En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de junio del año dos mil diez, se reunieron en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara en lo Penal integrada por los Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY en ejercicio de la Presidencia, la Jueza Silvia Susana MARTOS y el Juez de Cámara Dr. Rafael LUCCHELLI, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"N., M. M. p.s.a. s/ violación de domicilio" S/ IMPUGNACIÓN" Expte. N º 30/2009 C.P.P.M. (Carpeta 1993 OFIIJU PM),** seguidos contra: **M. M. D. N.**, argentino, hijo de J. O. y de C. R. F., soltero, instruido, empleado, domiciliado en Cxxxxxx ** de esta ciudad, con D. N. I . **.***.***, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Señor Defensor Adjunto Dr. Lucio Hernán BRONDES contra la sentencia N ° 77/09 dictada el 05 de noviembre del año 2009 por el Sr. Juez Penal Dr. Gustavo Daniel Castro, por la que se condena al imputado N. a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con más la DECLARACION DE REINCIDENTE, como autor material y responsable del delito de violación de domicilio en relación al hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn, el día 9 de mayo de 2009 en perjuicio de C. O. (arts. 150, 45, 29 inc. 3°, 40 y 41 y 50 del C. P. C. P.).

Intervino por la Defensa técnica del encartado el Abogado Adjunto de la Defensa Pública Penal Dr. Lucio Hernán BRONDES, por el Ministerio Público Fiscal la Dra. Miriam PAZOS y el imputado M. M. D. N..

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo M. PITCOVSKY, Dra. Silvia Susana MARTOS y el Dr. Rafael LUCCHELLI.

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley 5478).

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

Contra la Sentencia N ° 77/2009 que condenara a M. M. N. la defensa interpuso impugnación ordinaria.-

El Juez Penal Dr. Gustavo Daniel CASTRO mediante sentencia dictada en fecha cinco de Noviembre del año dos mil nueve condenó a M. M. N. a la pena de seis meses de prisión por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de Violación de domicilio en carácter de autor (Art. 150 y 45 del Código Penal).-

El hecho objeto de imputación se describió en la sentencia de la siguiente manera: *"El día 9 de Mayo de 2.009 aproximadamente a las 05:55 horas, M. N. ingresó al interior del domicilio de C. F. O. ubicado en calle * xxxxxx N º ***, previo saltar el paredón que cerca todo el predio (de 1,80 mts. de altura), siendo aprehendido por el propietario del lugar que fue alertado de la presencia de N. por su perro. O. llama a la policía que se constituye en el lugar y traslada a N. a la Comisaría."*-

Planteada la plataforma fáctica del juicio, cabe analizar si la crítica del defensor resulta procedente.-

El Dr. BRONDES denunció inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva por entender que el hecho endilgado a su defendido resulta atípico. Así sostuvo que si bien no se discutió la materialidad del hecho en cabeza de su pupilo, no se configura a su entender, el elemento subjetivo del tipo penal escogido, en el entendimiento de que N. al momento de ingresar a la vivienda que hasta hace unos días antes del hecho era habitada por la joven M. P., contaba con el consentimiento presunto de admisión de parte de la misma, a raíz del conocimiento previo existente entre ambos.-

Para sostener su postura citó doctrina sobre la teoría del delito, específicamente sobre el tipo penal, sus elementos y el error de tipo y aquí señaló que este error puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo abarcados por el conocimiento del dolo, el que exime al sujeto activo de responsabilidad porque impide comprender la criminalidad del acto, ya que el autor no sabe lo que hace.-

En ese orden de ideas, criticó la sentencia en crisis advirtiendo que el judicante centró su análisis en el testimonio de la Srta. M. B. P., quien residiera en el domicilio de la calle * xx xxxxxx N º ***, confrontándolo en el caso, con la declaración brindada por su pupilo, descartando con ello que exista el error de tipo sostenido por esa parte.-

También resaltó que el estado de embriaguez que poseía M. N. al momento de ser revisado por facultativo médico – una hora y media después del hecho – coopera y determina aún más, a la configuración del error sobre el consentimiento presunto de admisión, en la morada de M. P., la que si bien ya no residía en esa vivienda, el encartado lo ignoraba.-

Por último aclaró que el magistrado ha querido con su decisión forzar la acción dolosa de su defendido, al transitar por el camino de la acción negligente y/o imprudente, de una presunta violación al deber de cuidado, cuando la figura culposa no está admitida en el delito de violación de domicilio.-

