).

Si consideramos que el desalojo es una de las medidas más violentas, gravosas y que provoca un daño irreparable al imputado, es oportuno preguntarse si los tribunales han considerado la posibilidad de aplicación de otras medidas menos gravosas, y si en general verificaron el cumplimiento de los requisitos.

La posibilidad de aplicación de un desalojo no surge expresamente de la norma del art. 302, lo que lleva al incumplimiento del requisito de la “restrictividad”. Tampoco se estaría cumpliendo con este requisito si se aplica por analogía un art. del CPPN. Además, no es posible asegurar que esta medida sea, en los casos analizados, absolutamente necesaria para alcanzar los fines del proceso (descubrimiento de la



verdad y actuación de la ley sustantiva), ya que eso no ha sido probado, lo que lleva a que se incumplan los requisitos de la “excepcionalidad” y de la “instrumentalidad”.

Asimismo, surgen interrogantes tales como ¿qué ocurre en aquellas causas en que el imputado es desalojado, y luego la causa es archivada? Y en caso de llegarse a una sentencia, ¿si ésta resulta absolutoria? ¿Qué ocurre si se trataba de un conflicto entre posesiones? ¿Con el desalojo no se estaría beneficiando a unas de las partes?

En resoluciones como las analizadas, el desalojo parece estructurarse, de modo quizás tácito, como el fin mismo del proceso. Esto es así tanto en casos en que los imputados son declarados culpables, como en supuestos de sentencias absolutorias. En el primer caso, la condena frente a la comisión del delito de usurpación implica el desalojo de las personas que están usurpando, siendo así, la medida de coerción funcionaría como adelanto de opinión. Por otro lado, si la sentencia es absolutoria, el haber desalojado con anticipación a las personas incurriría en daños irreparables para ellas y en vulneración de derechos constitucionales. Por último, debe agregarse que cuando la causa no es elevada a juicio (lo que ocurre en la mayoría de los casos), la medida de desalojo opera como sentencia definitiva.

b) *Art. 302: impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores*

¿Qué significa el artículo 302 del CPP al referirse a “*impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores*”? La interpretación de la norma debería ser acompañada de un análisis jurisprudencial más amplio respecto del alcance y contenido que la jurisprudencia ha atribuido a dicha norma. Este trabajo, sin embargo, se circunscribirá a una comprensión limitada de fallo analizado.

La interpretación del art 302 realizada en “Álvarez” se sostiene en una *interpretación literal* de la norma al afirmar que dicha disposición no realiza distinciones respecto a los requisitos y oportunidad procesal para ordenar el desalojo.

Es posible afirmar que, si el razonamiento del TSJ buscara ser coherente con esta estrategia argumentativa, debería no solo no admitir distinciones que la norma *no* realiza (tal como sucede con el análisis que realiza el fallo), sino que a la vez debería asumir un compromiso con aquellas distinciones que de modo *expreso* la letra de la norma *si* realiza.

En este último sentido, cabe mencionar que el art. 302 expresamente califica de “ulteriores” a las consecuencias del delito que deben impedirse. Dichas consecuencias deben distinguirse, en general, de una acción que busque “volver las cosas al estado anterior”. Ahora bien, ¿En qué sentido ambas interpretaciones se distinguen?

La primera interpretación (impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores) tiene proyección a *futuro*, mientras que, la segunda (volver las cosas al estado anterior) tiene su foco en el *pasado*.

