

Denuncia Requerimiento Fiscal De Instruccion Desalojo Por Acto Administrativo Estado Municipal Tierras De Dominio Publico

JURISPRUDENCIA

Denuncia. Requerimiento fiscal de instrucción. Desalojo por acto administrativo. Estado municipal. Tierras de dominio público

Se rechaza el recurso de casación interpuesto contra la decisión confirmatoria del rechazo del requerimiento fiscal de instrucción en el entendimiento de que, al estimar que el terreno en cuestión conformaba un bien de dominio público municipal, la Administración hizo uso del privilegio excepcional de proceder directamente y por sí misma -es decir, sin necesidad de recurrir a la vía judicial-, por autotutela, en virtud de la ejecutoriedad que caracteriza a los actos administrativos.

ACUERDO En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 28 días del mes de febrero de 2018, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Jueces Javier Darío Muchnik y María del Carmen Battaini para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados ?GUALDESI, Sergio Atilio s/ Dcia.?, expte. n° 1476/2010 STJ-SR. El Juez Carlos Gonzalo Sagastume no interviene en el presente Acuerdo por encontrarse en uso de licencia.

ANTECEDENTES 1.- A fs. 511/516, la Sala Penal de La Cámara de Apelaciones de la Provincia, confirmó el auto del juez instructor que resolvió rechazar el requerimiento fiscal de instrucción. 2.- La parte querellante interpuso recurso de casación a fs. 519/525. Cuestionó la sentencia aduciendo una interpretación errónea de la ley sustancial y su correlato con las propias constancias de la causa, al considerar que el bien despojado es del dominio público municipal. Por ello tachó de arbitrario el fallo recurrido. Alega que se omitió ponderar el art. 51, inc. 1 de la Carta Orgánica Municipal, lo que desvirtúa cualquier intento de enmarcar el accionar de los imputados en el ejercicio de la autotutela municipal. Sostuvo que existía una evidente contradicción entre lo aquí resuelto y un fallo en la misma materia recaído en la Sala Civil del mismo tribunal (?E. G. y M. J. C. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ interdicto de recobrar? -expte. N° 5274/09-). Según entendió, se imponía en el caso que el Tribunal realizara de oficio un control de constitucionalidad de las normas que aplica, puesto que el sistema implementado por el municipio vulneraría la garantía de debido proceso y el derecho de defensa. En este sentido, citó doctrina y jurisprudencia que -a su criterio- resulta aplicable al caso. Agregó que el predio en cuestión estaba afectado al dominio privado del Estado municipal, por imperio del decreto comunal 1054/93, análisis que habría sido omitido por el tribunal de la instancia anterior. A fs. 528/529, el a quo declaró admisible la vía recursiva intentada. 3.- Radicadas las actuaciones ante este Tribunal, se corrió vista al Titular del Ministerio Público Fiscal. A fs. 540/541vta., el Dr. Guillermo Massimi, postuló rechazar el recurso en trato. Llamados los Autos al Acuerdo (fs. 542), la causa se encuentra en estado de ser resuelta, de conformidad al sorteo efectuado a fs. 545.

EL JUEZ JAVIER DARÍO MUCHNIK DIJO: 1.- A fs. 511/516, la Sala Penal de La Cámara de Apelaciones de la Provincia, confirmó el auto del juez instructor que resolvió rechazar el requerimiento fiscal de instrucción. Para así decidir, descartó cualquier atisbo de arbitrariedad ya que, según entendieron, el magistrado de grado ?dio a conocer los motivos de su decisión, presentando una interpretación posible de los elementos de convicción arrojados al sumario, que si bien puede o no ser compartida, no resulta ilógica ni absurda; denota la racionalidad en el ejercicio de la potestad de juzgar y permite su debido control mediante el recurso previsto para el caso, lo que garantiza el derecho de defensa en juicio al posibilitar su revisión por un tribunal de grado superior en función de los agravios expuestos en ese remedio procesal?. El núcleo fáctico sobre el que reposa la decisión ahora cuestionada fue circunscrito de la siguiente manera: ?el hecho está conformado por el desalojo administrativo llevado a cabo por funcionarios de la Municipalidad de Ushuaia el viernes 07/11/2008 en el predio identificado como Quinta de Andorra, Parcela 22, Sección O de dicha localidad -sobre el cual la actual querellante Elsa Inés Bugnest de Gualdesi venía ejerciendo la posesión en forma pacífica y pública desde varios años atrás, con conocimiento del Estado Provincial y Municipal-, sin intervención judicial, mediante el ejercicio de la fuerza pública y fuera del marco legal previsto para esos supuestos. Asimismo, durante el procedimiento referido, habría sido molestado en su legítima tenencia un matrimonio que habita dentro de una de las instalaciones existentes en dicho inmueble? (ver fs. 511). El magistrado opinante (posición a la que adhirió su colega de Sala) sostuvo que, al estimar que el terreno en cuestión conformaba un bien de dominio público municipal -de acuerdo con lo estipulado en el art. 52 de la Carta Orgánica Municipal-, la Administración hizo uso del privilegio excepcional de proceder directamente y por sí misma -es decir, sin necesidad de recurrir a la vía judicial-, por autotutela, en virtud de la ejecutoriedad que caracteriza a los actos administrativos. Remarcó ?que el art. 152 inc. 15 del mismo ordenamiento jurídico, establece como deber y atribución del Intendente municipal, administrar y disponer de los bienes de dominio público -y privado- de acuerdo a lo establecido en esa Carta Orgánica y en las ordenanzas que en su consecuencia se dicten. En este orden de ideas, el art. 105 de la ley 141 de Procedimiento Administrativo establece que el acto administrativo se presume legítimo y