En segundo término postuló que por la insignificancia del hecho no hubo violación de libertad, ni intimidad de las personas, que la afectación al bien jurídico protegido fue mínima; ello analizado de la óptica del principio de Lesividad consagrado en el Art. 19 de la Constitución Nacional. Citó doctrina y jurisprudencia de este Tribunal en autos "C., J. O. p.s.a. Violación de domicilio"

Expte. N º 08/09 CPPM y concluyó que en consecuencia sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse en el asunto, para lo cual se refirió al mínimo lapso temporal en el que el encartado N. permaneció en el patio de la vivienda en cuestión. Citó pasajes de la sentencia criticada.-

También se agravió en cuanto a la aplicación del instituto de la reincidencia de acuerdo a lo prescripto por el Art. 50 del C. Penal y planteó la inconstitucionalidad del mismo. Bajo esa línea argumentativa, solicitó se revoque la sentencia en lo que a ello respecta, tras citar posturas doctrinarias y jurisprudencia del máximo tribunal en autos “G.”.-

En cuarto lugar planteó la nulidad de la sentencia por sostener que la misma carece de motivación suficiente y ha habido arbitrariedad en la valoración de la prueba lo que afecta a la sana crítica racional. Así, expresó que el fallo del Dr. C. no cumple con la manda constitucional y legal al respecto, ya que ha valorado única y parcialmente el testimonio de la Srta. M. P., centrando el epicentro de su sentencia en las eventuales discordancias semánticas de sus dichos y los del imputado, descartando en forma tajante el testimonio de la docente C. C., tachándolo de contradictorio en sí mismo y en concordancia con las restantes probanzas, el que entendió como destinado a mejorar la situación procesal del imputado, sin explicar porque sostuvo tal aseveración.-

Dejó planteada la reserva del caso federal.-

A su turno la Sra. Fiscal afirmó que se daban los extremos del tipo penal del Art. 150 del Código sustantivo. Coligió que en base a las pruebas aportadas el Juez ha arribado a ese colofón. En relación al primer agravio dijo que el sentenciante tuvo en cuenta los dichos del denunciante, de la esposa de éste y de M. P., sobrina del primero, aunando luego tales dichos con los de la testigo C., los que descarta por contradictorios tras analizarlos. Respecto de la ebriedad del imputado alegó que

la ingesta alcohólica fue voluntaria y que la misma no le impidió comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones.- En relación al segundo agravio sostuvo que se ha violado la intimidad, que hubo lesividad por cuanto la libertad y tranquilidad que la ley penal protege aquí se han turbado con la intromisión subrepticia sin tener importancia cuanto minutos permaneció el imputado en el lugar. Solicitó se rechace el planteo de la defensa respecto de este punto.-

En relación al planteo acerca de la errónea aplicación del Art. 50 del C. Penal, alegó que N. habiendo cumplido ya una condena, conocía perfectamente las consecuencias de reincidir en el camino delictivo. Avaló su razones con jurisprudencia del Superior Tribunal de la provincia y de la Corte Suprema.-

Por último, en referencia al cuarto agravio esgrimido por la contraparte, ese Ministerio sostuvo la adecuada fundamentación lógica y legal de la pieza atacada, la que adujo se trata de una sentencia con análisis de la prueba recibida, con concatenación de hechos y testimonios. Dio detalles de la misma en apoyatura de su argumento.-

Sentado los motivos impugnatorios de la Defensa que ocasionan el pronunciamiento de esta Alzada, pasaré de seguido al tratamiento de los mismos adelantando que he de propiciar la procedencia del recurso, por considerar atípica la conducta del imputado, y como consecuencia de ello la absolución del nombrado. Paso a dar razones de esta postulación.-

Ha quedado demostrado en autos e incluso de los dichos del propio imputado, que el día 9 de Mayo M. M. N. ingresó a la vivienda ubicada en calle * xx xxxxx al *** de esta ciudad, tras saltar las rejas que protegen el inmueble, lugar donde fue aprehendido por el titular del mismo, Sr. C. O., después de ingresar unos metros al patio.-

Habiéndose probado estos extremos cabe analizar en primer lugar si la conducta desplegada por N. configura el delito de Violación de domicilio (artículo 150 del C Penal).-

Ya he dicho en autos “C., J. O. y otro p.s.a. Violación de domicilio” Expte. N º 08/2009 CPPM, que el bien jurídico protegido por el tipo en cuestión es la libertad personal, siendo sumamente relevante en la penalización esta conducta y referí en aquella sentencia, que ya C. había hecho una encendida defensa de la sistemática utilizada, teniendo en cuenta la idea de que el hombre se ha ido haciendo del domicilio, como algo unido conceptualmente a su propia persona. Por esto consideraba el autor acertada la colocación de la “Violación de domicilio” en la clase de delitos contra la libertad personal, pues con dicho ultraje se ofende, más que la propiedad privada, el bien ideal que corresponde a los sentimientos de la libertad individual.-