Podría decirse, a fin de comprender la implicancia práctica de comprometerse con “*evitar que el delito produzca consecuencias ulteriores*” que esta norma cuenta con dos dimensiones: en un sentido negativo, se propone *evitar* continuidad *futura* de la acción presuntamente delictiva. Pero a esta se agrega un sentido afirmativo, que se propone centralmente *resguardar* el estado *actual* de cosas. Esta última dimensión consideramos, asimismo, que guarda un compromiso fuerte con el principio de inocencia. A modo de ejemplo, consideramos que puede darse el caso de que las consecuencias ulteriores se eviten ordenando que en el *futuro* no se ingresen materiales a los fines de seguir edificando. Sin embargo, esto no significaría que por ello deba demolerse lo ya construido *antes*, volviendo las cosas al estado anterior de la imputación (el cual, además, no podría conocerse con exactitud con la sola denuncia como prueba, sin afectar palpablemente la objetividad, el derecho de defensa efectiva y el principio de inocencia). Esta pauta tendría vinculación con la posibilidad de buscar medidas cautelares menos gravosas que se limiten a evitar consecuencias “*ulteriores*”, pero sin tener que volver las cosas al estado anterior, hasta tanto se dirima, en la sentencia, la comisión del delito.



En otras palabras, la resolución comentada es contradictoria al seguir una lógica argumental literal para afirmar que “*la legislación ritual no contempla ninguna disposición específica (...)*”, o bien, “*(...) no contiene restricciones*” respecto al grado de probabilidad o los requisitos de oportunidad, y, al mismo tiempo, elude abordar aquellas restricciones que la norma sí realiza, tal como el carácter restrictivo en que deben entenderse las “consecuencias” que puede el fiscal evitar en la IPP.

Asimismo, una observación que podría realizarse antes de analizar las posibilidades de medidas a tomar para “*impedir consecuencias ulteriores del delito*”, se vincula a la interpretación del artículo 302 de la palabra “consecuencias”. Aún es posible preguntarse qué implican esas consecuencias ulteriores que se quieren evitar; señalando que no se puede evitar lo que no se conoce, por ello es necesaria la demostración –aunque sea provisoria- de los extremos delictivos. El resultado de una acción siempre es una consecuencia, hay algunas consecuencias que están ligadas a la acción de tal manera que no pueden separarse de ella, la definen. No es posible decir que, porque hay delito, hay consecuencias *ulteriores*, porque ese es simplemente el resultado de la acción. Pero, si partimos de la idea de que a veces existen las consecuencias ulteriores que refiere el artículo, serían algunas más gravosas que sí pueden separarse de la acción misma del delito, y en este caso habría que probarlas, porque exceden lo que normalmente implica una acción determinada.

c) *Análisis de probabilidad*

En los dos casos analizados, la discusión central y el punto de discordancia entre ellos, gira en torno a la probabilidad requerida para dictarse el desalojo.

Tal discusión, en “Gualda” se centra en la prueba necesaria y suficiente para el dictado de la medida cautelar. En “Álvarez” directamente se afirma que no es procedente un análisis de probabilidad debido a que el requisito carece de sustento legal, y por lo tanto el lanzamiento puede realizarse en cualquier momento de la IPP.

Pese a lo señalado en los argumentos anteriores, si seguimos la línea argumentativa de ambos fallos, es erróneo afirmar, como se hace en “Álvarez”, que un análisis de probabilidad carece de sustento legal. Esto es así porque los magistrados están convencidos de que el artículo 302 del CPP habilita al dictado de cautelares, y en este caso, un requisito que surge de la ley es la *verosimilitud en el derecho*, y eso no puede darse “*en cualquier momento de la IPP*”, ya que es necesario determinado causal probatorio. Entonces, si de cautelares hablamos, el análisis de probabilidad es procedente.

Sin embargo, la posibilidad de dictar el desalojo en cualquier momento de la IPP, incluso de dictarla durante la IPP, se encuentra limitada por dos ideas básicas del derecho: el juicio previo y el principio de inocencia (De Cicco y Bella, 2005, p. 173). Afirma Binder que “*es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño que el que puede evitar el Estado con todo su aparato investigativo: policía, fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, no puede cargarse esa ineficacia en la cuenta del imputado*” (Binder, 1999, p.203).