su fuerza ejecutoria faculta a la Administración, sin consentimiento del interesado, a ponerlo en práctica por sus propios medios a menos que la ley o la naturaleza del acto requieran la intervención judicial?. Recordó que 'la doctrina resalta que 'los bienes del dominio público están sometidos a un régimen jurídico especial con modalidades propias...'; su protección '...está a cargo de la Administración Pública, la cual en ejercicio del poder de policía procede directamente, por sí,...sin necesidad de recurrir a la vía judicial...' y destaca que '...la opción entre la autotutela y las acciones judiciales no depende de principio alguno, sino exclusivamente de la discrecionalidad administrativa...' (DROMI, R., Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, pp. 761 y sigtes.). Por lo tanto, no es posible encuadrar la conducta denunciada en el art. 248 del Código Penal. Dicho precepto reprime el abuso funcional, esto es '...el empleo de la autoridad recibida para violar la Constitución o las leyes. El autor debe hacer un mal empleo de la autoridad pública que legalmente posee' (cfr. BUOMPADRE, J. E., Delitos contra la Administración Pública, Avellaneda -Buenos Aires-, Mave, 2001, p. 137)?. En esta línea de argumentación, el tribunal enfatizó la ausencia de tipicidad objetiva o, cuánto menos la falta de actuación dolosa que exige el art. 248 del CP. Citó jurisprudencia de este estrado que, a su entender, fortalece su decisión. Concluyeron los juzgadores de la instancia anterior que la ausencia de un acto administrativo expreso y fundado que disponga el procedimiento denunciado, no desmerece cuanto se viene exponiendo, en la medida en que aún así resultan claros los antecedentes del caso obrantes en el expte. Letra SP, n° 2794 del año 2005 y la interpretación normativa efectuada por los funcionarios municipales a los efectos de justificar el operativo cuestionado, con lo que el modo en que la orden habría sido dada constituiría en todo caso una irregularidad administrativa (v. gr. vicio en las formas, arts. 97 y 99 inc. e], ley 141), pasible de ser abordada en el ámbito jurídico correspondiente, pero carente de contenido de ilicitud en términos de la ley penal. Similar razonamiento se esbozó en cuanto a la presunta configuración del tipo penal del art. 181 (inc. 1 y 2) del código sustantivo. Aunque, en este caso, se dijo que quedaba excluida la antijuricidad de la conducta (y no la tipicidad como había afirmado el juez de instrucción) ya que 'el terreno recuperado constituía un bien de dominio público -de acuerdo al texto vigente del art. 52 de la Carta Orgánica Municipal-, lo que habilitaba a la Administración a proceder directamente y por sí misma -incluso forzosamente- para la protección de ese dominio. En ese sentido, los funcionarios municipales que emprendieron la conducta denunciada actuaron en cumplimiento del deber de la Administración de proteger el dominio público, derivado de normas dictadas por el poder público en ejercicio de sus facultades (arts. 52 y 152 inc. 15 Carta Orgánica Municipal; art. 105 Ley N° 141; ordenanzas municipales citadas). En esa perspectiva, pudo tratarse de un comportamiento típico, pero no antijurídico (art. 34 inc. 4° CP; cfr. RIGHI, E. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. Bs. As. Lexis Nexis, 2007, pág. 253)?. 2.- Los letrados de la querrela, Dres. Daniel Sacks y Félix Alberto Santamaría, interpusieron recurso de casación a fs. 519/525. Tras enunciar el objeto del recurso, enumeraron sus agravios asegurando que se verifica una errónea aplicación del derecho vigente en la sentencia impugnada. Entendieron que existía una contradicción entre el fallo casado y otro de la Sala Civil de la misma Cámara de Apelaciones (Expte. 5274/09), en tanto en el caso de autos el a quo consideró que los imputados actuaron en el marco del legítimo ejercicio de la autotutela estatal y, en cambio, la Sala Civil en un caso -según expusieron- similar, concluyó que los funcionarios municipales carecían de aquella especial facultad. Argumentaron que, de conformidad con lo dictaminado por la Sala Civil, 'la calidad de bienes de dominio público de las tierras fiscales dentro del ejido municipal se pierde cuando éstas son desafectadas del espacio público y se destinan inmediatamente para ser vendidas a los vecinos interesados -véase art. 51 inc. 1 de la Carta Orgánica Municipal-'. Aducen, aunque sin argumentar demasiado, que se omitió ponderar el art. 51, inc. 1 de la Carta Orgánica Municipal que, en consonancia con la 'Ordenanza 3085?', 'permite establecer que -el inmueble de marras- no es un bien del dominio público municipal'. Que por todo ello, no podría enmarcarse el accionar de los funcionarios dentro del ejercicio de la autotutela municipal. Concluyen 'que el sistema implementado por el municipio vulnera de manera ostensible la garantía constitucional de debido proceso legal y el derecho de defensa, ya que en ningún caso concede recurso alguno al particular. Es un 'procedimiento' en el que simplemente debe acatarse la voluntad municipal'. Se agravan los casacionistas de 'lo manifestado por la Sala Penal a fs. 512 vta., 2do párrafo, en cuanto sostiene que deja a salvo su opinión -el juez votante- acerca de la constitucionalidad de las mismas' (ver fs. 522). Ello pues, según afirman, es un deber del poder jurisdiccional realizar el control de constitucionalidad de las normas que aplica, más allá de cualquier ponderación particular que hubiera o no efectuado la parte querellante. Que por todo lo expuesto, entendieron, que el accionar del municipio lejos de configurar un legítimo ejercicio de una facultad de autotutela, es 'configurativo del elemento volitivo de la conducta reprochada' (cfrme. fs. 523). Máxime cuando el querellante había advertido a las autoridades municipales mediante nota, que debían recurrir a la vía judicial. Tampoco comparte la parte recurrente la afirmación del a quo referente a que los imputados obraron convencidos de la corrección de su proceder al realizar la conducta en forma pública y notoria. Ya que tal aserción implicaría que la intencionalidad está vinculada con la discreción o no en la comisión de la acción (ver fs. 523). Expusieron que el inmueble recuperado estaba desafectado del dominio público por la Ordenanza Municipal 3085 (Anexo I), promulgada por Decreto Municipal N° 763/2006, por lo que mal el tribunal juzgador podía considerarlo como bien del dominio