Partiendo de ello se debe determinar que el concepto de domicilio al que se refiere el Código Penal, equivale a habitación; es decir, cualquier lugar utilizado para uso doméstico, profesional, ocupacional o de esparcimiento en el que se cumple libremente todo o parte de lo que es característico de la vida privada. Lugar en que se goza de la libertad más extensa, independencia más absoluta y seguridad más completa. Éste – el domicilio protegido por nuestra Carta fundamental – aparece mencionado en la ley – Art. 150 del C. Penal – como morada, casa de negocio, dependencias y recinto habitado.-

Es menester, a fin de dilucidar la cuestión traída a examen, hacer un raconto de las vicisitudes que rodean el asunto. En primer lugar es dable destacar que la joven M. P., sobrina de la esposa del titular de la vivienda Sr. C. O., habitó unos meses hasta los primeros días del mes de mayo de 2009 – días antes del episodio – una pequeña vivienda adyacente a la de sus tíos, la que de acuerdo a las probanzas

arrimadas, se encuentra enfrentada a ésta con un patio no muy amplio de por medio, el que se extiende en forma de "ele" hasta el ingreso, el que se halla franqueado por una reja de aproximadamente 1,80 metros de alto y en la parte lateral por un paredón de la misma altura. Asimismo cabe destacar que si bien ambas viviendas tenían en común la entrada por el portón de rejas y el patio, se trataba de residencias separadas en las que sus habitantes gozaban independientemente de la libertad de su hogar, a modo de vecinos.-

En cuanto a la habitualidad de las tareas desarrolladas por la Srta. P. en su hogar en horario diurno, al decir de ésta y de su amiga la docente C., no eran de reunirse allí con su grupo de amigos, por tratarse de una vivienda muy pequeña; sin embargo dijo que era habitual que al volver de "L. F." (confitería bailable), pasaran varios amigos por la panadería a comprar algo y luego se dirigieran a comer a la vivienda de P., entre los que se encontraba M. N. – M. – tal como lo nombrara la testigo, quien resulta ser prima de éste y la mejor amiga, según sus propios dichos, de la joven M. P., con quienes además – según las expresiones de ambas y del propio imputado habían compartido varias reuniones en casas de familia, en salones de fiesta, en la playa e incluso en la casa del propio N..-

Lo señalado por la Srta. C., fue apuntado también, aunque en menor medida, por la Srta. P., quien al ser preguntada acerca de si el imputado había concurrido a su casa, dijo que no podía decir si sí o si no – según surge del audio del debate – dejándose entrever con su postura el conflicto familiar que se generara tras el evento, como ventilara en audiencia C., acerca de que el padre de P. llamó por teléfono a su amiga para decirle que "no jugara en contra de su tío" en el debate. Aquí se advierte el motivo del retaceo en la declaración de la joven, quien de

alguna manera se ha visto compelida a declarar de determinada manera quitando así importante información para dilucidar con claridad la cuestión.-

Dicho esto, y avanzando en el estudio, cabe apuntar que si bien la joven ya no residía en el lugar al momento del hecho, esta circunstancia era desconocida por el imputado, quien en su declaración refirió que ese día pasó por lo de M. para retirar su teléfono, que se lo había dado en el local bailable y al ver que la reja estaba cerrada saltó la misma para dirigirse a su vivienda, lo cual se concatena con lo dicho por la Sra. O., esposa de O., titular del inmueble, quien refirió en su declaración que N. había preguntado por M., cuando su esposo salió a su encuentro.-

Ya adentrándome en el primer agravio, y con el panorama hasta aquí visto, cobra importancia lo postulado por la defensa técnica al señalar que ante el conocimiento y la relación de “amigotes” – según lo declarado por C. C. – que tenían N. y P., es aceptable imaginar que el imputado llegara a la conclusión la noche del suceso, que podía contar con la autorización de admisión a la vivienda por parte de la joven P. y actúo en consecuencia, al encontrar la reja cerrada con llave. Se advierte bastante imprudencia en el accionar del encartado teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo – eran las 05,55 horas, – de lugar – ya que la propiedad estaba cerrada y habitaba en el lugar otra familia y de modo – saltando la reja de 1,80 metros- empero, la conducta culposa no es atendible en el delito que nos ocupa.-

