

cm.....EXPTE. N° 9723/10
....."BAU, JORGE HUGO S/
.....VIOLACION DE DOMICILIO"
.....JUZG. CORRECCIONAL N° 2

N° de orden: 2

Libro: 26

En la ciudad de Trenque Lauquen, Provincia de Buenos Aires, a los 10 días del mes de febrero de 2011, reunidos en acuerdo ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, del Departamento Judicial de Trenque Lauquen, doctores J. Juan Manuel Gini y Guillermo F. Glizt, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "BAU, JORGE HUGO S/ VIOLACION DE DOMICILIO", Expte. N° 9723/10, se practicó el sorteo dispuesto por la ley del que resultó que debía observarse el siguiente orden de votación: doctores Guillermo F. Glizt y J. Juan Manuel Gini, resolviendo el Tribunal plantear las siguientes cuestiones: - - - - -

PRIMERA: ¿Resulta ajustada a derecho la sentencia condenatoria de fs. 93/99 vta.?. - - - - -

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.- - - A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ GUILLERMO F. GLIZT, DIJO:- - - - -

- - - - I.- Con fecha 7 de mayo de 2.010, el Sr. Juez a Cargo del Juzgado en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Azul, Dr. Héctor Rodolfo Torrens, pronunció veredicto y sentencia en la causa N°2.949 seguida a Jorge Hugo Bau por el delito de Violación de Domicilio (art. 150 del C.P.), condenándolo a la pena de siete meses de prisión de efectivo cumplimiento. La jurisdicción de esta instancia se encuentra abierta en virtud del recurso de apelación en los términos del art. 439 del C.P.P., deducido por la Sra. Defensora Oficial Dra. Adriana Angélica Hernández, por considerar que la conducta desplegada por su representado no se corresponde con el tipo descrito en el art. 150 del código represivo, impetrando la revocación del decisorio y consecuente absolución de su representado, habiendo deducido la impugnación en legal tiempo y forma.- - - - -

- - - - En prieta síntesis en su memoria argumenta que la conducta del procesado no se encuentra incurso en el tipo del art. 150 del C.P. desde que el bien jurídico tutelado es la intimidad doméstica, en el sentido otorgado por el artículo 19 de la Constitución Nacional y el artículo 11, punto 2 del Pacto de San José de Costa Rica, citando para abonar su postura lo expresado por Breglia Arias -Gauna (Tomo 2, pág. 3); jurisprudencia inherente al tema; Granillo Fernández ("Código Procesal Penal Comentado", págs. 2/3), cita, esta última, no atingente al tema en análisis.- - - - -

- - - - Ilustra que en el sub lite tratase de una sala de primeros auxilios - "Eugenio O. Lacava"- ubicada en avenida Avellaneda N° 1.261 de la ciudad de Las Flores, que en modo alguno puede ser equiparada -como lo hiciera el magistrado de grado- a una casa de negocios, amparada por el derecho de exclusión de su dueño, encargado o responsable, estando su patio unido materialmente en estado de dependencia de aquélla, cercado con alambre o paredón, concurriendo la voluntad presunta de exclusión de terceras personas. Tal aserto motiva el agravio desde que, como puntualiza, la figura en análisis no exige contar con autorización expresa del dueño, sino solo que "ingrese o entre contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo, de su morador". Destaca que Bau, no fue encontrado dentro de la sala, sino agazapado en un árbol ubicado en el terreno, tal como relatara el Oficial Delgado en el curso de la audiencia oral, adunando que el predio no cumple servicios de salud ni contiene depósitos o elementos de la sala.- - - - -

- - - - Señala que el sentenciante al tipificar la conducta del procesado como lo hizo, arriba a una conclusión errada al partir de dos premisas falsas: a) que ingresó a la sala de primeros auxilios cuando no lo hizo, permaneciendo en el terreno aledaño y b) que una sala como la de marras es equiparable a "casa de

negocios", cuando la misma no es tal, ya que solo constituye una dependencia del estado municipal que presta un servicio público de salud. Ello así, pues el bien jurídico que la norma tutela "no es la construcción material sino la libertad necesaria para el ejercicio de la soberanía doméstica del individuo", escapando a la tutela, desde que no se trata de morada o recinto habitado, ni casa de negocios, ni dependencia de ninguna de ellas. Postula por tales razones la revocación del decisorio en crisis con la consecuente absoluciónde Jorge Hugo Bau.- - - - -