público comunal. Máxime cuando el predio estaría destinado a generar soluciones habitacionales? (fs. 524). 3.- A su turno, el Señor Fiscal ante este Estrado, propuso el rechazo de la vía recursiva. Entendió que los agravios invocados sólo evidencian una mera discrepancia con la valoración probatoria del tribunal a quo (ver fs. 540/541vta.). Según el Ministerio Público Fiscal, el planteo desarrollado por la parte no alcanza a demostrar la existencia de absurdo en lo resuelto, ni rebate el argumento central sobre cuya base se desecha la comisión de delito. Así, lo alegado constituye mera discrepancia con lo resuelto por el Tribunal, al observar un distinto punto de vista en el análisis del material probatorio reunido en el expediente. En suma, el presentante no demuestra que el razonamiento del juzgador de grado se encuentre viciado, y su ponencia recalca en la mera insistencia de argumentos de parte, por cuanto puso de relieve que Y aquí reitero, a fin de aventar cualquier duda, que mi mandante considera que el bien del que fue despojada le pertenece a ella exclusivamente, y que el municipio no tiene derecho alguno sobre el mismo? (fs. 523). 4.- Llegados a este punto, puede decirse que el principal agravio esgrimido por el casacionista, estriba en las disímiles interpretaciones que dan el tribunal de la instancia anterior y el querellante en relación a la calidad jurídica de las tierras recuperadas por el municipio, puesto que allí se centra la discusión técnica sobre el accionar de los funcionarios municipales. De tal suerte deriva, naturalmente, la improcedencia de la vía procesal intentada por la parte querellante, tal como se expondrá a continuación. Contrariamente a lo que afirma el recurrente -y aunque no resulte indispensable para la resolución del caso-, el suscripto considera oportuno dejar sentado que no existe contradicción alguna entre el fallo ahora atacado y aquél de la Sala Civil de la Cámara de Apelaciones (Expte. 5274/09), citado por el querellante en su libelo. Si bien en ambos precedentes se analizan los aspectos jurídicos del ejercicio de la autotutela estatal, los presupuestos fácticos son esencialmente diferentes sellando la suerte de la alegada -y aparente- contradicción. Incluso si existiere diferencia de criterios entre ambas Salas, no resulta a priori determinante del resultado del pleito, en tanto los fundamentos brindados por los jueces no adolezcan de errores decisivos o sienten premisas y conclusiones irreconciliables con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. Por lo demás, la construcción de la tipicidad y antijuridicidad de una conducta penalmente relevante excede el ámbito de análisis que realizara la Sala Civil en el precedente invocado por la parte. Es que la exégesis que impone el desglose estratificado de la teoría del delito en el particular, no se agota con la mera discusión acerca de la clasificación jurídica del bien (de dominio público o privado). Ello sin mencionar que los presupuestos fácticos de ambos supuestos imponen un análisis casuístico diferencial. En esta inteligencia, exista o no contradicción, siendo el fallo casado una derivación razonable del derecho vigente, este agravio no puede tener acogida favorable. Sin perjuicio de lo expuesto, la contradicción alegada -como se irá desarrollando- no es tal y las conclusiones dogmático penales a las que arribara el a quo están perfectamente motivadas. Véase que en el precedente citado por el recurrente, la Sala Civil sostuvo que la calidad de bienes de dominio público de las tierras fiscales dentro del ejido municipal se pierde cuando éstas son desafectadas del espacio público y se destinan inmediatamente para ser vendidas a los vecinos interesados -véase art. 51 inc. 1 de la Carta Orgánica Municipal-. Aducen los letrados de la querrela, aunque sin motivarlo acabadamente, que se omitió ponderar el art. 51, inc. 1 de la Carta Orgánica Municipal que, en consonancia con la Ordenanza 3085, permite establecer que -el inmueble de marras- no es un bien del dominio público municipal?. Que por todo ello, no podría enmarcarse el accionar de los funcionarios dentro del ejercicio de la autotutela municipal. Al respecto el tribunal sentenciante afirmó: En diversas regulaciones municipales previas al hecho que aquí se investiga, se venía considerando indistintamente como bienes de dominio público, de uso público o espacio público a las tierras en cuestión. En particular, en el citado art. 52 de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Ushuaia, que declara bienes del dominio público municipal a las tierras fiscales. En la misma línea, se hallan el mentado Decreto Municipal 1054/93 (fs. 457/458), el art. 14 de la Ordenanza Municipal n° 2750/2004 (fs. 67), el art. 5 de la Ordenanza Municipal n° 3085/2006 (fs. 69), el art. 2 del Anexo I de dicha Ordenanza (fs. 70), el art. 2 inc. c) de la Ordenanza Municipal n° 3099/2006 (fs. 72), y el Decreto Municipal n° 197/2008 (fs. 79/80)? (ver fs. 512 de autos). En el caso de autos, teniendo por acreditado que (como reclama el recurrente) el inmueble afectado se encuentra contenido dentro de los límites espaciales fijados por la Ordenanza Municipal N° 3085/2006 (y su Anexo I); la situación jurídica de las tierras ocupadas por él, como veremos, no es la que pretende la parte. Y si ello es así, no puede considerarse desafectada del dominio público como parece exigirlo. Es que la sola formalización de motivos (en el caso mediante una Ordenanza Municipal) que justifiquen la afectación al uso privado -con un destino específico- de una porción de tierra fiscal, no determina linealmente la alegada emancipación del dominio público de todas las parcelas allí contenidas. Antes bien, la propia naturaleza de la norma, así como la evolución histórica de la ocupación y las características jurídico-materiales del bien inmueble, resultarán esenciales para su encuadre en derecho. Como consecuencia de lo anterior, el régimen jurídico aplicable decantará naturalmente. Tal como surge de la simple lectura del artículo 1° de la Ordenanza Municipal N° 3085/2006, su objeto rector es la implementación de un Programa Municipal de Creación de Suelo Urbano (CSU) para la adjudicación de los sectores de tierras fiscales afectados al programa, con el fin de producir suelo urbano destinado a la vivienda única y permanente para vecinos residentes de la Ciudad de Ushuaia. En complemento con lo anterior, el artículo 4° de la norma (citado por el a quo en su