Por lo tanto, la procedencia de esta o cualquier otra medida cautelar durante la IPP debería ser de interpretación restrictiva y excepcional, siendo deber de los tribunales analizar el caso concreto y los derechos en juego. En causas como las analizadas, entendemos que no sería posible dictar el lanzamiento antes de la sentencia condenatoria porque se estarían afectando la inocencia y el debido proceso legal dejando a las partes en desigualdad, considerando especialmente que medidas de este tipo conllevan peligro de irreversibilidad de las consecuencias que ocasiona su dictado (González Zamar, 2005, p. 134).

d) *¿Obiter dictum?: ¿ampliar consideraciones para restringir derechos?*



El fallo “Álvarez”, en especial el voto de los vocales López Peña y la adhesión de Cáceres de Bollati, es susceptible de analizarse en tanto *obiter dictum*. En especial, la inflexión de la argumentación del voto se observa al afirmar: “*No obstante (se refiere a que a pesar de haber resuelto el carácter abstracto del planteo casatorio por haber sido la causa ya elevada a juicio) la ocasión resulta propicia para realizar –a mayor abundamiento- una breve consideración sobre las posiciones doctrinarias sustentadas en el voto de la mayoría del Tribunal de apelación en relación con esos grados de probabilidad –el voto en minoría de la Vocal Farías se orientaba, por el contrario, a confirmar la resolución del Juez de Control favorable al desalojo*” (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 15-16).

Seguidamente, el voto se expresa en referencia a la interpretación del art. 302, en los términos que hemos venido comentando, acompañando asimismo argumentaciones adicionales que no guardan vinculación alguna con la cuestión debatida, tales como la referida a la crisis habitacional como crisis de los propietarios de tierras supuestamente usurpadas: “*...en el supuesto del delito en cuestión el lanzamiento aparece en ciertas ocasiones como una medida que debe adoptarse con carácter urgente, entre otros casos, frente a aquellos que se encausan en la problemática social actual vinculada a la crisis habitacional y a las consecuentes ocupaciones masivas de inmuebles de manera ilegítima*” (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16-17).

Lo que se pretende analizar, en primer término, es si la expresión citada constituye o no un *obiter dictum* en nuestro derecho.

La expresión del latín *obiter dictum* significa “*dicho de paso*”, refiere a los argumentos escritos en la parte considerativa de una sentencia que corroboran la decisión principal, pero que carecen de poder vinculante pues su naturaleza es meramente complementaria (Domenech, 2014). La doctrina afirma que los *obiter* de una sentencia son algo así como un decir de más, un decir no relevante para justificar la decisión que se adopta (Gordillo, 2000). Es una relación entre una afirmación o un argumento y una resolución adoptada por un tribunal, por la cual esa afirmación o argumento contribuye a la fundamentación de la decisión adoptada. Sin embargo, lo que ocurre en “Álvarez” es que se resuelve en abstracto, toda vez que la causa se encontraba ya elevada a juicio, destacando que la minoría se inclinó por la inadmisibilidad formal del recurso, por lo que los dichos que se cuestionan no argumentan, ni aun débilmente, la decisión principal. Entonces, ¿debe ser tenida en cuenta como criterio que sienta jurisprudencia? Puede considerarse que tanto la afirmación citada, como la argumentación referida a la crisis habitacional y el criterio de probabilidad, no han sido decisivas ni relevantes para fundar la decisión del tribunal.

Respecto a los posibles usos que pueden darse a los *obiter*, la doctrina trata varios. Consideramos que los que podrían relacionarse con la causa “Álvarez” son aquellos que se emplean para justificar un cambio de opinión del Tribunal o para adelantar esa posibilidad, los que buscan destacar la extrema singularidad del caso que se decide, los que salvan (o imponen) una opinión personal en relación al tema, los que expresen puntos de vista o ideas relacionados, y los que reseñan criterios jurisprudenciales y contextualizan la decisión en una línea o criterio de interpretación (Domenech, 2014).