- - - II. El Sr. Juez sentenciante, al abordar la calificación legal, con sustento en el relato fáctico que del acontecimiento hiciera, culmina condenando al justiciable por el disvalioso aludido. Señala que las pruebas producidas en la audiencia oral y las incorporadas por lectura le permiten tener por acreditado el acaecimiento del evento el día 1 de febrero de 2.010, merituando de manera especial los testimonios vertidos en la audiencia oral por Miguel Angel Riquelme, Susana Blanco de García, Alberto Pardo, Lucas Omar Gil y Juan Matías Delgado, que encuentran adecuado correlato en probanzas incorporadas por su lectura, tales como el croquis de fs. 3, fotografías que complementan el anterior (fs. 4 y 5), ilustrativas del cercamiento del lugar mediante alambre o paredón.- - - - - El primero relató que en la sala nadie habita y que no vio a Bau dentro de la misma, solo saltar el paredón que en parte la rodea, quedando en el acta de debate constancia de sus dichos a solicitud de la defensa. Gil y Delgado se constituyeron en el convocados por el Teniente Pardo cuando se procedió a la aprehensión de Bau, detrás de un arbusto en el patio, no habiendo en el lugar actividad alguna. Finalmente, la Sra. Blanco -encargada del dispensario- describió el lugar, lo que se corresponde con el croquis y fotografías incorporadas (fs. 3/5 vta.).- - - - -

- - - Con tales constancias tipifica el obrar del procesado como constitutivo del delito de Violación de Domicilio (art. 150 C.P.), desestimando el planteo efectuado por la Sra. Defensora de considerar atípica la conducta desplegada, ante la falta de concurrencia de los requisitos exigidos por la citada norma, desde que su representado no ingresó al establecimiento sanitario siendo hallado escondido detrás de un arbusto en el patio, resultando menester merituar la afectación para determinar el lugar y no el perímetro que lo separa de la vía pública. Agrega que la sala de atención no resulta ser casa de negocios ni morada, no concurriendo los extremos exigidos por la norma que se dice vulnerada, ello es ánimo de lucro o encontrarse habitada.- - -

- - - El "a quo", descartó tales argumentaciones expresando que la norma penal ampara el derecho del dueño, encargado o responsable del lugar de excluir el acceso de terceras personas al mismo. Entiende que la sala de Primeros Auxilios es una casa de negocios -por ser lugar donde se desarrolla cualquier tipo de actividad comercial, profesional, científica, artística o deportiva- pudiendo encontrarse abierta o no al público, constituyendo su patio una dependencia de la misma, con voluntad presunta de la encargada de excluir a terceras personas, voluntad que se desprende del cercamiento del lugar -con alambrado o paredón- y cerrada con llave la puerta de acceso, debiendo el imputado escalar el cercamiento de protección para lograr su acceso en horas de la madrugada, cuando en el sitio no se desarrollaba actividad alguna. - - -

Por los fundamentos que seguidamente expondré, propongo al acuerdo el acogimiento del recurso deducido, por lo que he de referir.- - - - -

- - - El concepto de "casa de negocio" mentado en el art. 150 del ordenamiento fondal, ha sido interpretado por la doctrina con un criterio, no ya notoriamente expansivo sino y lo que es peor, aplicando una analogía "in malam partem" que, cuanto menos, el estado actual de la dogmática en materia hermenéutica, en mi opinión, no puede validar. Es importante traer a cuento en esta materia, la opinión de Hans Welzel, cuando al abocarse al estudio de la ley penal expresa: "Sólo a un hecho cuya punibilidad está determinada legalmente antes de su perpetración, se le puede imponer pena. Esto significa que está prohibida toda fundamentación y ampliación de la punibilidad a través del derecho consuetudinario o de la analogía.... La

