

SENTENCIA N° noventa y cinco /2014.- En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los ***tres días del mes de Septiembre de dos mil catorce***, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los doctores: **LILIANA DEIUB, ALEJANDRO CABRAL y FEDERICO SOMMER**, bajo la presidencia del último, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en **Legajo N° 632/2014**, caratulado: "**Z., R. C. J. S/VIOLACION DE DOMICILIO Y LESIONES LEVES**" del Registro de la Oficina Judicial de Neuquén - Subdirección de Asistencia a Impugnación-, debatida en audiencia celebrada el día 20 de Agosto del año en curso en la ciudad de Cutral-có, seguida contra **R. C. J. Z.**, Argentino, soltero, albañil, nacido en Cutral-có provincia de Neuquén el 8/11/....., hijo de y de, D.N.I. N°, domiciliado en calle ... de de Cutral-có; en la que intervino por la Defensa el Dr. DIEGO SIMONELLI, encontrándose presente también el imputado quien se encuentra cumpliendo pena en otro legajo; no interviniendo funcionario alguno en representación del Ministerio Público Fiscal.

ANTECEDENTES:

A) Por Sentencia dictada en fecha 20 de Abril de 2012 la Sra. Jueza titular del anterior Juzgado Correccional de

la Segunda Circunscripción Judicial con sede en la ciudad de Cutralcó resolvió, en lo que aquí interesa: "...II.- Condenando a **Z., R. C. J.**, (...), por encontrarlo autor material y penalmente responsable de los delitos de Violación de Domicilio en Concurso real con Lesiones Leves (art. 150, 55 y 89 del Código Penal), en perjuicio de G..... B... F..... a la pena de Ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento. III- Revocando la condicionalidad de la pena impuesta en fecha 30 de Julio de 2.008, en causa N°2960-Año 2007 de este Tribunal y UNIFICANDO aquella con la presente en la pena UNICA de UN AÑO de PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO...-

B) La parte Defensora en legal tiempo y forma dedujo recurso de casación contra la referida sentencia condenatoria. Por aplicación de la ley 2784, que sancionó el nuevo Código Procesal Penal de Neuquén y de lo dispuesto en el art. 55 de la ley 2891, las presentes actuaciones fueron remitidas a la Oficina Judicial para que se les imprima el trámite correspondiente al recurso ordinario de impugnación previsto por los arts. 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo.

Abierta la audiencia prevista en el art. 245 del CPP, previo debatir oralmente los fundamentos del recurso

interpuesto y cedida la palabra al Sr. Defensor, Dr. Diego Simonelli solicitó el comparendo de la Sra. G. B. F., testigo ofrecida y aceptada para declarar ante el Tribunal de impugnación "sobre el hecho y la extensión del daño sufrido, todo en relación con la determinación de la pena" (text. de acta de audiencia OFIJU Cutral Co).

Así G. B. F. dijo en la audiencia de impugnación que denunció la violación de domicilio porque su madre la obligaba ya que es la propietaria de la vivienda donde ella vivía con sus tres hijos menores. Su madre sabía que él iba a buscar a los niños y la testigo salía a dárselos. En relación a las lesiones dijo que tuvo una discusión con su pareja por mensajes que ella recibía en su celular, que como consecuencia de eso recibió algunos rasguños que no le impidieron continuar con su vida normal, que además aclaró que por su tipo de piel, se marca ante cualquier roce. En relación a la pena dispuesta, dijo que su pareja está detenida por otro hecho, que la cárcel le sirvió para darse cuenta de todo, para poder afirmarse como pareja, que no quiere que sea condenado ya que es el padre de sus hijos y les hace falta a sus hijos y a ella. Que actualmente no tiene ayuda económica de su madre, ni tampoco de su suegra, que sólo recibe ayuda social.

Culminada la declaración en la audiencia el Sr. Defensor expuso sus agravios por los que solicita se revoque la sentencia dictada y como consecuencia de ello se disponga la absolución de su asistido.

Los motivos en los que funda su recurso que fueron oralizados en la audiencia, tuvieron como finalidad demostrar que la sentencia cuestionada aplicó en forma errónea los artículos 89 y 150 del código penal.

En esa dirección, mencionó que no se acreditó afectación al bien jurídico protegido por el art. 89 del código penal, atendiendo a la insignificancia de la lesión informada por las certificaciones médicas en las que se estableció un tiempo de curación mínimo de un día, agregando la testigo en la audiencia que los "rasguños" sufridos no le impidieron continuar con sus actividades normales y habituales.

Paralelamente y en su presentación por escrito, sostuvo que no se acreditó el dolo directo que la figura requiere, referido al conocimiento y voluntad de lesionar el cuerpo y la salud de la víctima por parte del imputado, atendiendo a las reiteradas discusiones que mantenían por desavenencias de pareja que

llevaron al imputado a actuar de manera impetuosa pero no consciente en relación a los presupuestos objetivos del delito de lesiones.