Siguiendo el estudio de la cuestión diré que el elemento subjetivo del tipo penal es el conocimiento de la voluntad, expresa o presunta, de exclusión por parte del titular del bien jurídico el caso, la joven M. P., quien antes residía en esa vivienda. Y precisamente la doctrina ha señalado que el consentimiento de la víctima no actúa como causa de justificación, sino de atipicidad. El consentimiento

presunto con que contaba el imputado puede deducirse de la circunstancia habitual que se daba al regresar de las salidas nocturnas a la casa de la Srta. P. en grupo. Así sostiene Edgardo A. Donna en Derecho Penal Parte Especial T. 2 A, Pág. 310 *"Tratándose de moradas, la regla general es que la entrada al lugar se encuentra prohibida; de allí que mientras no haya mediado un consentimiento expreso o presunto en contra, se presume la voluntad de exclusión. Dicha presunción puede ceder ante numerosas circunstancias, como, por ejemplo, el parentesco, la amistad, el momento, la hora, etcétera."*

Por ello, al tratarse de un concepto normativo se debe interpretar en el caso concreto, si existió consentimiento por parte de quien tiene la voluntad presunta o expresa de exclusión. A mi criterio, en el caso, por las eventualidades ya señaladas, existió una apreciación en sentido positivo por parte del imputado, con lo cual se configura un error de tipo, que no interesa si podría haber sido vencible o invencible, ya que la figura no admite la forma culposa. Cabe también aquí sostener que con el estado de ebriedad que detentaba el encartado, que fuera revisado por el médico una hora y media después del suceso, es razonable afirmar que contribuyó en parte a actuar de la manera en que lo hizo.-

De esta forma, resta decir que ante la falta del elemento subjetivo que importa el actuar en contra de la voluntad expresa o presunta de exclusión por quien ostenta tal derecho, y siguiendo la conformación del tipo en la teoría del tipo penal, el dolo como aspecto subjetivo del mismo, requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo del objetivo, y que el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos de los elementos de este. Tal es la esencia del error de tipo el que, de existir, como en el caso, excluye el dolo típico de la conducta endilgada.-

En consecuencia, no existiendo la adecuación de la conducta endilgada al imputado en el tipo descripto en el Art. 150 del Código Penal, corresponde, sin más la absolución del imputado N. y así lo voto.-

Deviene abstracto el tratamiento de los restantes agravios postulados.-

Por todo lo expuesto propicio hacer lugar a la impugnación deducida a fs. 26/33 y Absolver a M. M. N. del delito de violación de domicilio (Art. 150 del C. Penal) por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn, el día 9 de Mayo de 2009. Así lo voto.-

Las costas deberán ser soportadas por el Estado, de conformidad a lo establecido por los arts. 242 y 247 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo la regulación de honorarios profesionales a la Defensa pública en la suma de Mil Quinientos pesos ($ 1.500.-) (arts. 7 y 59 de la Ley V N º 90, antes N º 4920).-

La Juez Silvia Susana MARTOS dijo:

En el inicio de mis fundamentos he de señalar que no expondré los antecedentes que motivan el recurso contra la sentencia de condena, pues la misma fue detallada en forma completa por el colega preopinante resultando lo suficientemente explícita como para poder remitirme a ella.

En el ámbito del recurso del condenado, regulado con amplitud en el código vigente – Art. 374 C. P. P.– al punto que el legislador le ha llamado "impugnación ordinaria", el Tribunal debe entender sin las limitaciones que son propias de los remedios extraordinarios, como el recuso de casación al que se ha referido la Corte Suprema en "CASAL" para exigir el máximo esfuerzo de revisión. Habiendo sentado ello, entiendo que los agravios formulados por la defensa, resultan ser idóneos a los fines de provocar el pronunciamiento de esta alzada.

Así, señalaré, siguiendo las mandas procesales, que se celebró la audiencia oral y pública legislada en el Art. 385 del C. P. P., debatiéndose los argumentos del recurso. Luego de la deliberación realizada, los miembros del Tribunal alcanzaron coincidencia en la solución del caso.

El hecho fijado en la audiencia fue descripto en forma detallada por el Juez del primer voto, por lo que a los fines de ser breve a ese me remito.

Adentrándome en el tratamiento del primer agravio; el Sr. Defensor señaló que la materialidad del hecho en cuestión no ha sido discutida por esa parte, por lo que centró su análisis en el elemento subjetivo de la figura del Art. 150 del CP. Aludió que se daba en el caso un error de tipo que recaía sobre un elemento del tipo objetivo –la voluntad de exclusión-, lo que eliminaba el dolo, pues indicó que aunque el error fuera vencible o invencible la conducta sería atípica, pues no estaba en la figura prevista la tipicidad culposa.