interpretación de la ley debe mantenerse, también, dentro de estos límites". Más adelante, el maestro de Bonn, consigna: "Dentro de la punibilidad, determinada legalmente, son aplicables las reglas jurídicas de interpretación tradicionales;...El juez "tiene que considerar junto al texto también el fin y sentido de la ley, para cuya indagación tienen importancia la historia del establecimiento de la ley y la conexión de los preceptos entre sí y con otras disposiciones existentes. Decisiva no es tanto la voluntad subjetiva del legislador histórico (teoría subjetiva de la interpretación), como el sentido objetivo de la ley dentro del marco de su texto (teoría objetiva de la interpretación.... En tal medida es admisible una interpretación extensiva, en cuanto ella pone de relieve, por encima de una interpretación literal restringida, el sentido racional del tipo.... En contraposición a la interpretación extensiva, que elabora el sentido apropiado a la expresión legal de una disposición, no es admisible la analogía que amplía la ley, que entresaca del sentido manifiesto de la ley un caso jamás comprendido...". Finaliza el calificado dogmático: "De todos modos, tampoco la analogía está de ninguna manera prohibida totalmente en el Derecho Penal: pues donde se trata, no de una ampliación de la ley, sino sólo de una interpretación de ella, también la comparación con otros tipos es admisible y también la analogía..." (autor citado en su obra "Derecho Penal Alemán, Parte General, 11° edición, Editorial Jurídica de Chile). Estimo que el caso que ilustran las presentes actuaciones se vincula con la admonición del catedrático alemán. Ello es así a poco que se vea que, a partir de tal expresión legal -casa de comercio-, y como cabal muestra de una suerte de desapego a atribuirle al concreto texto bajo examen, el preciso alcance que fluye inocultable de su contenido, se advierte que la locución bajo análisis en esta tesis "ampliatoria", abarcaría todo ámbito en el que se desarrolle cualquier tipo de actividad, variando el espectro de caracterizaciones que en punto a su naturaleza se desplegarían en la misma -incluso- hasta minorándose que la actividad a que esté destinado ese ámbito sea sólo de naturaleza lucrativa (es decir ampliándose el concepto a lugares en los que no se materialice una labor específicamente comercial). Así con un sesgo eminentemente indiferenciador y el más amplio de todos los conocidos, llega a decir el maestro Núñez que por "casa de negocios" ha de entenderse el recinto que una o varias personas ocupan para desarrollar una actividad de cualquier naturaleza, habitual o transitoriamente, con o sin fines lucrativos, y lo mismo si tienen trascendencia al público o a terceros, que si no la tienen. Con criterio algo más limitado Fontán Balestra parece seguir las aguas del eminente dogmático mediterráneo, postulando bajo tal concepto legal a los lugares destinados a una actividad comercial, profesional o incluso científica, en que la entrada del público sea libre o relativamente libre. Soler, por su parte, involucra dentro del término legal a los locales en los que se realiza una actividad determinada, que puede ser comercial, científica o incluso artística, sin que sea necesario esté constantemente ocupada y su empleo sufra las interrupciones derivadas de la existencia de un horario. Es obvio, por lo que se viene exponiendo, que con semejantes conceptualizaciones la definición legal tiene tal grado de inadmisibles amplitud que prácticamente coloca bajo lo que a mi juicio comporta su acotado espectro, a todos aquellos recintos que, por fuera de la morada, sean objeto de una antinormativa intrusión (adviértase por lo demás que la referencia que formula el cuño típico en tratamiento, alude también a las "dependencias" de dichos recintos, lo que amplía el ámbito de lo punible de una manera desmesurada). En efecto si no interesa que el sitio objeto de la acción sea de naturaleza comercial, si tampoco sería determinante que él se encuentre "ocupado", y en qué horario lo está y si asimismo los específicos destinos del lugar responden a cualquiera de los múltiples fines que dichos autores involucran bajo su espectro, prácticamente se comprendería dentro de la protección legal a la mayoría de los recintos "cerrados" (desde que es difícil imaginar lugares distintos de la morada en los que no se realice alguna actividad "de cualquier naturaleza" de manera "transitoria"). Es útil significar, por lo demás, que la expresión "recinto cerrado" que el Código Penal evitó acuñar en su articulado, apartándose del Proyecto de 1.891 en el que la