sentencia) establece que las áreas destinadas al Programa deberán estar libres de ocupantes, debiendo el Departamento Ejecutivo Municipal proceder con las acciones administrativas y/o judiciales que permitan su integración. Dos conclusiones dirimentes pueden sacarse hasta aquí. La primera es que el objeto del Programa es la producción de suelo urbano para vivienda única (recuérdese que el querellante tiene emplazado un emprendimiento privado en el inmueble afectado, con anterioridad al dictado de la norma) y la segunda es que las parcelas de tierra que se integren al Programa deberían estar libres de ocupantes. Este último punto no es menor puesto que de lo contrario (es decir, si estuviere ocupado irregularmente) la misma norma que invoca el casacionista habilita al Poder Ejecutivo municipal a proceder administrativamente o accionar judicialmente, justamente las dos vías seguidas por el municipio en el particular. En este contexto, la desafectación al uso público que establece el ANEXO I de la Ordenanza Municipal 3085/2006, en su artículo 2º, encuentra su límite natural en el objeto mismo de la norma (cfrme. art. 1º). En este norte basta con repasar rápidamente lo prescripto por los artículos 4º de la Ordenanza 3085/2006 y 7º del ANEXO I de la misma. En tales supuestos, como se expuso previamente, el plexo legal habilita la vía administrativa y judicial para los casos que no se adecuen a los requisitos establecidos normativamente. En esta línea de razonamiento ha de considerarse adecuada la exégesis realizada por el juzgador de la instancia anterior. En efecto, la ocupación del predio objeto de la presente, tal como el propio querellante reconoce, es anterior al dictado de la Ordenanza 3085. Por tal motivo, la desafectación del uso público prevista en el artículo 2º de dicho plexo legal no puede simplemente extenderse y beneficiar a quienes irregularmente ocupaban tierras fiscales del dominio público del Estado Municipal. Máxime cuando la propia norma dispone que las áreas destinadas al programa deberán ser tierras sin ocupantes. De ello, en definitiva, dan cuenta los artículos 4º de la Ordenanza mencionada y 7º de su Anexo I, que prevén la vía administrativa para la integración y recuperación de las parcelas que se encontraran fuera de norma. Por todo ello, la alegación intentada por el querellante, en tanto pretende atribuir el carácter de dominio privado a la tierra que irregularmente ocupa con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ordenanza 3085, no puede prosperar. Es que resulta contrario a la naturaleza misma de la norma (y atenta contra el sentido común) pensar que el Estado Municipal esté implementando un Programa de Creación de Suelo Urbano con la afectación de tierras fiscales sin ocupantes para la adjudicación de viviendas sociales y, paradójicamente, con el dictado de la misma Ordenanza diere un mejor derecho a quienes ocupaban irregularmente las tierras con una finalidad diferente a la prevista en el cuerpo legal. Ello, evidentemente, impediría la consecución del objeto perseguido con la sanción de la ordenanza. Dicho de otro modo, la excepción sentada en la propia Ordenanza, poniendo en cabeza del Departamento Ejecutivo Municipal la obligación de proceder con las acciones administrativas y/o judiciales que permitan la integración de las tierras irregularmente ocupadas, pone en evidencia la voluntad del legislador de evitar situaciones de inequidad y de garantizar el bien común. Por lo tanto, la desafectación del uso público mal podría venir a consolidar una ocupación anómala, otorgándole al ocupante un mejor derecho que el que tenía. Lo contrario, como se dijo, atenta contra la finalidad y naturaleza misma de la norma. Incluso el artículo 5º del Anexo I de la Ordenanza 3085, al referirse a los emprendimientos preexistentes, habilita a su regularización a quienes no hubieren dispuesto en forma irregular del predio asignado, en forma parcial o total. No obstante ello, el querellante tampoco cumple con los requisitos que excepcionarían la trasgresión a la finalidad de la norma. Sentado lo anterior, cabe hacer ahora algunas someras referencias al agravio planteado por la querrela al inicio, en cuanto sostiene que el presupuesto de autos se encuentra previsto por el artículo 51, inciso 1, de la Carta Orgánica Municipal. La norma textualmente establece que toda tierra fiscal desafectada como espacio público ¿es destinada inmediatamente para su venta a los vecinos interesados, en el modo y condiciones establecidas por ordenanza? (el resaltado es propio). Como se observa, la lectura que propone el recurrente es beneficiosa a los intereses que defiende y, como tal, parcializada. En efecto, no puede desconectarse de la premisa normativa el condicionante que robustece la vigencia de la regla general. Es que justamente el ¿modo? y las ¿condiciones? establecidas por la ordenanza se vinculan indisolublemente con el objeto y naturaleza de la norma -me remito en un todo a lo desarrollado previamente-. Ahora bien, dicho esto, no puede soslayarse que un proceso de urbanización requiere un planeamiento urbano que incluye el emplazamiento de calles, espacios verdes, plazas y caminos. En esta lógica la Carta Orgánica Municipal incluye expresamente como bienes del dominio público a las tierras fiscales sin mensurar. Es que evidentemente la desafectación del uso público a la que refiere la Ordenanza N° 3085 