

SENTENCIA n° diecinueve /2016.- En la Ciudad de Neuquén, a los *nueve días del mes de marzo de 2016*, se reúne el Tribunal de Impugnación integrado por los **Dres. Liliana Beatriz Deiub, Richard Trincheri y Mario Rodríguez Gómez**, a fin de dictar sentencia en el caso "**Colihuinca, Andrea Alejandra s/Usurpación**", Legajo MPFCU 10358/2014 del registro de la OFICU, seguida contra **Andrea Alejandra Colihuinca**, sin alias, D.N.I.-35.037.610, nacida el 10 de diciembre de 1989 en Cutral Có, Pcia. de Neuquén, hija de Ricardo Colihuinca y Margarita Sepúlveda, soltera, desempleada, con domicilio en calle Mérida 444, de la localidad de Plaza Huincul -Pcia. de Neuquén-.

ANTECEDENTES:

El día 7 de noviembre del año dos mil quince, el Tribunal unipersonal integrado por el Dr. Gustavo Ravizzoli, dicto Sentencia en el **LEGAJO 10.358/2014, "COLIHUINCA ANDREA ALEJANDRA S/ USURPACION"**, en el debate realizado el día dos de noviembre del mismo año, intervino por la Acusación, el Sr. Fiscal del Caso, Dr. Gastón Liotard y el Dr. Lucas Rodeiro, como Asistente Letrado de la Fiscalía, y por el Ministerio Público de la Defensa, el Sr. Defensor, Dr. Diego Simonelli. La acusación fue impulsada contra **ANDREA ALEJANDRA COLIHUINCA**, sin alias, D.N.I. 35.037.610, con domicilio en calle Mérida 444, de la localidad de Plaza Huincul. En dicho fallo, se

declaró a la nombrada Colihuinca, autora penalmente responsable del hecho ocurrido el día el 10 de julio de 2013, cuando siendo la hora 01.00. aproximadamente, ingresó a un edificio en calle Mérida 444, del Barrio Centenario, de Plaza Huincul y previo trasponer una defensa perimetral preconstituida cuya altura es de 2 mts., en la clandestinidad, en razón que la vivienda se hallaba sin cuidador; despojó del uso y goce del inmueble, como así de todos los enseres y equipamiento de cocina y otros, al referido Municipio, en atención a que en dicho lugar se elaboraban viandas para menores en riesgo y adultos de escasos recursos, imposibilitando, como consecuencia de la ocupación, el uso y desarrollo de las citadas actividades. Tipificó la conducta, como se mencionó precedentemente, como constitutiva del delito de usurpación (art. 181, inc. 1 del C.P.). Asimismo, en la cesura (14 de diciembre de 2015), le impuso una pena de ocho meses de prisión condicional (art. 26, 40 y 41 del C.P.).

ASISITIERON: a la audiencia de impugnación (art. 245 del C.P.P.), la imputada Andrea Colihuinca, su abogado defensor el Dr. Diego Simonelli y el Sr. Fiscal del caso Dr. Raúl Alberto Aufranc.

ALEGATOS: El **Sr. Defensor** En primer lugar se refirió a la admisibilidad, en los términos previstos en los arts. 227, 233 y 242 del C.P.P. Se trata de una

condena, el recurso fue formulado por el Defensor y expuestos los agravios, debidamente fundados.

Sostuvo las quejas, adelantadas por escrito (art. 242 del C.P.P.), sobre dos planteos: uno principal referido a la responsabilidad y el subsidiario (en caso de no prosperar el primero) sobre la pena.