protección legal estaba también dispensada a tal tipo de sitios, impone no desatender la concreta circunstancia de su preterición. Es que no debe perderse de vista, como expresamente lo significa Octavio González Roura (Derecho Penal, Tomo III, página 139, numeral 108, Editorial Valerio Abeledo, 1.922) que lo que la manda punitiva bajo examen pretende proteger no es ya un ámbito físico determinado en cuanto tal (la cosa o la propiedad), lo que vería afectado, a todo evento, uno de los bienes jurídicos que, de ordinario, trascienden al cuño típico en examen por razón de la subsidiariedad expresa que consigna el art. 150 del C.P. (por ejemplo los ilícitos vulnerantes de la propiedad), sino la libertad individual en cuanto ámbito de ejercicio de actividades que dentro del mismo se despliegan, lo que no parece que torne menor al requisito de la habitación o, cuanto menos, tratándose de casa de negocios, a la ocupación -aún temporaria- siempre -claro está- por razón del destino comercial del sitio. En dicho entendimiento no resulta desdeñable significar que ya desde un principio Rodolfo Moreno, al tiempo de hacer exégesis sobre la norma substantiva objeto de análisis al tratar el concepto legal "casas de negocio", con su habitual claridad, significó: "El antiguo código, de acuerdo con el proyecto del doctor Tejedor, amparaba la morada y decía que el delito no existía con respecto a los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuviesen abiertas. ¿ Se ha cambiado el concepto y se castiga hoy el acceso a una casa de negocio? Evidentemente, no; lo que se ha hecho es redactar la disposición de una manera más acertada y colocar todo dentro de un precepto. La entrada a una casa de negocio o a sus dependencias se considera que importa el delito cuando se contraría la voluntad expresa o presunta del que tiene derecho de excluir, según reza el concepto genérico que rige toda la disposición. Cuando se trata de la vivienda, se presume que el habitante entiende que sólo él y las personas que el admita tienen acceso a la misma, desde que la morada es para él, para los suyos y para sus intimidades. En cambio, cuando se trata de un negocio, la presunción contraria es la que domina, mientras el negocio se encuentra abierto y en la parte destinada a éste. Pero después que aquél se cierra, después que dentro del mismo queda sólo el dueño, sus encargados, su familia, la casa debe estar sujeta al mismo amparo que la habitación, no existiendo motivos para marcar otras diferencias" (autor citado en su obra "El Código Penal y sus antecedentes", Tomo 5, página 13, numeral "9"). Parece evidente por mérito de la transcripción de dicha calificada doctrina que la locución bajo examen en modo alguno se está refiriendo a ámbitos físicos en cuyo interior se realicen actividades de las múltiples y diversas naturalezas (hasta científicas y artísticas) que invocan los autores a los que se ha hecho precedente mención, mucho menos y ello lo juzgo decisivo que las mentadas actividades puedan -incluso- ser de naturaleza no lucrativa como lo sostiene Núñez. Ciertamente que el Codificador hace en su exégesis una expresa mención a "casas públicas" pero dicha locución connota, a partir de la lectura de su obra, a aquellos recintos de naturaleza privada que están abiertos al público por virtud de una prestación de naturaleza onerosa. Ello fluye evidente a poco que se advierta que el autor en cita, al analizar el precedente del Proyecto Tejedor, apartándose de la ausencia de protección que dicho ordenamiento omitía dispensar al ingreso de terceros a las casas de negocio cuando estaban abiertas (y mediaba falta de aquiescencia "del dueño" de esos lugares), consignó que la referencia del penalista español Pacheco (propugnante de esa falta de protección, adoptada por Tejedor en su proyecto), no podía ser admitida y, al transcribir lo que el autor hispano postulaba, resulta por demás útil significar que la referencia a "casas públicas" está directamente vinculada a comercios abiertos al público ya que al ejemplificar los supuestos de un tal tipo de sitios se refiere a las tiendas y los cafés en las que "el dueño", "no está autorizado para escoger los que han de ser sus concurrentes..." (autor citado en su obra el Código Penal y sus antecedentes, Tomo V, página 8, numeral II, Editorial Di Masi). Estimo, entonces, que en la finalidad protectora de la norma (bien jurídico libertad y no propiedad), resulta claro que la primacía otorgada por el codificador en el art. 150 se centró en la morada, amparándose el ámbito de intimidad (como una de las concretas manifestaciones de la