tiene un componente de hecho que terminará de consolidarla. Ello no es otra cosa que el proceso de urbanización. Hasta que esto no ocurra (léase: proyección y trazado de calles, caminos, plazas y espacios verdes, así como la posterior mensura), las tierras no quedan automáticamente desafectadas del uso público como convenientemente lo pretende el querellante. Son justamente éstas las condiciones y modalidad a la que se refiere el art. 51, inc. 1, invocado por el propio casacionista. Al respecto nótese que fue precisamente esto lo que motivó el accionar municipal. Tal como surge de fs. 101 de autos, al notificar al ocupante que se procedería ¿al levantamiento y/o corrimiento de los alambrados y/o cercos existentes en el lugar? (ver croquis de fs. 99), el Departamento Ejecutivo correspondiente le hizo saber que el Proyecto de Urbanización contempla el trazado y delimitación de calles y macizos. En esta lógica, conforme lo establece la Carta Orgánica, ello no es sino el ejercicio de actos de regulación, administración y disposición

de los bienes sujetos al dominio público municipal conforme el artículo 37, inciso 4; así como la administración de las tierras fiscales dentro del ejido municipal que impone el inciso 11 del mismo artículo. Todo ello, claro está, en armonía con lo previsto en los arts. 52 y 152, inc. 15 de la misma. Aduce el recurrente además ¿que el sistema implementado por el municipio vulnera de manera ostensible la garantía constitucional de debido proceso legal y el derecho de defensa, ya que en ningún caso concede recurso alguno al particular. Es un ¿procedimiento? en el que simplemente debe acatarse la voluntad municipal?. Este aparente agravio es expuesto y contestado inmediatamente después por el mismo querellante cuando concluye que éste ¿es un procedimiento en el que simplemente debe acatarse la voluntad municipal?. Es exactamente ésa la consecuencia del ejercicio de las facultades de autotutela de este tipo de bienes del Estado (art. 105 de la Ley Provincial 141). Esto no implica la ausencia de mecanismos de control (administrativos y judiciales), simplemente determina las características de este especialísimo procedimiento de resguardo de ciertos bienes estatales que representan un interés público superior para la sociedad toda. Es importante dejar sentado que las facultades y prerrogativas municipales no se agotan en el ejercicio de la autotutela derivada de la relación jurídica con los bienes del dominio público comunal. Al respecto este Estrado ya ha tenido la oportunidad de sostener que ¿(...) la Carta Magna Provincial consagra la autonomía municipal en su artículo 169, el cual reza: ¿Esta Constitución reconoce al municipio como una comunidad socio política natural y esencial con vida propia sostenida en un desarrollo socio cultural y socio económico suficiente en la que, unidas por lazos de vecindad y arraigo, las familias concurren en la búsqueda del bien común. Asegura el régimen municipal basado en la autonomía política, administrativa y económico financiera de las comunidades. Aquellos municipios a los cuales se reconoce autonomía institucional podrán establecer su propio orden normativo mediante el dictado de cartas orgánicas, gobernándose conforme al mismo y con arreglo a esta Constitución?. ¿En sintonía con el mandato constitucional, el artículo 1º de la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Ushuaia, prescribe: ¿El municipio de Ushuaia constituye una comunidad humana con autonomía plena, unidad territorial, identidad cultural, política, jurídica y socio económica, vinculada mediante lazos de vecindad y arraigo cuyo fin natural y esencial es propender al bien común, mediante la participación de Sociedad y Gobierno en la definición y satisfacción de las necesidades del conjunto?. A su vez, el inciso 1º del artículo 37, establece como una de las competencias exclusivas del municipio, ¿El gobierno y la administración de los intereses locales orientados al bien común?. ¿Se observa entonces, que el salvaguardo del bien general y la satisfacción de los intereses de la comunidad constituyen los eslabones esenciales a partir de los cuales la Constitución Provincial ha delegado en los municipios el dictado e implementación de sus respectivas Cartas Orgánicas. En consecuencia, tales principios deben prevalecer a la hora de interpretar y aplicar las normas municipales, en el marco del ejercicio del poder municipal. (conf. ¿Tedoldi, Oscar D. y otros c/ Los Ñires S.A y otro s/ servidumbre de paso?, expte. N° 1690/12 STJ-SR; 4/7/2013; T° XIX - F° 533/544) - Dentro de las competencias exclusivas del Municipio señaladas en el citado artículo 37, corresponde -en orden al sub iudice- destacar las siguientes: el ordenamiento y organización del territorio municipal en uno o varios distritos a cualquier fin (inc. 2); ejercer los actos de regulación, administración y disposición que estime pertinentes de los bienes sujetos al dominio público y privado municipal (inc. 4); administrar las tierras fiscales dentro del ejido municipal (inc. 11); conservar, defender y divulgar el patrimonio histórico, cultural, natural y artístico de la comunidad (inc. 15); formular el Plan Urbano de la ciudad en coordinación con las estrategias emanadas del planeamiento estratégico integral con rigurosidad técnica y participación activa de los vecinos (inc. 17); legislar y regular dentro del ámbito de su competencia toda la materia relativa a cementerios, apertura, construcción y mantenimiento de calles, puentes, plazas, paseos, veredas y edificios públicos y toda obra pública de interés municipal (inc. 19, pto c); legislar y regular dentro del ámbito de su competencia la materia relativa a obras particulares (inc. 19, pto d); entender dentro del ejido urbano en relación a la ubicación y funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales o de servicios (inc. 22); regular en materia de tránsito, transporte urbano público o privado de personas o cosas y de seguridad peatonal coordinando las políticas que