

EL DELITO DE VIOLACION DE DOMICILIO (Art. 150 del Código Penal)

*Por Bernardo Jorge Rodríguez Palma **

1) BIEN JURIDICO TUTELADO

Antes de entrar en el análisis de la figura tipificada por el art. 150 del Código Penal, es necesario determinar con toda exactitud cuál es el bien jurídico tutelado en la citada norma, entendiendo por tal un interés protegido por la ley penal, por haber sido considerado especialmente valioso por el legislador. Tal determinación se hace absolutamente necesaria dada la importante función que cumple el bien jurídico, ya que no es posible interpretar, ni por ello conocer la ley penal, sin acudir a aquél⁽¹⁾.

Dentro de nuestro Código Penal y de acuerdo a la ubicación sistemática que la norma en estudio tiene, es decir en el Título Vº del libro IIº, es un delito contra la libertad. llevándolo el capítulo respectivo —el segundo de dicho Título— la rubrica: violación de domicilio.

La interpretación que predomina en la doctrina nacional es que este delito ataca a la libertad relacionando este bien jurídico —entendido en una forma amplísima— con el ámbito material de intimidad personal⁽²⁾. Ello sería así porque quien penetra en un domicilio contra la voluntad del morador e invade así el lugar donde el hombre puede dar la más libre expansión y desarrollo a sus pensamientos y sentimientos por medio de la palabra escrita y hablada, pensar, gozar de la íntima soledad o de la compañía de los suyos, vulnera indudablemente la libertad del mismo.

Debe señalarse que alguna vez se ha sostenido que el bien jurídico atacado por el delito de violación de domicilio es la propiedad. Para tesis, en nuestro país, ante la ubicación sistemática de la figura del art. 150 entre los delitos contra la libertad no puede encontrar sustento alguno. Pero tampoco se lo puede sostener de "lege ferenda" ya que, como sostenía Carrara, "con este delito no se ofende una cosa material, sino que se lesiona un derecho inherente a la persona humana, que irradija en el ambiente destinado a su refugio..."⁽³⁾. De hecho quien ingresa a un domicilio ajeno puede tener en mira innumerables designios, incluso cometer un delito contra la propiedad. Pero, en todo caso, debe tenerse presente que se vulnera gravemente la libertad en el sentido señalado por el Maestro Inquis y que trata para clasificar a un delito como vulnerante de ese bien jurídico, ya que se lo ofende positivamente y porque —como aspecto negativo— no se usa a tal violación de la libertad un derecho ulterior⁽⁴⁾.

(1) Mannich, R. *Derecho Penal*, t. I, pág. 238.

(2) Nader, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*, t. V, pág. 67, f. d. 1947.

(3) Carrara, *El curso del Programa de Derecho Criminal* págs. 147-148.

(4) Carrara, *l. op. cit.* párrafo íntegro.

Aimismo, este delito ofende la libertad no solo en cuanto perturba la reserva e intimidad de la propia existencia, sino que también ataca la voluntad del sujeto de decidir la admisión o exclusión de otro en aquel ámbito. En otras palabras se tutela también la posibilidad de disponer quien ingresa o quien no en su casa cuyo menoscabo atenta a su plena libertad. Quien ingresa —por ejemplo— a una casa de negocio abierta contra la voluntad del titular, menoscaba el derecho del mismo —libertad— de elegir quien entra y quien no, sin que interese si además, se ha violado en poco o mucho la intimidad lo que, en el ejemplo dado no parece suceder.

Por ello, siendo tan amplia la fórmula de nuestro Código parecería que no puede restringirse el bien jurídico tutelado únicamente a la intimidad, salvo que esta se entienda de forma tan amplia que incluya el poder de decisión sobre el ingreso.

II) ANTECEDENTES

El Código de 1887 encuadraba el delito de violación de domicilio en el Capítulo cuarto del Título VI —delitos contra las garantías individuales (art. 165), cometiendo el error de clasificarlo no por la esencia del bien jurídico atacado, sino por la categoría jurídica a la que pertenecería ⁽⁵⁾

El texto citado penaba al que "... entre en morada ajena contra la voluntad del morador" y además, al que "... entra subrepticamente en casa ajena ocultándose en ella..." agravando la pena si el hecho se ejecuta con violencia. El art. 166 expresaba que la disposición anterior no se aplicaba cuando se entraba en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hacía para cumplir con un deber de humanidad o prestar un auxilio a la justicia y el art. 167 aclaraba que la primera parte del art. 165 no se aplicaba cuando se trataba de "cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieran abiertas".