libertad) que es propio de dichos lugares. Por su parte, al tiempo de incorporarse a las "casas de negocio", la protección legal pareciera atemperarse por razón de su objeto, ya que por el texto transcrito con precedencia, no es descabellado el suponer que haya estado en mente del eminente proyectista, amparar a estos definidos y precisos sitios mientras se encuentran abiertos y la voluntad de exclusión de su titular se exterioriza de manera expresa y, cuando están ya cerrados, la protección opera a su respecto en tanto ámbito habitado -recinto habitado- (en rigor temporáneamente ocupado).- -

- - - - Con todo y aunque ésto no se compartiera, ya que desde la literalidad del texto legal no se exige que la "casa" de negocio se encuentre "ocupada" (y el ilícito es "de pura actividad"), lo cierto y evidente, es que - aún aceptándose que las mismas sean aquéllas en cuyo interior se desplieguen actividades de cualquier naturaleza-, exige que dichos específicos recintos tengan un destino lucrativo o comercial, desde que el precepto bajo examen exhibe una clara resistencia semántica para que se le acuerde una inteligencia distinta a la que emerge de su constreñido contenido. Y no juzgo antojadiza esta consideración desde que Omar Breglia Arias en su mono-grafía sobre el presente ilícito, anota la opinión contraria de Emilio Díaz a la doctrina mayoritaria, autor que no concuerda en que pretenda acordársele al término "casa de negocio" un sentido distinto al corriente, involucrándose- impropia-mente de esa forma y de manera indiscriminada- a todo recinto que tenga por destino fundamental cualquier género de actividad lícita, aunque no se trate de actividad comercial. El propio Breglia Arias, aparente sostenedor de la tesis ampliatoria, quizás intuyendo la magnitud de la cuestión, al avalar la tesis de Eusebio Gómez expresada en su "Tratado de Derecho Penal" precisa, que más que actividad "lícita" el citado tratadista debió decir actividad "lucrativa", con lo que exigiría un fin comercial del ámbito físico objeto de intrusión (autor citado "El Delito de Violación de Domicilio", página 27 -Ediciones Depalma- año 1.968). Agrego asimismo que si se admitiera que a la locución legal en tratamiento debiera acordársele el alcance que dicha corriente doctrinaria mayoritaria le atribuye, devendría ocioso el que el legislador nacional haya formulado expresa referencia al "recinto habitado", e incluso a la morada, no resultando explicable tanto celo en circunscribir los ámbitos de protección con tamaño cuidado, cuando al erigir uno de ellos, una interpretación de tamaña latitud, concluya tornando poco menos que ociosa la concreta mención de los restantes. En el caso bajo examen el precepto es a mi ver por demás claro y el riesgo se centra en la interpretación que de él haga la judicatura. Asimismo si el tipo penal bajo examen es de los considerados como "de pura actividad" y si, según calificada doctrina (Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal, Parte General", página 194 editorial Hammurabi, Edición 1.987), no media entre éstos y los de peligro abstracto diferencia alguna, al generar siempre los delitos denominados formales o de desobediencia no menores fricciones con el principio de lesividad, resulta obligado que, cuando está en juego la aplicación de tales cuños legales, se sea muy prudente a la hora de sub-sumir conductas bajo su égida, lo que refuerza aún más la impropiedad de atribuir a la definición legal un alcance que ya por lo que connota, no ostenta.- - - - - Soy de opinión, tal como lo adelantara, que la razón por la que quizás se le haya dado un alcance tan desorbitadamente amplio a la definición legal que concita el abocamiento de esta sede, esté dada por el carácter expresamente subsidiario del cuño típico contenido en el artículo 150 del C.P. en cuya virtud, y como lo demuestra la práctica forense en no pocas ocasiones, la imposibilidad real o presunta de acreditar procesalmente una conducta típica más gravosa que la descripta en la ilicitud bajo comentario (de ordinario conato de delitos vulnerantes de la propiedad) desatiende que, eliminado el tipo penal más grave, el recalar en el texto penal subsidiario obliga a respetar la precisa preceptiva de su concreta formulación en orden al bien jurídico que pretende proteger, el que - lo reitero- no se vincula con el amparo de recintos físicos en cuanto tales, sino por virtud de la interferencia que el sujeto vulnerante genera en un ámbito in-material concerniente al ejercicio de derechos vinculados a su