sobre el particular se apliquen (inc. 23); dictar los códigos de planeamiento urbano y edificación (inc. 24)?. ¿Las atribuciones expuestas indican, como fuera resuelto por el a quo - la prioritaria aplicación de la normativa municipal respecto a los predios ubicados dentro de su jurisdicción, encontrándose en juego la autonomía municipal como eje central de institucionalidad. Las medidas que en tal virtud lleve adelante la Municipalidad, como es el caso de los predios indebidamente ocupados, se enmarcan no sólo en atribuciones, sino en deberes principales que le compete al órgano municipal como garante de un correcto proceso de urbanización para protección de los intereses patrimoniales, arquitectónicos, culturales y medioambientales de la comunidad. (...) Es importante recalcar la base sociológica que anida en la presente causa, toda vez que el respeto al contractualismo como concepción filosófica, sociológica y jurídica, ínsito al estado de derecho de los modernos estados democráticos y por ende receptado por la Constitución Nacional y la Carta Magna local, indica la necesidad de afianzar el rol del Estado -aquí la jurisdicción municipal- como garante único de la paz social, y en este caso a través de un ordenamiento y planificación equilibrada de la tierra, contemporizando y amalgamando distintas prioridades e intereses con medida versatilidad?. ¿Dicho con llaneza, el municipio como manifestación clara del obrar estatal, no sólo tiene la atribución sino -reitero- el deber de aplicar las medidas a fin de asegurar el cumplimiento de

las normas en aras de la paz social. Precisamente, la doctrina se ha explayado sobre la importancia de la legalidad en el desempeño estatal como genuina manifestación del pleno Estado de Derecho, en respeto del contractualismo social de Rousseau, esencial para la comprensión del desempeño de las instituciones en una real democracia. Como sostiene Comadira, ¿De la circunstancia histórica revolucionaria de 1789, y sobre la base de la concurrencia de los principios liberal y democrático, resulta un tipo de organización estatal que estructurado sustancialmente sobre el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, la separación de los poderes y el principio de la legalidad administrativa, tiene, como sentido político esencial, la garantía de la libertad y dignidad del hombre en la sociedad?. (Comadira, Julio Rodolfo; ¿La anulación de oficio del acto administrativo?, edit. Astrea, Buenos Aires, 1981, págs. 25/26)?. ¿En definitiva, al sostenerse que la única manifestación de soberanía en el derecho interno se encuentra en la Constitución que el pueblo se da, se somete la persona y la organización estatal al orden jurídico-constitucional. ¿De tal manera todos los órganos del Estado, todas las manifestaciones posibles de su actividad, incluso las que otrora se pudieron considerar como supremas, están sometidas a un orden jurídico superior?. (Gordillo, Agustín; ¿Tratado de Derecho Administrativo?, edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pág. III-28)? (Cfrme. precedente de este Estrado: ¿Lazo, David Martín y Tabarowski, Priscilla c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Daños y Perjuicios? -expte. n° 2355/15 SR, resolución del 03.02.2017, reg. Libro XXIII, folios 26/32). Todo lo expuesto, como correctamente sostuvo el tribunal de grado, se compadece -en definitiva- con lo expuesto por el asesor letrado del municipio, quien declaró testimonialmente en estas actuaciones a fs. 459/460vta. En esa ocasión, en prieta síntesis, explicó: a) Que el decreto municipal 1054/93, que es un acto administrativo de alcance general, habilita al Estado Comunal a desarmar o desocupar de los bienes de dominio público municipal, construcciones que se hayan instalado irregularmente. A su vez el Art. 52 de la Carta Orgánica prescribe que las tierras fiscales son del dominio público municipal, tornando aplicable al supuesto que es objeto de investigación, las prescripciones del decreto mencionado. Que, por tal motivo, y como es sabido en el ámbito del derecho administrativo, el estado encabezado puntualmente en el caso de autos por el poder ejecutivo municipal, cuenta con amplias facultades para defender por sí mismo, recuperar, y/o remover obstáculos que impidan u obstruyan la debida utilización y/o uso de un bien de dominio público. Entendió que existe un complejo de normas que respaldan el accionar de la municipalidad fuera de las citadas y mencionó el Expte. Administrativo N° 2794, en donde obran numerosas constancias que sustentan el accionar definitivo de la municipalidad. b) Que el dictado de las ordenanzas municipales ha tenido la especial finalidad de urbanizar y sanear las 64 hectáreas de la zona conocida como valle de Andorra. Esto último, se vincula directamente con la finalidad y naturaleza de la norma a la que se hiciera referencia con anterioridad. Elementos que, como bien señalara el letrado del municipio, de modo alguno podrían escindirse del análisis del caso a la hora de establecer la categoría jurídica del inmueble litigioso. Tal es así, que el testigo declaró: ¿Estas ordenanzas establecieron un marco normativo que no solo habilitó, sino que a su entender, puso en cabeza del Sr. Intendente Municipal la obligación de adoptar las medidas necesarias, a los fines de cumplimentar con los objetivos de las normas indicadas? (ver fs. 459 vta.). c) Que el municipio no pretendió apropiarse de las ¿mejoras? enclavadas en el terreno. Que de hecho según surge en el acta final donde se asentara el procedimiento, se le permitió a la gente que moraba circunstancialmente en la casilla instalada en el predio, que lo siga haciendo. Es decir, que no se han removido las construcciones, sino simplemente se ha hecho ocupación de un bien de dominio público cuyo carácter está otorgado a las tierras fiscales por el Art. 52 de la Carta Orgánica Municipal. Hizo hincapié en que no solo se habla de remover los obstáculos sino también de liberar el dominio público municipal de los obstáculos que impidan la libre utilización de todos los vecinos de la ciudad, conforme lo establece la Carta Orgánica (lo aquí expuesto por el testigo encuentra correlato, en definitiva, con lo plasmado en el ¿Acta de Manifestación? glosada en copia a fs. 101). Dicho cuanto precede, el agravio esgrimido por el casacionista, referido a que el inmueble recuperado estaba desafectado del dominio público por la Ordenanza Municipal 3085 (Anexo I), promulgada por Decreto Municipal N° 763/2006 (ver fs. 524), no puede prosperar. 