1 - Responsabilidad: **a)** Se impugna la sentencia, en primer término, por la deficiente y arbitraria interpretación de la prueba efectuada por el juez de juicio al establecer la realidad de los hechos y la autoría de su asistida conforme la acusación efectuada por el Ministerio Público Fiscal, dado que el fundamento de la pieza que se ataca es aparente porque no cuenta con prueba que avale tales circunstancias tanto fácticas como las vinculada a la clandestinidad, pues los testimonios referidos por el Magistrado no dan cuenta de los hechos descriptos en la acusación, que sustenta la decisión que se impugna. Los testigos que depusieron en el juicio para acreditar el medio comisivo (clandestinidad), son efectivos policiales o empleados Municipales, y ninguno estuvo presente en el momento que se produjo el ingreso de la imputada y su familia a la vivienda. Asimismo utiliza voces de la legislación civil para fundar y definir la clandestinidad, instituto que fue derogado luego de la reforma del Código. **B)** Criticó, al mismo tiempo, que no fue

debidamente respondido, por el Magistrado, ni refutado por la acusación el estado de necesidad disculpante (art. 34 inc. 2º del C.P.), planteado para discutir la responsabilidad, pero en la audiencia de cesura, al debatirse la determinación judicial de la pena. Se encontraba embarazada, con dos hijos más a cargo y sin respuestas a sus constantes reclamos.

2 - Penas: en forma subsidiaria, pidió se reduzca la pena, teniendo en cuenta la situación de crisis que atravesaba, mencionada al referirse al estado de necesidad disculpante y que existo una doble tasación de los agravantes, al referirse el daño producido.

En su al alegato el **Sr. Fiscal**: dijo que la sentencia debe ser confirmada. De la exposición de la Defensa, se deduce, que se trata de un desacuerdo con la decisión, antes que una arbitrariedad, contradicción, errónea interpretación de la prueba, de la teoría legal o violatoria de la sana crítica racional. En el fallo fue debida y certeramente acreditado, el ilegítimo ingreso, el medio comisivo (clandestinidad), que la Municipalidad es la titular de la vivienda y las tareas solidarias que en el lugar se realizaban, que, como consecuencia de la ilegal ocupación, debieron suspenderse. Fueron once los testigos que depusieron en el debate que acreditaron las premisas mencionadas. Asimismo, destacó que se realizaron numerosos

intentos de conciliación y mediación, con activa y destacada participación del Dr. Simonelli (defensor), que fracasaron por la negativa de la Sra. Colihuinca a aceptar alguna propuesta.

VOTOS: las cuestiones a resolver, serán pronunciadas en el siguiente orden de votos: **Dr. Mario Rodríguez Gómez; Dra. Liliana Deiub y Dr. Richard Trincheri.**

PRIMERA CUESTIÓN: Admisibilidad.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

El recurso fue presentado en tiempo y forma, por escrito y dentro de los diez días de notificada la sentencia (art. 242 del C.P.P.). Se trata de una condena y fue interpuesto por el Defensor (art. 233 y 236). Fueron debidamente expuestos y fundados los agravios (art. 227 del C.P.P.) Por otra parte, no existió oposición de la Fiscalía. En consecuencia les asiste razón a los litigantes, al afirmar que el recurso debe ser declarado admisible y así voto.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: comparto los argumentos y la conclusión y voto en el mismo sentido.

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: adhiero las consideraciones y decisiones citadas en los votos que anteceden.

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué solución debe adoptarse?.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

La Defensa, estructuró el recurso, sobre dos esquemas. La primera en la ausencia de un elemento del tipo objetivo del delito de usurpación, más precisamente, la clandestinidad (medio comisivo) y la segunda, en una causal excluyente de la culpabilidad, estado de necesidad exculpante. Alegó que todos los testigos son indirectos y ninguno presenció el momento del ingreso.

Dos fueron los aspectos que tuvo en cuenta el Magistrado para tener por cierta comisión por clandestinidad. La primera el horario y la segunda la ausencia de cuidador. Ambos supuestos, eran conocidos por Colihuinca, (elemento subjetivo) que sin duda aprovecho esas circunstancias, que facilitaron la consumación. Cita puntualmente dos relatos, que si bien, como afirma el Defensor, no estaban en el lugar, fueron advertidos en forma inmediata y se constituyeron en el lugar, incluso dialogaron con la imputada. Exigir que la única prueba que pueda dar certeza, sea testigos presénciales, rompe el esquema de una interpretación lógica, desde un silogismo elemental, que nutre, junto con otros criterios la interpretación desde la sana crítica racional "...el recorrido de cada razonamiento debe estar claramente