En relación a lo anterior he de adelantar, que después de haber escuchado los audio del debate, puedo concluir, en concordancia con lo declarado por el imputado, que este pudo suponer que gozaba de permiso para ingresar al patio común de las viviendas ubicadas en calle * xx xxxx de esta ciudad del modo en que lo hizo, a fin de llegar al departamento interno donde vivía M. P., ello en base a la amistad que mantenía con ésta quien alquilaba, hasta pocos días antes del hecho, el departamento allí ubicado. Paso a analizar.

El imputado declaró en el debate que salió a bailar, y aproximadamente a las 05:20 hs. se encontró a M. en el boliche "L. F." quien estaba con un grupo de amigos. Pensó que le dio su celular, y aún dice creer que se lo dio. Luego de un momento dijo no haberla visto más por lo que pensó que se había ido a su casa; que siempre el portón estaba cerrado; que se había acostado por lo que fue a golpearle

la puerta, pisó el nicho y saltó y seguidamente el tío –O.- lo redujo. N. dijo que estaba creído que vivía M., por lo que se quedó quieto porque pensó que ella iba a salir y se terminaría todo.

El Juez sentenciante descartó el error de tipo expresando: *"no se trata, como lo sostuvo el Sr. Defensor, de un error de tipo, pues como dijo M. sólo era conocida de N. y no recuerda que haya ido a su domicilio, por lo que no tengo dudas que en tal entendimiento, no puede alegar el consentimiento presunto de aquella persona a la cual apenas conoce y respecto de un domicilio al cual, de acuerdo a lo afirmado por M. P., jamás había concurrido, lo que me lleva a concluir en la inexistencia del consentimiento presunto de aquella persona que según la defensa, tenía en ese momento derecho a excluir, a pesar de que la misma no viviera allí al momento del hecho."*

En primer término es preciso analizar si en el caso pudo existir error por parte del imputado sobre la existencia de una voluntad de admisión al domicilio de M. P., en su creencia que la misma habitaba en el lugar.

Ha quedado demostrado que M. P. efectivamente vivió en la finca en cuestión hasta unos días antes del hecho, pues la misma había alquilado en el lugar un tiempo –varios meses según la testigo O., C. y el propio imputado-. Que en el predio en cuestión existen tres viviendas: la primera desocupada, a la cual se ingresaba por la calle * xx xxxxx, las otras dos –una el departamento que ocupaba P. y la del fondo la casa de la familia O. –tíos de la joven-, a éstos últimas se ingresaba por un portón que siempre se encontraba cerrado con llave y que por el mismo se accedía a una entrada de autos que hacía de pasillo común entre ambas viviendas –tal como se puede apreciar en el croquis ilustrativo y las fotografías agregadas al legajo de prueba-.

Resulta de suma importancia lo anterior pues se deben tener en cuenta las particularidades de cada caso para determinar si el ingreso de un tercero propiciado por el titular del derecho de exclusión del domicilio interno, contra la voluntad de quien tenga derecho a excluir del domicilio principal, constituye o no violación de domicilio. En respuesta a esta pregunta Oscar Alberto Estella/ Roberto Godoy Lemos en Código Penal Parte Especial T. 2, Ed. Hammurabi Pág. 195 dice: *"...En principio, podría decirse que no hay delito si de las circunstancias del caso surge que el titular del derecho de exclusión del domicilio principal ha convertido el sector de tránsito a las habitaciones ocupadas por otros en un lugar común, resignando su derecho a la intimidad, y con ello el de exclusión, respecto de aquellos que entren con el consentimiento de los habitantes de los cuartos"*. En el caso, M. P. alquilaba en el lugar –o por lo menos esa era la creencia del imputado- y para acceder a la vivienda de la misma debía pasarse necesariamente por este espacio común constituido por la entrada de garaje hasta la puerta de entrada de la vivienda de M. P., donde N. habría sido sorprendido por O., por lo cual si este contaba con el consentimiento de la misma podía ingresar a dicho domicilio, pese a que el predio se encontrara cerrado.

Al respecto el autor antes nombrado, citando a Carrara dice: *"si alguien habita legítimamente una pieza dentro de una casa ajena, y quiere recibir en ella a sus amistades, puede favorecer con ello el ingreso del algún visitante contra la voluntad de quien habita el resto de la casa por la que se accede. En tales circunstancias Carrara se pronuncia a favor de la voluntad de admisión del ocupante del cuarto, considerando atípica la entrada de la visita."*

No se observa que el imputado haya ingresado al domicilio por otra cuestión que no sea visitar o encontrarse con la Srta. M. P., pues ello ha quedado

corroborado, pese a que el denunciante –testigo O.- lo ha negado. El imputado M. M. N. al ingresar al domicilio y al ser sorprendido por el primero le habría preguntado por M., pues así lo ha declarado éste y ha sido corroborado por la propia testigo P., quien aludió que al mediodía de la fecha del hecho su tío O. la llamó por teléfono al domicilio de su padre –donde ella vivía en la actualidad- y le comentó que la persona que había aprehendido a la madrugada, la buscaba a ella. En igual sentido declaró la testigo P. C..