5.- Por otra parte el recurrente sostiene que el accionar del municipio lejos de configurar un legítimo ejercicio de una facultad de autotutela, es ¿configurativo del elemento volitivo de la conducta reprochada? (cfrme. fs. 523). Máxime cuando el querellante había advertido a las autoridades municipales mediante nota, que debían recurrir a la vía judicial. Desarrollado cuanto se expuso en el apartado ¿4?, esto es, que el procedimiento de recupero administrativo llevado a cabo por el Poder Ejecutivo Municipal, fue realizado en total apego a la normativa aplicable en la materia, mal podría concluirse que existió algún tipo de abuso funcional en los términos del art. 248 del CP, o una conducta que pueda ser subsumida en otro tipo penal de mayor gravedad. Sobre este punto el a quo textualmente sostuvo: ¿... por lo ya dicho, no se aprecia que los funcionarios municipales hayan dictado o ejecutado una resolución u orden contrapuesta a las normas constitucionales o legales invocadas por el recurrente. Las pruebas referidas en párrafos anteriores reflejan que la Administración Pública municipal actuó al amparo de las normas de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Ushuaia ya mencionadas, de las ordenanzas municipales también citadas y del art. 105 de la Ley provincial N° 141 de Procedimiento Administrativo, en conjunción con la doctrina referida al modo de protección de los bienes del dominio público. Ello excluye la tipicidad objetiva o, cuanto menos,

la actuación dolosa -maliciosa- que exige la figura penal contenida en el art. 248 del CP? (ver fs. 513 y vta.). Hasta aquí, conforme se desarrollara ut supra, podemos concluir que, por un lado, los funcionarios actuaron dentro del marco normativo constitucional que rige el ejercicio de la autotutela estatal. Y por otra parte, puede afirmarse que lo que justificó ese accionar es el régimen jurídico al que estaba sometido el bien inmueble que hoy es objeto de controversia. Ahora bien, tal como afirmara el tribunal de grado, todo ello excluye la tipicidad objetiva de las conductas reprochadas por el denunciante. Es que el comportamiento ejecutado, para ser objetivamente imputable requiere que sea contrario a las constituciones o leyes nacionales o provinciales. De lo contrario no se verifica un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado que justifique la tarea de imputación. Sobre este particular el reconocido jurista ANDRÉS D'ALESSIO nos dice: 'En el contenido del acto que se dicta o ejecuta se encuentra la primera circunstancia que caracteriza la ilicitud de esas conductas. La resolución o la orden en cuestión deben ser contrarias a las constituciones o leyes, nacionales o provinciales?' (Código Penal Comentado y Anotado?, Tomo II, pp 1229, Ed. La Ley). Recuérdese que el recurrente había afirmado que el accionar de las autoridades municipales, lejos de encuadrarse dentro de las facultades de autotutela, es 'configurativo del elemento volitivo de la conducta reprochada'. Contrariamente a lo afirmado, acreditada la total licitud del procedimiento administrativo, resulta estéril adentrarnos al análisis del elemento subjetivo del tipo, por lo que no se profundizará al respecto. Si bien es cierto que el tribunal de la instancia anterior sí lo analizó (aún disintiendo con aquella tarea analítica), también lo es que lo hizo subsidiariamente y para abundar en argumentos que conducen a una idéntica solución: la atipicidad de la conducta prevista en el art. 248 del CP u otra figura de mayor gravedad. En esta inteligencia, todo agravio dirigido a probar el elemento volitivo o dolo de los comportamientos correrá la misma suerte y, por tanto, no requiere tratamiento individualizado. Ello pues, descartada la atribución objetiva de comportamiento, el estudio estratificado y progresivo que impone la teoría del delito me exime de pronunciarme al respecto. 6.- Se agravan además los casacionistas de 'lo manifestado por la Sala Penal a fs. 512 vta., 2do párrafo, en cuanto sostiene que deja a salvo su opinión -el juez votante- acerca de la constitucionalidad de las mismas?' (ver fs. 522). Ello pues, según afirman, es un deber del poder jurisdiccional realizar el control de constitucionalidad de las normas que aplica, más allá de cualquier ponderación particular que hubiera o no efectuado la parte querellante. Tampoco existe razón al pretenso agraviado en este punto, puesto que -como veremos- expedirse sobre la constitucionalidad del artículo 52 de la Carta Orgánica Municipal no hubiera variado el resultado de la decisión. Tal aseveración se trasluce y evidencia en el análisis subsidiario que sobre el tipo subjetivo de las conductas reprochadas realizó el juzgador de grado, tal como se mencionara en el apartado '5?' del presente. Es que aún declarando en esta instancia o en la anterior -lo que no es objeto de este proceso- la inconstitucionalidad de dicha norma, la conducta reprochada se encontraba amparada por ella -e inserta en un contexto normativo mucho más amplio, como se explicó en el apartado '4?'- al momento de los hechos. Si ello es así, la variable de análisis propuesta por el casacionista no tiene repercusión jurídica alguna en el contenido de lo decidido. Así las cosas, también este tramo de los agravios carece de relevancia y debe ser desechado. 7.