El texto actual proviene del proyecto de 1891, que sufre variantes en el Proyecto de 1906 cuyo texto expresa: "Será reprimido... sino resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, o el que encontrándose allí no se retirare, después de recibir éste la intimación de salir". Ese último párrafo desaparece —sin explicación— en el Proyecto de 1917 y así pasa a ser el texto ahora vigente. La única modificación que posteriormente se efectúa, según los textos de las leyes 17,567 y 21,338 se refiere a la forma de ejercicio de la acción penal, ya que, según lo dispone el art. 73 del C. P. reformado la acción si bien seguirá siendo pública es de instancia privada.

III) LUGARES PROTEGIDOS POR LA LEY

El capítulo que engloba al art. 150 conjuntamente con los dos siguientes lleva el título "violación de domicilio". Sin embargo, en el artículo en estudio no se menciona específicamente la palabra domicilio aunque sí se lo hace en el art. 151 que contempla el allanamiento legal de morada.

El artículo que nos ocupa menciona: morada, casa de negocios, sus dependencias, para finalizar con una mención ampliativa: recinto habitado por otro.

(5) La cual puede integrarse con muy distintos delitos de índole diversa.

Es fácil de observar entonces que la noción de domicilio que surge del nombre de capítulo y del "motus iuris" del delito excede en amplitud al concepto civilista, para el cual domicilio solo es el lugar donde tienen las personas establecido el asiento principal de su residencia y sus negocios (art. 89 C.C.). Ya Carrara expresaba que para la ley penal domicilio es "... cualquier lugar que el hombre haya escogido lícitamente para su propia morada..." (64) y "... sin distinción si lo ha escogido para morada continua, o solamente para algunas horas de la noche o para alguna destinación transitoria especial..." En otras palabras como dijera Chantau (65), "la casa del hombre es su castillo ¿Por qué? ¿Porque se halla rodeada por un foso, o defendida por una muralla? Puede bien ser una cabaña de paja, puede el viento alzar alreodores de ella, la lluvia entrar pero el rey nó".

Desde este amplio punto de vista la ley comprende tanto los lugares de permanencia meramente accidental, donde el hombre constituye el ámbito físico de sus actividades —lo que no constituye domicilio a los efectos de la ley civil— como los negocios abiertos al público y —obviamente— los lugares donde se establece la residencia habitual.

Como se ha dicho, el C.P. enumera varios supuestos que analizaremos a continuación.

a) *Morada*: Es la casa o habitación de una persona donde reside con la permanencia necesaria para determinar que efectivamente la "habita". Es el sitio donde habitualmente permanece, aunque no lo haga en forma continua. Cualquier lugar o recinto puede ser morada, bastando que esta esté erigida en forma tal que de manera real y efectiva o simbólicamente se demuestre la intención de vedar el paso a los demás, excluyéndose así a los extraños por precaria que sea la construcción. De tal manera será morada la casa, el departamento, la casa rodante, la cabaña del moedilero, una cueva, etc. —Puede formar parte de una construcción mayor, como la habitación de un portero o sereno de un establecimiento industrial o colegio.

En todo caso es necesario que se pueda decir que el lugar se encuentra habitado, circunstancia que puede concurrir aún en el caso en que, en el momento del ingreso, no haya nadie, ya que por habitada debe entenderse que alguien tenga ese lugar como residencia mas o menos temporaria. En este sentido debe entenderse como morada la casa de fin de semana o de verano, aunque de hecho permanezcan cierto tiempo sin ocupación.

No es necesario que la morada sea única, toda vez que se puede tener varias, ya sea en forma alternativa o sucesivamente.

b) *Casa de negocio*: Es el lugar donde se ejercita cualquier actividad, trabajo u ocupación, sea o no con fin de lucro, pudiendo tener una finalidad artística, científica, profesional, cultural o comercial, como podría ser una escuela de baile, una confitería, un cine, una galería de cuadros, el bufete de un abogado, el estudio de un arquitecto, el consultorio de un médico etc.

Como he dicho, el Código de 1887 excluía expresamente en su articulado la casa de negocio. El Proyecto de 1906 la incluye y en la exposición de motivos decía: "El capítulo segundo de este Título se ocupa de la violación de domicilio, y en él nos pronunciamos expresamente sobre la cuestión que discute la doctrina, respecto de la que se contiene el domicilio... con relación a la primera, consideramos que el delito existe cuando se entra en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias, o en el recinto habitado por otro..." (66)

(64) Carrara, F. op. cit. párrafo 1456.