Cuando se refiere al delito de violación de domicilio, entiende que la prueba colectada no permite tener por acreditados los elementos objetivos de la figura. Aclaró que surgió de la audiencia que su defendido concurría con habitualidad al domicilio de la madre de su pareja a retirar a sus hijos, conducta ésta consentida. Que esta circunstancia desvirtúa la presunta prohibición de ingreso de la dueña de la vivienda, quien se encontraba ausente de la misma y su hija permitía el ingreso de Z....., por ende no se encuentra acreditado además el elemento subjetivo de la figura ya que Z..... no ingresó al domicilio con el conocimiento de prohibición expresa alguna.

C) En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP no intervino funcionario alguno en representación del Ministerio Público Fiscal, por ende los argumentos esgrimidos por la Defensa no fueron refutados. Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Liliana DEIUB**, luego el **Dr. Alejandro CABRAL**, y finalmente, el **Dr. Federico SOMMER.-**

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.

La **Dra. Liliana Deiub** dijo:

Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que el escrito fue presentado en término, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y por ende una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233 y 236 del rito.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto de la audiencia celebrada (art. 245 del CPP) fue posible conocer cómo se configuran -a juicio del

recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible. Tal es mi voto.-

El **Dr. Alejandro Cabral** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión. Así voto.

A su turno, el **Dr. Federico Sommer** sostuvo:

Que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto, sin perjuicio y dejando a salvo la opinión personal del suscripto, respecto de la necesaria participación del Ministerio Público Fiscal en todas las etapas del proceso penal (Tribunal de Impugnación de la Provincia del Neuquén, en caso "B., R. I. s/ABUSO SEXUAL EN GRADO DE TENTATIVA"; Legajo OFINQ 367/2014, S.D. Nro. 91/2014 de fecha 03/09/2014).

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Liliana Deiub** dijo:

Que tal como se ha consignado al comienzo del presente resolutorio, la quejosa finca su crítica en lo que considera incorrecta aplicación de los artículos 89 y 150 del código penal.

Previo ingresar en el análisis de los agravios expuestos por la defensa, debo mencionar que la declaración testimonial de G. B. F., producida en la audiencia realizada en los términos del artículo 245 del C.P.P., no va a ser valorada atendiendo principalmente a que fue autorizada para declarar en relación al hecho y extensión del daño sufrido, sólo en relación a la determinación de la pena.

Por ende los dichos de la Sra. F. referidos a las circunstancias específicas en las que se produjeron los hechos que dieron inicio al presente legajo no van a ser objeto de análisis, atendiendo a que la defensa pretendió repetir el juicio, sin objetar la valoración probatoria efectuada en la sentencia en relación a los dichos de la testigo resultando éste el objeto de la impugnación, habiendo quedado acreditado que la testigo reconoció como propias las declaraciones que surgen de la sentencia,

pretendiendo en la instancia de impugnación modificar el relato para favorecer al imputado, incluso ante el riesgo de auto incriminarse.

Aclarado lo anterior y no habiendo objetado el impugnante la errónea valoración realizada en la sentencia del testimonio de la víctima de lesiones, su agravio se centra en la insignificante lesión sufrida, que como tal no afectó la salud de la víctima y no le imposibilitó continuar con sus tareas habituales.

En el punto, el certificado médico valorado en la sentencia obrante a fs. 8 da cuenta del examen a la denunciante realizado el día 25 de Enero de 2.011 -día siguiente al hecho- en el cual se verifican equimosis de 4x2 cms. compatibles con lesión ungueal en región interna de brazo derecho, excoriación lineal curva en región posterior del cuello, datando la producción de las mismas entre 12 a 24 hs, estimando en tres días el tiempo de curación. Esta certificación fue corroborada por la pericia realizada por el médico Forense Dr. Rodríguez quien determinó que G..... F..... presentó politraumatismos en ambos antebrazos y en el cuello (equimosis y excoriaciones), ratificando la data de las mismas, agregando que el elemento causal fue "compresión o contusión con o contra un objeto

de bordes agudos y duros", estimando en uno a tres días el tiempo probable de inhabilitación laboral.

G. B. F. y de acuerdo a lo consignado en la sentencia, sostuvo que "ese día Z. fue a buscar a la nena de ambos y se enojó como lo hace habitualmente; acusó a la dicente de que ella salía con otro hombre y la empezó a empujar tomándola de los brazos...Ella quiso llamar a la policía pero Z. la agarró de los pelos... él la tomó del cabello y a los empujones la sujetó del cuello y de los brazos, cree que le quedaron moretones".