En aquellos casos en que los *obiter* se utilizan para dar un contexto o situación vinculada a una doctrina determinada, esa interpretación podría visibilizar un posicionamiento político-ideológico que avanza sobre los modos de interpretar un texto legal. Atendiendo a las expresiones del Vocal, parecería que la crisis habitacional es una crisis en la que la empresa que aduce la propiedad de las tierras -grandes extensiones de tierra en el caso- sería la víctima, sin dar fundamentos. ¿Necesitaba el Vocal describir la situación de la crisis habitacional en la provincia como condición argumental de la decisión que adoptaba? En principio no, porque resuelve la cuestión en abstracto, y si así no fuese, el mayor centro



de interés de este fallo radica en afirmar si procede o no una medida cautelar, a la luz de la interpretación del art. 302 del CPP¹⁰.

Por otro lado, entendemos que el Vocal se expide en sentido contrario a la jurisprudencia de nuestra provincia que, incluso anteriormente al precedente “Gualda”, viene afirmando hace años la necesidad de la declaración del imputado como oportunidad para poder ejercer efectivamente el derecho de defensa previo al dictado de la medida cautelar, y que el mencionado ejercicio del derecho de defensa le otorga mejores elementos y herramientas al Fiscal para valorar minuciosamente las circunstancias de cada caso, toda vez que *“no es lo mismo un damnificado que hace años que no ocupa el bien (...) que aquel que le burlan en sus narices lo que legítimamente ocupaba hasta ese momento”* (Clemente y Romero, 2011, pp. 253-256), como serían la verosimilitud del derecho del accionante o bien la falta total de legitimidad del imputado para poseer el inmueble que ocupa¹¹. Además, es importante destacar que López Peña omite señalar al legislador la ausencia de requisitos en la norma para la procedencia del desalojo, omite invitarlo a “salvar” la laguna procesal.

Así, el vocal opinante, lejos de ampliar las consideraciones a tener en cuenta a los fines del dictado de la medida, viene a reducirlas a cero, proponiendo la urgencia de la medida de desalojo aún en el inicio de la IPP, momento en el que no podría haber suficiente caudal probatorio sobre los extremos de la imputación. Esto se agrava por el hecho de que no tenía facultades para hacerlo, ya que la causa se había declarado abstracta y no había ninguna necesidad de sentar un criterio de este tipo para resolver la discusión. Lo que podría surgir de este análisis, aún no saldado, es que los argumentos podrían no ser encuadrados ni siquiera en un caso de *obiter dictum*, porque no se trata argumentos periféricos, secundarios o que buscan dar fuerza al argumento principal.

e) La consideración de la “crisis habitacional” repudia desalojos, no los justifica

El voto en “Álvarez” busca justificarse en la comprensión de la “crisis habitacional” para resolver, en lo sustancial, dejando en mayor vulnerabilidad a aquellos a quienes precisamente la crisis más afecta. Tomando distancia de dicha postura, en este trabajo se considera que recurrir al contexto de “crisis habitacional” debería poder sostenerse mínimamente en la comprensión de datos objetivos relativos al contexto de “déficit habitacional” en la provincia de Córdoba. En esta línea de análisis intenta introducirse el contexto habitacional al inicio de este trabajo.

La resolución buscó construir un argumento adicional que sostenga una interpretación amplia del referido art. 302 apelando a la consideración del contexto de crisis habitacional, sin embargo, consideramos que dicha interpretación se aleja de la comprensión real del contexto. La interpretación amplia del 302 sería correcta, al decir del tribunal: *“más aún si se tiene en cuenta que las medidas tendientes a hacer cesar los efectos del delito pueden ordenarse en cualquier momento de la investigación penal preparatoria, incluso desde su inicio, y se tiene toma en consideración, además, que en el supuesto del delito en cuestión el lanzamiento aparece en ciertas ocasiones como una medida que debe adoptarse con carácter urgente, entre otros casos, frente a aquellos que se encausan en la problemática social actual vinculada a la crisis habitacional y a las consecuentes ocupaciones masivas de inmuebles de manera ilegítima”* (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 17). Amerita detenernos en estas afirmaciones a fin de destacar la contradicción que representa un intento de *repudiar* la crisis habitacional para resolver, al mismo tiempo, *reproducirla*.