Siguiendo esta línea argumentativa, debo analizar si existía relación entre el imputado N. y la Srta. M. P., quien tenía –tal como se ha visto- derecho de exclusión.

M. P. dijo que conocía al imputado M. N. pues era la mejor amiga de su prima la Srta. P. C. y que dicha relación se remontaba a aproximadamente ocho o nueve años atrás. Indicó que en ese periodo asistió a las celebraciones familiares de la familia de P., las que se hacían en los domicilio de familiares, en salones de fiesta y hasta puede ser –dijo- en el domicilio del imputado. En ese sentido P. C. aseguró que con su primo –el imputado- la había pasado a buscar en varias oportunidades para andar en bici, ir a la playa y que N. formaba parte del grupo de amigos; que de M. él era “amigote”.

Rescato válido los dichos de la testigo C. pues nada me conduce a pensar que el mismo sea parcial, tal como lo tachara el Juez de grado, pues la deponente por su amistad con M. P. pudo exponer cuestiones familiares que se suscitaron entre los denunciantes –O. y O.- y la testigo M. P. y su padre, a raíz del episodio de esa madrugada del 09 de Mayo del 2009, lo que la colocaba en una situación difícil. Al parecer –según C.- parecía que P. debía elegir entre su amistad con C. y quizás M. N. o la relación familiar con los antes nombrados, lo que la pudo haber llevado a notarse en su declaración evasiva y cauta al responder.

También debo destacar, los dichos de C. respecto que el domicilio que habitaba P., aunque de pocas dimensiones, era lugar de reunión de amigos antes de ir a bailar –hacían "La Previa" tal como aludió la propia esposa del denunciante y tía de M., C. O.- o después de la salida del boliche, pues el departamento quedaba a tres cuadras de "L. F."-tal como lo expresó C..

Por otro lado, del audio del debate no se desprende que M. P. haya aseverado en forma contundente que M. N. no haya ido en alguna oportunidad al domicilio de * xx xxxxx al *** de esta ciudad.

Pues bien, todo lo reseñado me lleva a la duda, la que conforme el principio de inocencia debe primar a favor del imputado –Art. 28 del CPP y 44 de la CN- y por lo tanto propiciaré la absolución de N., pues lo analizado no me permite arribar a la certeza necesaria para descartar en su totalidad la contrahipótesis defensista del mismo. En consecuencia pudo el nombrado creer erróneamente que en base a su amistad con M. P. tenía el permiso de ingresar del modo que lo hizo al lugar en común –entrada de garaje- de las viviendas, a fin de golpear la puerta del departamento de la misma, en el convencimiento que en esa vivienda se reunían al salir del lugar bailable, e ignorando que ella se había mudado .

En relación a la aplicación del In dubio pro reo, ha dicho Julio B. J. Maier Derecho Procesal Penal I. Fundamentos. Ed. Editores del Puerto S. R. L. Pág. 495 " su contenido, al menos para el Derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del Tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley

(presunción). Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución..”

Resulta irrelevante en el caso analizar si el error de tipo fue vencible o invencible pues al no preverse en la figura de violación de domicilio –Art. 150 del CP- la forma culposa, se produce la atipicidad de la conducta, y en consecuencia resolverse la absolución de M. M. N., deviniendo abstracto el tratamiento de las demás cuestiones esgrimidas por el Defensor del imputado. Así voto.-

Por último, encuentro adecuado el monto que el colega preopinante ha fijado respecto de los honorarios de la Defensa. Nada más.

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:

1.-Comenzare mi sufragio, omitiendo exponer los antecedentes que motivan el recurso, en atención a la prolija enunciación realizada en el primer voto, a cuyos términos me remitiré.

2.- En cuanto a la solución del caso he de coincidir con los colegas preopinantes, correspondiendo, a mi juicio, hacer lugar al recurso formulado.

3.-El mismo se funda en los siguientes agravios: Inobservancia y errónea aplicación de la ley penal, toda vez, que a su entender su pupilo habría obrado en un error de tipo sobre los elementos normativos que exige la figura del Art. 150. Es decir, entiende que N. habría actuado pensando que ingresaba a una morada ajena con la aquiescencia del titular del derecho de exclusión. Además, el recurrente afirma que se ha lesionado los principios de lesividad e insignificancia como así también, postula la inconstitucionalidad del instituto de la Reincidencia.-

4.-Llevada a cabo la audiencia prevista por el Art. 385 del Código Procesal Penal, El Dr. Lucio Brondes, por la Defensa técnica, mantiene y amplía los fundamentos del recurso contra el fallo condenatorio.