sustentado en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano". "Tratado de la Prueba" (Eduardo M. Jauchen). Fue claro el Tribunal al referirse a esta cuestión específica "Luego en cuanto al medio comisivo, soy de criterio que la clandestinidad ha sido debidamente acreditada. Todos los testigos a los que se les preguntó por el horario de ocurrido el hecho aludieron en hora cercana a la detallada en la plataforma fáctica de la acusación (aproximadamente 00.10 hs), circunstancia que sin duda conlleva a que el sujeto activo obró subrepticamente en la nocturnidad. Porque sabido es que obrar en horas de la noche o madrugada, sin la luz natural del día, los movimientos son menos visibles, siendo un espacio temporal en el que quien actúa puede pasar más desapercibido, sencillamente, por tratarse de un horario para el descanso, lejos, entonces, de la mirada de otros. En este contexto, cuando Ponce y Tranamil llegan al lugar del hecho, Colihuinca se encontraba en el salón del Centro de Alimentos. Ponce claramente manifestó al Tribunal que estaba dentro del inmueble. Que habló con ella. Que ya la conocía por haber conversado en la Municipalidad días previos al hecho, por sus problemas de vivienda. A su vez, se desprende del testimonio de Tranamil que si bien no la ve (no ve su rostro) cuando Ponce llama, a través de la puerta, por

Andrea, esta contesta, punto que resulta coincidente con lo expresado por la efectivo policial Cifuentes, que afirmara que se referían y nombraban a la encartada por su apellido. Por ende, no es que se la pretenda vincular al hecho, como postulara la Defensa, por el hecho de hallarse en dicho inmueble al momento del allanamiento. Insisto, el compromiso delictual de Colihuinca se verifica desde el arribo al lugar del hecho, aquel 10 de julio del 2013, cerca de las 00.10 hs., de Ponce y Tranamil". Sobre la misma cuestión (la clandestinidad) criticó la Defensa que el fallo, lo define sobre conceptos que estaban enunciados en el Código Civil y hoy, luego de la reforma, este instituto fue derogado. Sin embargo lo determinante no lo define que no tenga vigencia en el derecho privado, sino que continúe actual en la norma penal, en consecuencia, habrá dejado de ser un elemento normativo del tipo objetivo, para transformarse en un elemento descriptivo, "En la formulación del tipo el legislador puede acudir a elementos descriptivos o a elemento normativos. Son elementos descriptivos los que expresan una realidad naturalística aprensible por los sentidos ...sin embargo, a menudo los elementos descriptivos deben precisarse con arreglo a criterios valorativos..." "Derecho Penal Parte General" Santiago Mir Puig) En consecuencia fue bien definido en el Fallo, el concepto del medio comisivo, por

el Juez de Juicio. "Clandestinidad: cualidad de clandestino: secreto, oculto y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla" Diccionario de la Real Academia Española. La nocturnidad y la falta de custodia del lugar, fueron sin duda, tal cual define el Magistrado, a través de los relatos escuchados en el juicio, la forma elegida por la imputada, para eludir la ley y consumir la conducta típica.

Sobre el estado de necesidad disculpante, considero que el sentenciante, confunde algunos de los conceptos enunciados por la defensa. El impugnante planteo esta posición, al mensurarse la pena. El Tribunal la deshecho, aduciendo que no era el momento oportuno, que ya había quedado resuelto todo lo atinente a la responsabilidad y que, a su criterio, se refiere a la conducta típica y antijurídica y que la postura de la defensa importaba una causa de justificación, dijo el Juez: "En torno a los planteos realizados en el alegato de clausura por la Defensa diseccionados a fundar el pedido de eximición de pena, entiendo que no pueden prosperar. Ello así, toda vez que el comportamiento alternativo conforme a derecho de parte de la encartada es un análisis que se realiza en la teoría del delito y más específicamente en la teoría de imputación objetiva, razón por la cual corresponde a la fase de culpabilidad. De igual modo, la