Si la intención del argumento ha sido *repudiar* la crisis, la relación de causalidad podría estructurarse del siguiente modo: la causa o antecedente: en este caso serían los procesos de exclusión y segregación espacial (los que no deberían dejar de considerarse junto a la ausencia de políticas habitacionales y de

¹⁰ Ahondar en las razones que el Vocal opinante tuvo para expresarse de la mencionada manera no es objeto del presente trabajo, sin embargo sus autoras consideran de importancia dejar abierta la cuestión para trabajos ulteriores.

¹¹ Ver Juzgado de Control - N° 7 “D´ giuseppe”; Auto N° 123 del 11/06/04.



suelo urbano, entre numerosas causas), y el consecuente: la crisis habitacional. La exclusión es CAUSA de la crisis habitacional.

Una concepción opuesta partiría de presuponer que la crisis habitacional justifica la exclusión. Este sería el caso del fallo bajo análisis. La relación de causalidad se invierte atribuyendo a la crisis una fuerza legitimadora de la resolución que ordena la exclusión (en el fallo se materializa con la orden de lanzamiento del ocupante de un inmueble en pos de hacer cesar los efectos del delito, sin distinguir oportunidad procesal ni mérito requerido). Bajo esta estructura, de modo inverso a la anterior, la crisis es CAUSA de la exclusión.

La recurrencia al contexto de crisis habitacional, debería presuponer, al menos, la comprensión de una situación generalizada donde se torna relevante *quienes* son principalmente *afectados*. En este sentido, serán los ocupantes, y no los propietarios privados, los que podrían verse amparados bajo dicha consideración del contexto.

IV. Otras discusiones posibles

Dado que no es posible analizar en profundidad todos los problemas que se presentan al analizar la procedencia del desalojo en estos casos, interesa dejar planteados algunos interrogantes adicionales:

¿Deben abordarse de igual modo los procesos de usurpación individuales y colectivos? ¿Qué sucede si la usurpación es la última medida, luego de agotar todas las vías administrativas, legales, y negociaciones, frente a la falta de respuesta estatal con respecto a un problema de vivienda? ¿Es posible incorporar consideraciones de hecho como el destino que le daba el propietario del inmueble usurpado, si se encontraba en estado de abandono, etc.? ¿Existe competencia del derecho penal cuando lo que ambas partes alegan es tener un mejor derecho de posesión?

Resulta importante la mención de estos interrogantes para futuras investigaciones y para ser tenidos en cuenta al momento de decidir sobre un caso similar.

V. Conclusiones

Este trabajo ha tenido por objeto realizar un análisis del art. 302 del CPP, en relación al delito de usurpación (art. 181 Código Penal), considerando especialmente los casos de tomas de tierras. Se presentaron los principales argumentos de dos fallos relevantes de la provincia de Córdoba.

El precedente "Gualda", en lo sustancial, incorpora una distinción respecto a la oportunidad procesal y el mérito requerido para dictar la medida de desalojo (art.302 CPP), ante la posible comisión del delito de usurpación. Siendo así, la orden de desalojo requiere ser justificada por un grado de probabilidad cualificado.

El fallo "Álvarez", por su parte, interpreta que el art. 302 no realiza distinción alguna, motivo por el cual, sería admisible ordenar el desalojo "*incluso desde el inicio*" de la IPP.