- Al analizar el caso desde la óptica del art. 181, inc. 3º del CP, el a quo llegó a la -acertada- conclusión de que los funcionarios municipales 'actuaron en cumplimiento del deber de la Administración de proteger el dominio público, derivado de normas dictadas por el poder público en ejercicio de sus facultades (arts. 52 y 152 inc. 15 Carta Orgánica Municipal; art. 105 Ley N° 141; ordenanzas municipales citadas). En esa perspectiva, pudo tratarse de un comportamiento típico, pero no antijurídico (art. 34 inc. 4º CP; cfr. RIGHI, E. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. Bs. As. Lexis Nexis, 2007, pág. 253). A la pregunta si las autorizaciones o derechos de intromisión del Derecho civil o del Derecho público excluyen en todos los casos y circunstancias la antijuridicidad de una conducta típica, Roxin responde en forma afirmativa. Y agrega: 'Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además las subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente. En ese aspecto hay que reconocer por consiguiente la tan invocada 'unidad del ordenamiento jurídico, que abarca todas las normas vigentes en el territorio federal con independencia del órgano creador de las normas', exactamente igual que el principio de que las causas de justificación relevantes en Derecho penal proceden de todo el ámbito del ordenamiento jurídico?' (cfr. ROXIN, C. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. I. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. TRAD. DE LA 2ª ED. ALEMANA POR DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y JAVIER DE VICENTE REMESAL. Madrid, Civitas, 1997 -reimpr. 2007-, pág. 570). En síntesis, conforme a lo expuesto, la conducta en análisis encuentra una causa de justificación en el art. 34 inc. 4º del Código Penal? (ver fs. 514vta./515). Se comparte en un todo los fundamentos expuestos por el juez opinante de la instancia anterior. Es que, lógicamente, si se ha dicho que el procedimiento obedeció a prerrogativas derivadas de la constitución provincial, la carta orgánica, ordenanzas y decretos municipales; en modo alguno podría afirmarse -coherentemente- la antijuridicidad de tal proceder. En este punto el casacionista insiste en su conveniente y parcializada interpretación sobre la clasificación jurídica del inmueble de marras. Tanto en la instancia anterior como en esta ocasión, se ha desarrollado ampliamente la conceptualización jurídico-doctrinal que otorga el carácter de bien de dominio público

del Estado municipal a la parcela de terreno fiscal que hoy es objeto de discusión. La mera discrepancia que sobre ello pudiere impetrar la parte, no configura la arbitrariedad del razonamiento que, potencialmente, pudiere justificar la procedencia de la vía casatoria. Por el contrario, el pronunciamiento es producto de una valoración y análisis del material fáctico y probatorio que no merece observaciones sustanciales. Como tal es una derivación razonada y lógica que determina la aplicación del derecho vigente. No se constata que se hubieran vulnerado las reglas de la sana crítica o que el a quo haya incurrido en un grave error en la valoración de la prueba. Tampoco se han omitido considerar cuestiones conducentes para la correcta solución del caso (C.S., doct. de Fallos, 308:1622). Téngase presente, además, que ¿Los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos. Basta que se hagan cargo de aquéllos que sean conducentes a la decisión en litigio? (Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.). Los elementos analizados se vinculan directamente con el objeto sobre el que el tribunal debía pronunciarse y el desarrollo de su argumentación respeta adecuadamente las reglas de la sana crítica que manda observar el art. 373, inc. 2, del CPP. Así, he señalado en los autos ¿Sánchez, Miguel Ángel y Percello, Héctor Guillermo s/ Homicidio reiterado doblemente agravado? -expte. n° 1239/09 SR del 22.04.2010, Libro XVI, f° 393/406-, que la valoración probatoria hunde sus raíces en el denominado sistema de la llamada sana crítica racional que permite conjugar los principios de la lógica, la experiencia y la psicología a los fines de las conclusiones que se vayan conformando. El sistema de valoración probatoria le otorga al juzgador las herramientas a las que debe echar mano para la búsqueda de la verdad. Y a ella puede arribarse, en el marco de un Estado de derecho Constitucional, mediante la confrontación de las hipótesis en pugna. En este esquema se busca arribar a una verdad como correspondencia, concepto iusfilosófico que si bien fue receptado ya en la teoría aristotélica, debe complementarse con los aportes de TARSKI y fuertemente trabajada por FERRAJOLI en orden a la sistematización garantista del concepto. Los inconvenientes para sostener un concepto de verdad absoluto, ya desde el punto de vista material, ya desde el punto de vista epistemológico, renuevan constantemente la conformación de reglas que, en sintonía con los objetivos constitucionales atinentes al debido proceso, defensa en juicio e imparcialidad del juzgador, importan verdaderas normas de razonamiento que deben inspirar la fundamentación jurisdiccional. 8.- De acuerdo a lo expuesto, se propone rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 519/525 por la parte querellante contra la resolución de fs. 511/516. Costas por su orden en esta instancia, toda vez que por las cuestiones jurídicas implicadas en el caso, el recurrente pudo considerarse razonablemente con derecho a impugnar la decisión de la Cámara de Apelaciones (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.). La Jueza María del Carmen Battaini comparte y hace suya la propuesta formulada por el Juez Muchnik, votando en igual sentido. Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Ushuaia, 28 de febrero de 2018. VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RESUELVE: 1° RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 519/525 por la parte querellante contra la resolución de fs. 511/516. Costas por su orden (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.). 2° MANDAR se registre, notifique y cumpla. Fdo: Javier Darío Muchnik - Juez. María del Carmen Battaini - Juez. Secretario - Roberto Kádár. 029180E