La defensa entendió que las lesiones certificadas resultaban insignificantes y como tal no existía afectación del bien jurídico protegido por la figura prevista en el art. 89 del código penal.

Debo aclarar que no comparto esta postura toda vez que la figura protege la incolumidad personal, por ende cualquier daño en el cuerpo o la salud sin precisarse su extensión debe ser considerado como encuadrado en el tipo penal, toda vez que resulta un atentado a la persona.

En esa dirección las lesiones certificadas por el forense y compatibles con el modo de producción referido por la

víctima en el debate, son una manifestación objetiva de la alteración en la salud de la víctima y a tal punto no son insignificantes, ínfimas o inconsistentes puesto que motivaron la denuncia de la misma.

En consonancia con lo que vengo sosteniendo la admisión de la teoría propiciada por la defensa implicaría avanzar sobre la constitucionalidad de la norma del art. 89 del C.P., sin que haya sido planteada específicamente por el impugnante y evidentemente sin argumentación que la propicie.

Así se ha sostenido que "...Si se argumenta una situación de inconstitucionalidad, debe requerirse un mínimo de demostración de la inconstitucionalidad alegada, y su atinencia al caso... (Sagüés, Néstor Pedro, "Recurso extraordinario", tomo 2, 4 edición, Astrea, Bs. As., 2002, pág. 321; con cita de Fallos: 239:468; 278:62; 305:50; y 306:136); lo que no acontece en la especie (Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, R.I Nro. 88 del 1° de septiembre de 2014 "A., M. D. S/ ABUSO SEXUAL" Expte. Nro. 64, año 2014).

En una postura contraria a la sostenida por la defensa nuestro máximo tribunal provincial ha sostenido que "...se

considera que lesiona quien causa daño en el cuerpo o en la salud de otro, es decir que altera la estructura física o menoscaba el funcionamiento del organismo del sujeto pasivo. (...) El tipo exige como resultado un daño en el cuerpo o en la salud de otro. El daño debe ser el resultado de una violencia ejercida sobre la víctima por parte del sujeto activo. Cualquier medio que se presente como productor del daño puede ser utilizado por el agente (...). Daño en el cuerpo: consiste en toda alteración de la integridad anatómica de la víctima, es toda alteración en la estructura interna o externa del sujeto pasivo (...). La doctrina se refiera al derecho de cada persona a conservar su estructura corporal (...) como objeto de protección. (...) Para constituir una lesión es preciso que el daño se trate de una situación en la que queda el cuerpo aún cuando cesa la acción del sujeto..." (D'Alessio, A.J., en Código Penal Comentado y Anotado. Parte especial. La Ley. Buenos Aires. 2004, pág. 52)" (Tribunal Superior de Justicia in re: "Rickemberg, Alejandro s/ Incumplimiento a una orden judicial" - EXPTE. N° 258-2009. R.I. N° 34/2011).

De igual modo, no paso por alto las circunstancias de extrema vulnerabilidad que se desprenden de la presencia de la víctima en la audiencia de Impugnación pretendiendo

mejorar la posición del imputado, aún corriendo el riesgo de resultar contradictoria con sus dichos en el debate, situación ésta que debe tener especial consideración.

Ante ello, debe recordarse que "En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autos: Furlan y Familiares c/Argentina, del 31-08-2012, Cita: IJ-LXVI-898).

Finalmente, considero que debe descartarse la postura de la defensa dirigida a canalizar la situación denunciada en el marco de una discusión de pareja que llevó al imputado a

actuar de un modo impetuoso, atendiendo a la marcada situación de violencia que la pareja vivía y que motivó la concurrencia de la víctima a charlas de violencia familiar para proteger a sus hijos, según declarara en el debate.

Por lo expuesto entiendo que el agravio formulado debe ser rechazado.

Continuando con la queja dirigida a cuestionar por atipicidad la subsunción de la conducta del imputado de ingreso al domicilio propiedad de Gloria López en el delito de violación de domicilio previsto en el art. 150 del código penal, adelanto que le asiste razón a la defensa, por considerar atípica la conducta de Z....., y como consecuencia de ello se impone la procedencia del recurso en ese aspecto.

En ese sentido, el concepto de "domicilio" incluye a las dependencias, esto es a los "espacios que, sin constituir por sí mismos la morada o el negocio, están (...) unidos con aquéllos y responden a las necesidades de la actividad allí desplegada" (SOLER en "Derecho Penal Argentino", Ed. TEA, T. IV, 2° reimpresión, año 1953, pág. 87) en las cuales, para que pueda configurarse el delito, la doctrina mayoritaria requiere: i) que

"forme[n] parle del 'ámbito de intimidad' del sujeto pasivo"; II) que se pueda "decir que alguien entra" en aquellas; y fundamentalmente III) que "por algún signo exterior se manifieste la voluntad de exclusión, aunque sea fácilmente superable, como un cerco" (DONNA en "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Rubinzai-Culzoni, T. 11-A, 1º reimpresión, año 2001, pág. 303).