(65) Laloué, Les Criminelles de la Grand Bretagne T. I. pág. 103.

(66) Código Penal, 3ª edición Oficial pág. 382.

Tanto Rodolfo Moreno como Díaz pensaban que la inclusión del concepto de casa de negocio en el art. 150 del C.P. no importa modificación sustancial a lo legislado en el Código anterior, entendiendo que la prohibición de la norma precitada se aplica cuando dichas casas se encuentran cerradas y en las mismas quedan sus dueños, encargados o familia (Moreno) o que se limita a la parte del local excluida al público (Díaz), cosa que ya se consideraba delito por la jurisprudencia durante la vigencia del Código de 1887 (9).

La doctrina más reciente entiende que la mención de casa de negocios comprende tanto la que está abierta al público como la que se encuentra cerrada, pero que dicho agregado tiene sustancial importancia en el tema referente a la persuasión de admisión o exclusión, como lo veremos luego.

c) *Dependencia*: Son aquellos lugares que, sin formar parte principal de la morada, se complementan con aquella formando un todo, habiéndose considerado tal los patios, los lavaderos, garages, sótanos, etc. De todas maneras, debe considerarse como violación de domicilio la acción en la que se puede decir que el sujeto pasivo ingresa —entra— en un lugar (10), para lo cual deben presentar algunos signos que permitan exteriorizar la voluntad del morador de excluir a un tercero. Así, un jardín que no se encuentre acotado aunque solo sea por un cerco simbólico, no es dependencia a los efectos de esta norma.

Respecto de los techos debe tenerse en cuenta si los mismos son o no accesibles siendo en el primer caso indudablemente dependencias (terrazas) encontrándose discutido este carácter en el segundo caso, ya que se ha dicho que siendo inaccesibles no constituyen sino un mero cerramiento al igual que los muros.

Se ha planteado también una cuestión respecto del ingreso sin autorización en los pasillos y entradas de las casas de departamentos. Sin embargo no cabe ninguna duda que aquellas constituyen dependencias debiendo considerarse este problema desde el punto de vista del derecho de admisión o exclusión. Allí remitimos.

d) *Recinto habitado por otro*: Todos los autores están de acuerdo en que esta expresión complementa las anteriores hasta hacer comprender todo lo no previsto. Esta generalización tiene también el sentido de atrapar dentro del concepto a todos aquellos recintos que forman parte de un grupo habitacional mayor (cuarto de hotel, camarote de tren o barco, etc.).

IV) LA ACCION TIPICA

La conducta descrita por el verbo típico es "entrar". Ello significa pasar de afuera a adentro, quedando consumada la acción cuando se pasa la totalidad del cuerpo.

De ello se sigue que no es suficiente pasar un brazo o aún la cabeza o utilizar un aparato mecánico (caña de pescar etc.) sin perjuicio de lo que diremos acerca de la tentativa.

Estar no es lo mismo que quedarse o permanecer contra la voluntad del titular del derecho de exclusión. Por ello no comete este delito quien ingresa con autorización y luego se niega a retirarse cuando es expulsado. Si bien esta conducta es delictiva y —de "lege ferenda"— merece ser castigada, tal como se encuentra redactada la ley y surge de los antecedentes la misma es atípica.

(9) Moreno, R. El Código Penal y sus antecedentes, T. V, pág. 12; Díaz, F.; El Código Penal de la República, pág. 171.

(10) Soler, S. Derecho Penal Argentino, T. IV, pág. 81. *Idem*, Edición.

Recordemos que el Código de 1887 y los Proyectos de 1891 y 1906 incriminaban expresamente la conducta de quien se negaba a retirarse cuando le era exigido por el titular de la morada. La exposición de motivos del Proyecto citado en último término señalaba que "... comete el mismo delito, el que encontrándose en domicilio ajeno, no se retira después de recibir la intimación de salir. Esto constituye un complemento forzoso de la inviolabilidad de domicilio" (11).

Como sabemos, este agregado desaparece sin explicación en el Proyecto de 1917, pasando así a la ley actual. Por ello y ya que la ley anterior prevía expresamente el caso y el mismo no se pena en la actualidad y que el verbo empleado —núcleo del tipo— es "entrar", pienso que no puede pensarse a quien, habiendo ingresado legítimamente, se niega a retirarse al ser expulsado. Claro está que quien usa de un engaño para lograr el ingreso a un lugar, a sabiendas que si el dueño conociera los verdaderos motivos del ingreso lo prohibiría, comete delito si descubiertos estos es expulsado y se niega a retirarse.