pretensión del estado de necesidad disculpante de parte de Colihuinca en el hecho, es un extremo que a todo evento debió haberse formulado en el juicio de culpabilidad por corresponder a la categoría de la antijuridicidad de la teoría del delito". El estado de necesidad disculpante, no se define en la teoría de la imputación objetiva, porque no exime del tipo penal, ni en la antijuridicidad porque no se trata de una causa de justificación. El estado de necesidad disculpante, excluye la culpabilidad, siendo el tercer elemento del juicio de reproche. "Todas las causas de inculpabilidad son supuestos en que no puede exigirse al autor una conducta distinta al injusto. Por ende, la inexigibilidad de otra conducta no es una exculpante sino la esencia última de toda inculpabilidad" "Derecho Penal Parte General" Zaffaroni Plagia Slokar. Siendo la culpabilidad el puente entre el injusto penal y la pena, fue bien postulado, por la Defensa, pretender su tratamiento en la cesura. Si bien el Magistrado, consideró que debió hacerlo en la primera etapa (juicio de responsabilidad), finalmente termina respondiendo satisfactoriamente al ponderar los agravantes y atenuantes y al referirse al rol del Juez al mesurar la pena "Es decir, que en la actividad jurisdiccional de la mensuración de la pena, el magistrado debe ser garante de los derechos humanos aún ante una de las manifestaciones más violentas

de un Estado al fijar una pena privativa de libertad, más allá de su modalidad de ejecución, componiendo en su decisión situaciones particulares; como en el caso, se afectaría a personas en especial estado de vulnerabilidad". Finalmente el monto de la pena resulta razonable, teniendo en cuenta que el mínimo legal es de seis meses y los agravantes citados justifican esa ampliación del mínimo legal (art. 181 C.P.). "Sentado lo expuesto, interpreto que ha sido suficientemente probado el daño generado por el delito -el que debe valorarse como agravante- y derivado del accionar de Colihuinca. Existió, en efecto, a mi juicio una alteración, una afectación franca en la prestación de un servicio que se efectivizaba desde el Municipio a cuyo fin éste se valía precisamente del inmueble en cuestión y de las instalaciones con que el mismo contaba. Dieron cuenta de ello, en lo fundamental, los testigos Ponce y Colombo. La ración de vianda de comida caliente evidentemente se dejó de producir y entregar y más allá que se mutó la forma de asistencia a determinada gente bajo la entrega de alimentos secos, también se acreditó en audiencia que se perjudicó no sólo en la modalidad de la asistencia sino en su control.". En base a estas consideraciones voto por la confirmación de la sentencia impugnada.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: comparto los argumentos y la conclusión y voto en el mismo sentido.

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: adhiero las consideraciones y decisiones citadas en los votos que anteceden.

TERCERA CUESTIÓN: Costas:

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, dijo:

Corresponde la exención de costas a la vencida. El recurso fue declarado admisible y su imposición podría importar un menoscabo a la garantía de doble conforme (art. 268 del C.P.P.).

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: comparto los argumentos y la conclusión y voto en el mismo sentido.

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo: adhiero las consideraciones y decisiones citadas en los votos que anteceden.

Por estos argumentos y por unanimidad el este Tribunal de Impugnación:

RESUELVE:

I.- Declarar **ADMISIBLE** el recurso interpuesto (art. 242, 233 y 236 del C.P.P.)

II.- CONFIRMAR la sentencia dictada el 7 de noviembre de 2015 por el Dr. Gustavo Ravizzoli, en el LEGAJO 10.358/2014, "COLIHUINCA ANDREA ALEJANDRA S/USURPACION".

III.- Sin costas (art. 268 última parte del C.P.P.).-

Dra. Liliana Beatriz Deiub

Juez

Dr. Richard Trincheri

Juez

Dr. Mario Rodríguez Gómez

Juez

Reg. Sentencia N° 19 T° II Fs. 314/320 Año 2016.-