Para sostener la atipicidad antes referida, tengo presente lo declarado por G..... B.... F..... en el debate donde se refirió a que el imputado buscaba a sus hijos de la casa de su madre, incluso los cuidaba cuando ella trabajaba. Que ella se encontraba sola en la casa el día que ocurrieron los hechos, lo que adunado a los dichos referidos a que después de la denuncia retomaron la convivencia, me permiten sostener que existía un consentimiento presunto por esta habitualidad, lo que impide imputar este delito al encartado, por cuanto si bien entiendo que estaba en conocimiento de la prohibición de la propietaria de la vivienda que le impedía ingresar a la misma; el hecho habitual de concurrir al domicilio en búsqueda de sus hijos, la relación de pareja que lo unía con la denunciante y la reconciliación posterior, hacen presumir que la víctima, quien en la oportunidad se encontraba al cuidado de la vivienda, permitió y consintió ese ingreso.

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."

La dueña de la vivienda Sra. G. L. avala lo declarado por su hija G. en relación a que el imputado asistía habitualmente a su vivienda a retirar a sus hijos, agregando que "ahora" sigue yendo a buscar a los nenes a su casa.

Así, y ante la ausencia del elemento subjetivo que significa el actuar en contra de la voluntad expresa o presunta de exclusión por quien posee tal derecho, que en el caso era la ocupante circunstancial Sra. G. F., excluye el dolo específico de la conducta endilgada, por lo que debe absolverse al imputado.

Por todo lo expuesto propicio hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por el Dr. Diego Simonelli, confirmando la condena impuesta por el delito de Lesiones Leves y revocándola en lo relativo al delito de Violación de Domicilio.

Asimismo y encontrándonos en el supuesto establecido en el art. 247 del C.P.P., entiendo que procede el reenvío, para que se lleve a cabo el juicio sobre la pena.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que propone a esta cuestión, únicamente en relación a la atipicidad del hecho imputado como Violación de Domicilio.

Disiento en mantener la condena por el hecho calificado como Lesiones Leves, atento coincidir con los fundamentos expuestos por la Defensa, en función a considerar que la entidad de las lesiones certificadas en autos no afectaron el bien jurídico protegido por el delito de Lesiones Leves, específicamente por la nimiedad de las mismas, el escaso tiempo de inhabilitación laboral y la inconsistencia de la afectación al bien jurídico protegido.

Por otra parte, no puedo soslayar el marco en el que se produjeron las lesiones. Tanto el imputado como la víctima, G. B. F., mencionaron que toda vez que la madre de esta última no se encontraba en la casa, ella lo hizo ingresar al domicilio y le dio de comer a su pareja, que allí comenzó una

discusión por celos y él la tomó de los brazos, ella se resistió y se fueron contra un aparador. Que en ese marco, se le produjeron las lesiones en los brazos. Dijo que su madre no quería que lo viera al imputado y casi que la obligó a hacer la denuncia. Agregó, al igual que lo tuvo que reconocer la madre de la víctima, que él se ocupaba de los hijos y de mantener a la familia. Por otra parte, Gabriela Belén Flores, manifiesta que ambos están actualmente juntos y se quieren. En la misma audiencia de impugnación se vio frente a todos los jueces el beso emotivo que se dieron al despedirse.

Nada de todo ello escapó al suscripto y si bien entiendo que las cuestiones de género no son de escasa importancia, también debo reconocer que las desavenencias conyugales, son comunes en todos los matrimonios y parejas, no habiendo advertido en el presente, un caso de violencia de género, sino más bien un desencuentro que fue superado por ambos.

Siendo ello así, la levedad del daño consistente en pequeña equimosis (término médico que define una lesión subcutánea caracterizada por depósitos de sangre extravasada debajo de la piel; o, en forma vulgar, pequeño moretón) en el brazo

y cuello, cuya desaparición no supera los tres días, considero que no justifica la imposición de la pena de prisión.

Así lo ha entendido nuestro Código Procesal en los principios generales cuando ha establecido en el art. 17, titulado "solución del conflicto" que *"Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. **La imposición de la pena es el último recurso**"*.

Por otra parte, el derecho penal también es el último recurso del orden jurídico para restablecer la paz social, debiendo aparecer sólo y únicamente cuando el resto del ordenamiento jurídico no puede dar una respuesta. El derecho penal en ningún caso debe convertirse en el primer recurso del ordenamiento jurídico, porque en definitiva es la fuerza bruta del Estado sobre los habitantes de la república.

Aún más paradójal resulta, que el Estado aparezca una vez que la paz entre los habitantes ya está restablecida por ellos mismos, pues el principio de subsidiariedad