Este trabajo buscó construir una interpretación alternativa a fin de cuestionar el voto mayoritario presentado en "Álvarez" y "Gualda". La estructura del análisis presentó cinco argumentos centrales: en primer lugar, una argumentación relativa a la interpretación restrictiva que debe darse a las medidas de coerción en el proceso penal. En segundo lugar, se destacó la relevancia de distinguir el carácter "ulterior" que deben reunir las consecuencias susceptibles de ser impedidas durante la IPP, y la contradicción que supone omitir dicho carácter bajo una argumentación de tipo literal. En tercer lugar, se buscaron alternativas al análisis de probabilidad realizado en "Gualda" y se dieron fundamentos para que el desalojo sólo pueda dictarse en la sentencia. En cuarto lugar, se analizó el rasgo del pronunciamiento en "Álvarez" como *obiter dictum* y se concluyó que no cumple los requisitos para serlo, ya que no existen argumentos principales por haber sido declarada abstracta la causa, por lo que no puede sentar ningún criterio. Por último, se buscó evidenciar el modo en que el argumento relativo al



contexto de “crisis habitacional” es utilizado para legitimar una interpretación que, lejos de comprometerse con dicho contexto, contribuye a su reproducción.

Si bien el análisis del trabajo se circunscribe a la cuestión jurídico procesal, se considera que el mismo puede constituir un aporte en pos de dar cuenta de los criterios recientes (2008-2017) de la justicia cordobesa, así como un insumo que contribuya a investigaciones integrales que aborden la comprensión de los conflictos por la tierra en la Provincia de Córdoba.

VI. Bibliografía

Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Ciuffolini M. A. (Comp.) (2017). *Lucha por la tierra. Contexto e historias de las tomas en Córdoba*. Córdoba: Educ.

Clemente, J. L. y ROMERO, G. S. (2011). *El delito de usurpación*, Córdoba: Lerner.

Clichevsky, N. (2000). *Informalidad y segregación en América Latina. Una aproximación*. División Medio Ambiente y Asentamientos Humanos. Chile: CEPAL-ECLAC.

De Cicco, A. y Bella, G. (2005). “Teoría general del proceso: medidas de coerción en el proceso penal”. En AYAN, Manuel y DE LA RUA, Angelina (eds.) *Medidas Cautelares (Lecciones y ensayos de derecho procesal)*. Córdoba: Alveroni.

Domenech, E. (2014). Dicho sea de paso. Obiter dicta. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Num. (44) Año (11) (pp. 127-147) ISSN (0075-7411). Lugar de publicación: U.N.L.P. Recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43586/Documento_completo.pdf?sequence=1

González Zamar, L. (2005). “Las medidas cautelares y la tutela anticipatoria en el proceso colectivo”. En AYAN, Manuel y DE LA RUA, Angelina (eds.) *Medidas Cautelares (Lecciones y ensayos de derecho procesal)*. Córdoba: Alveroni.

Gordillo, A. (2000). *Introducción al Derecho. Derecho Público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Llano en Llamas (2013). “*Tomas de tierras en la Provincia de Córdoba*”. Informe. Recuperado de: <http://www.llanocba.com.ar/site/>.

Rodríguez E., Eula M., Camisasso M., y Maniacci A. (2016). “Desempeño de las políticas habitacionales nacionales y en la Provincia de Córdoba. Datos de la baja capacidad responsiva del Estado”. Ponencia presentada en III Foro latinoamericano. Facultad de Trabajo social. Universidad Nacional de La Plata. 2016. Eje Temático: 4. Balances y perspectivas sobre las políticas públicas en la región.

Techo (2016). “Relevamiento de asentamientos informales”. Recuperado de: http://relevamiento.techo.org.ar/downloads/informe_relevamiento_TECHO_2016.pdf

Legislación:

Provincia de Córdoba. Ley N° 8193. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPP).

Argentina. Ley N° 23984. Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Argentina. Ley N° 11179. Código Penal de la Nación Argentina (CP)

Jurisprudencia:



Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. n°238 de fecha 26/08/2008 “GUALDA, Jorge Alberto p.s.a. amenazas calificadas, hurto, usurpación” (Expte. G-18/07).

Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017 “ALVAREZ, Marcos Martín y otros p.s.a usurpación -Recurso de Casación-” (Expte. N° 2181627).

Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sentencia N° 271 de fecha 16/09/2013 “BUSTOS, María Norma y otros p.ss.aa. amenazas, etc -Recurso de Casación” (Expte. “B”, N° 43/2013)