5.- El hecho por el cual fuera condenado M. S. N., es el que habría ocurrido el día 9 de mayo de 2009, aproximadamente a las 05:55 horas, en el que el nombrado ingresó al interior del domicilio de C. F. O., ubicado en la calle * xx xxxxx N ° ***, previo saltar el paredón que cerca todo el predio (de 1, 80 mts. de altura), siendo aprehendido por el propietario del lugar que fue alertado de la presencia de N. por su perro. Por el mismo, el Juez Castro lo ha considerado autor material y penalmente responsable del delito de Violación de Domicilio (artículos 150 y 45 del C. P.) imponiéndole una pena de seis meses de prisión y declarándolo reincidente.-

6. Para poder establecer los alcances del precepto penal por el cual fuera condenado, es necesario en primer término establecer cual es el bien jurídico protegido. Como ya dijera en un precedente anterior ("C., J. O. y otro p.s.a. Violación de domicilio" Expte. N º 08/2009 CPPM), el autor "Breglia Arias afirma que: "... SOLER se adelantó en ver una agresión a la intimidad. Y es congruente con esto la insuperable definición del domicilio: "el lugar donde el hombre se despoja de sus cuidados", que debemos a CRANE ("The looking glass"). Esta última expresión, precisamente, se armoniza bien con la orientación última dada en Alemania a esta figura, como preservadora de la "seguridad": "se protege el bien jurídico de la territorialidad físicamente asegurada, un señorío o dominio de una determinada área o superficie, lo que está relacionado con los intereses de seguridad, tranquilidad e intimidad"(AMELUNG). Y en referencia al derecho a la intimidad, "como el que posee el ser humano de aislarse frente a los demás, manteniendo un reducto de su vida o de su personalidad fuera del alcance de las relaciones sociales". (BREGLIA ARIAS, Omar – GAUNA, Omar R., "Código

Penal y Leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, T.2, 4ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Pág.1/2).

Es bueno recordar, que el 23 de noviembre de 1811 se dictó el decreto de Seguridad Individual, cuyo artículo 4° resulta el antecedente más antiguo de la garantía de inviolabilidad del domicilio contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Ese artículo indica que: *"la casa de todo habitante es un lugar sagrado, que no puede violarse sin crimen y sólo podrá allanarse en caso de resistencia a la autoridad legítima". Con relación a ésta garantía, como de otras esenciales, ha dicho Alberdi que: "escritos o no, hollados o respetados, se pueden reputar principios conquistados para siempre por la Revolución Republicana y esculpidos en la conciencia de los pobladores los siguientes: ... la inviolabilidad de la vida, de la casa, de la dignidad" (Juan Bautista Alberdi, Obras Completas, T. V., Págs. 44/45, citado en el considerando 5° del voto del Dr. Petracchi en la causa "Fiorentino, Diego E", C. S. J. N del 27 de noviembre de 1984)"*.

Por supuesto, que la garantía mencionada, no sólo impone un límite al Estado sino que le asigna una obligación: la de velar para que particulares no violen el derecho que tiene todo habitante de la nación de gozar de la intimidad de su domicilio. Es por éste motivo, que el codificador ha protegido dicho bien jurídico con la sanción de toda conducta que se vea atrapada en el Art. 150 del C. P.

7.- Llegado este punto, comenzaré a tratar en primer término el planteo efectuado por la Defensa Pública, que considera la atipicidad de la conducta de N.. En ese sentido, si bien la misma no discute la materialidad el hecho, señala que su pupilo habría actuado en un error de tipo ya que entiende que su ahijado procesal, habría obrado en la creencia que estaba autorizado a ingresar al domicilio en el cual fuera sorprendido por su morador, faltando por ello el dolo