concreta intimidad, como una de las manifestaciones de su libertad, es decir un derecho "eminente personal" como Octavio González Roura pone en boca de la, por entonces Cámara del Crimen de la Capital, siguiendo las enseñanzas de Rodolfo Rivarola (ver autor y obra citados, página 142, numeral 115). No en vano en dicho entendimiento es útil consignar la jurisprudencia que pregonando el criterio al que me adhiero significa: "...No constituye el delito de violación de domicilio el ingreso del imputado a las cocheras de una oficina pública -en el caso, de la sede de tribunales-, pues incluir ellas en el concepto de domicilio del art. 150 del Cód. Penal implica violentar el tenor de ese tipo penal, contradiciendo principios básicos de Derecho y en clara transgresión a la proscripción de analogía in malam partem. CNCas. Penal, Sala III, 8/5/02, "Castillo, Luis E. s/Rec. de Casación", LLC, 2002-F-81..." (David Baigún - Eugenio Raúl Zaffaroni, Editorial Hammurabi, edición julio de 2008, Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Tomo 5 Pág. 673, numeral 28). Así entonces ni desde la literalidad del precepto substantivo, como asimismo ni bajo un prisma teleológico, y tampoco a partir de una óptica sistemático-jurídica, juzgo valido acordar a la locución legal un alcance más amplio del que emerge de lo que, en mi opinión, acotadamente significa. - - - - - En suma y para concluir estimo que la sala de atención médica municipal que, por lo demás, al tiempo de constatarse la estancia del imputado...en un recinto contiguo a la misma que serviría de dependencia del citado dispensario, se hallaba sin personal laborando, en modo alguno puede ser equiparado a "casa de negocio", de lo que se impone concluir en la falta de significación jurídico penal de la conducta del justiciable de mención. Sufrago pues por la negativa. - - - - -

- - - - A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ J. JUAN MANUEL GINI, DIJO: - - - - -

- - - - Que por iguales fundamentos adhiere al voto que antecede. - - - - -

- - - - A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ GUILLERMO F. GLIZT, DIJO: - - - - -

- - - - Atento la forma en que ha sido votada la cuestión anterior corresponde REVOCAR la sentencia de primera instancia obrante a fs. 93/99 vta. y, en consecuencia absolver a Jorge Hugo Bau en orden al delito de violación de domicilio. ASI LO VOTO. - - - - -

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ J. JUAN MANUEL GINI, DIJO: - - - - -

- - - - Que por iguales fundamentos adhiere al voto que antecede. - - - - -

CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO PROCEDIENDO LOS SEÑORES JUECES A DICTAR EL SIGUIENTE PRONUNCIAMIENTO: - - - - - S E N T E N C I A - - - - -

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO: - - - - - Por lo que resulta del precedente Acuerdo, y lo dispuesto en los arts. 21 inc. 4°, 210 del C.P.P., la Cámara RESUELVE: REVOCAR la sentencia de primera instancia, obrante a fs. 93/99 vta. y, en consecuencia ABSOLVER a JORGE HUGO BAU (argentino, instruido, empleado municipal, nacido en Azul el 31 de agosto de 1984, D.N.I. nro. 31.107.834, hijo de Jorge Héctor y de Raquel Susana Zabaleta, domiciliado en calle Alcorta nro. 961 de Las Flores) en orden al delito de violación de domicilio (art. 150 del C.P.) - - - - -

- - - - Sin costas en ambas instancia (art. 531 del C.P.P.) - - - - -

- - - - La Dra. Adriana L. Nanni no firma por hallarse en uso de licencia (art. 47 de la Ley 5827) - - - - -
- - - - Regístrese. Ofíciase. Notifíquese. Fecho, devuélvase.