que requiere la figura establecida en el Art. 150 del C. P.. Así, si bien es cierto que el titular del derecho de exclusión al detener a N. y llamar a la policía marcó claramente que nunca había autorizado al nombrado a ingresar a su morada, no lo es menos que hasta pocos días antes que ocurriera el hecho, vivía en un departamento que se encontraba en el patio de dicha vivienda la Srta. M. P. –la mejor amiga P. C., prima de N.- con quien había tenido trato el imputado a través de ésta. Por otro lado no era público que la nombrada se hubiera mudado de domicilio, ya que ni la propia prima de N., lo sabía. Por otro lado ha quedado suficientemente demostrado que el imputado ni bien fue increpado por el denunciante, afirmó que había entrado para ver a M. P. lo que me lleva, favor rei mediante, a colegir que bien pudo N. ingresar a dicho domicilio con el único propósito de buscar su celular que supuestamente M. P. se había llevado, ya que como lo afirmara la testigo P. C. pertenecían a un mismo grupo de amigos; iban a la Playa juntos, habiéndola pasado a buscar en numerosas ocasiones. Todo ello torna posible, que el imputado pueda haber decidido pasar a esa hora a buscar el celular que supuestamente su amiga P. había llevado, debiendo cruzar el portón como lo hiciera ya que el mismo estaba habitualmente cerrado por razones de seguridad, no habiéndose demostrado con el grado de certeza requerido, a mi juicio, que N. hubiera sabido que su presencia en dicho domicilio iba a ser mal recibida.

"Escribe Soler, refiriéndose a la presunción de consentimiento, "debe concebirse sobre la base de la posición del autor del hecho, de manera que el juez debe formular un juicio apreciativo de la existencia o inexistencia de buena fe en la creencia del autor acerca del consentimiento presunto." El elementos subjetivo "se construye sobre la base de un dato psíquico, consistente en el conocimiento

que el sujeto tiene de la inexistencia del consentimiento del dueño. Recoge el criterio de Carrara para interpretar la existencia de ese elemento que – expresa – surge con toda claridad cuando el violador del domicilio ha empleado medios que suponen eludir la manifestación de voluntad contraria: introducción clandestina o insidiosa. Concluye mostrando que al no distinguir nuestra ley respecto de los medios con los que la violación se efectúa, cuando el medio no sea por sí mismo insidioso (el violento debe ser excluido), se requiere que el hecho se cumpla, o bien sabiendo que no puede presumirse el consentimiento o al menos, dudando que el hecho sea consentido. La duda indica para Soler, mala fe, y la asunción del riesgo de contrariar la voluntad del dueño. Donna manifiesta que comete violación de domicilio el sujeto que duda acerca de la prohibición de ingreso y a pesar de ello, decide penetrar en el domicilio."(Baigún – Zaffaroni. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 5. Parte Especial. Editorial Hammurabi. Edición 1ª. 2008, Pág. 662).-

En esta instancia es bueno recordar las sabias palabras de Ferrajoli cuando enseña que: "La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa – y no la inocencia, que se presume desde el principio – la que forma el objeto del juicio. Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable. "Al cuerpo social le basta que los culpables sean generalmente castigados", escribió Lauzé di Peret, "pero es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos." Es ésta la opción sobre la que Montesquieu fundó el nexo entre libertad y seguridad de los ciudadanos: "la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad" y "dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas"; de modo que "cuando la inocencia de los

ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad". En consecuencia – si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las *penas arbitrarias – la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa "seguridad" específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica "defensa" que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria. Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho. El miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman"*. (Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Edición 1997. Págs. 549/550).-

Por todo ello considero adecuado aplicar al caso el beneficio de la duda el cual está establecido expresamente en el Art. 28 del C. P. P. y expresamente en el Artículo 44, III, de nuestra Carta Magna Provincial.-

Así las cosas juzgo que es conforme a derecho hacer lugar al recurso incoado, Absolviendo a M. S. N. por el hecho por el cual fuera condenado. Así lo voto.

11.- Juzgo acertados los horarios fijados por el Juez del primer sufragio.-

Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose el siguiente:-

FALLO:

I) DECLARAR procedente la impugnación deducida por la Defensa del imputado M. M. N., contra la Sentencia N ° 77/09 de fecha 05 de Noviembre de 2009.

II) ABSOLVER a M. M. N. del delito de Violación de domicilio en carácter de autor (Art. 150 y 45 del C. P.), por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn el día 09 de Mayo de 2009, en perjuicio de C. O., sin costas, las que se declaran a cargo del Estado.

III) REGULAR los Honorarios profesionales de la Defensora Pública por su actuación en esta etapa en la suma de Pesos Dos Mil ($ 1.500.-) de acuerdo a lo establecido por los Art. 5, 7 y cctes. De la Ley XIII N ° 4, antes Decreto Ley 2200 y Art. 59 de la Ley V N ° 90, antes Ley 4920.

IV) REGISTRESE, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C. P. P.).

Leonardo Marcelo PITCOVSKY
Presidente

Silvia Susana MARTOS
Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI
Juez de Cámara

Ante mí:

Andrea Mabel BOREA

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N º _____ DEL AÑO 2010. CONSTE.-

Andrea Mabel BOREA

Secretaría de Cámara