Asimismo, comete este delito quien autorizado a entrar a una parte de la casa, ingresa sin autorización a las habitaciones interiores de la finca.

La norma solo menciona la acción típica y no establece ningún medio comisivo típico, como podría ser la clandestinidad, la violencia o intimidación.

V) LA VOLUNTAD DE EXCLUSIÓN

El código establece que se comete delito cuando se ingresa "contra la voluntad expresa o presunta de quien tenía derecho a excluir".

Para establecer la existencia de la voluntad de exclusión debe tenerse principalmente en cuenta la situación de hecho, la relación entre las partes y el carácter del lugar donde se ingresa.

En este último sentido debe distinguirse si se trata de un domicilio privado o casa de negocios.

En este primer supuesto, la voluntad de exclusión normalmente se presume cuando el autor es un extraño, o no siéndolo media enemistad o un fin ilícito o inhumano.

Ahora, volviendo al tema de las casas de departamentos, pienso que en las horas en que la puerta principal permanecen cerradas al público o con acceso restringido, debe presumirse la exclusión y cometerá delito quien ingrese sin autorización expresa de algún morador o del portero del edificio.

La voluntad debe ser expresa o presunta, no siendo necesario en el primer caso que sea vertida en forma oral. Bastando signos o una señal, cartel o cualquier otra forma inequívoca. Tampoco se requiere que tenga destinatario expreso, bastando una advertencia generalizada.

En lo que atañe a las casas de negocios, al estar incluidas las abiertas al público y las que no lo están, debe distinguirse que efecto tendrá ello respecto de la presunción de exclusión.

En las casas de negocios habitualmente abiertas al público (bares, confiterías, cines, etc.) la voluntad de admisión se presume. Pero esa presunción cede lógicamente en honorias en que dichas casas están cerradas o —estando abiertas— en los lugares no habitualmente destinados a que ingrese público, tal como la trastienda, la cabina de proyección del cine etc.

(11) Código Penal Edición Oficial, pag. 282.

Por otro lado, se debe presumir la exclusión, aún en el caso de negocios abiertos y atos permitidos, cuando se ingresa con un fin inmoral o ilícito.

En las casas de negocios no habitualmente abiertas a un número indeterminado de personas, como el bufete de abogado o consultorio médico, la voluntad de exclusión debe presumirse.

En todo caso, el que duda si será o no admitido y no obstante ingresa, lo hace a su riesgo, y por ende podrá cometer delito.

VI) SUJETO ACTIVO

Puede ser cualquiera, aún el dueño o copropietario del lugar respecto a los moradores, ya que como hemos dicho no se protege aquí el derecho de propiedad sino la libertad de decisión acerca del ingreso al inmueble por quien tiene derecho a excluir.

Respecto a los cónyuges, el divorciado comete violación de domicilio respecto de su ex-cónyuge ya que también no hay obligación de vivienda o nace cesar de hogar conyugal (art. 72 L.M.C.).

En cuanto al separado, si se trata de la mujer que repasa al hogar conyugal, entiendo que no hay delito pues esa es su obligación (art. 53 L.M.C.). Habrá sin embargo delito cuando media una exclusión de hogar dispuesta judicialmente. El marido cometerá violación de domicilio si ingresa en la casa de la mujer si se encuentra separado sin voluntad de unirse de larga data.

VII) SUJETO PASIVO

Es el titular del derecho de exclusión que será el morador a cualquier título que ocupe el lugar, ya sea dueño, inquilino, usufructuario, servidor de la posesión, etc.

Cuando varias personas moran en lugar se suele distinguir entre convivencia jerarquizada y el caso en que todos los ocupantes gozan de similar derecho. En el primer supuesto, podemos decir que el titular ejerce exclusivamente tal derecho, así —por ejemplo— el padre de familia, sin perjuicio que los demás ocupantes ejerzan en su ausencia y en su representación el derecho de admisión o exclusión. En caso de dimesio primará la voluntad del titular y por ello quien entra autorizado por el hijo o la hija contra la voluntad expresa o presunta del padre comete violación de domicilio.

En los casos en que se trate de varias personas con similares derechos de exclusión se ha reconocido que en caso de divergencia primará el derecho de exclusión⁽¹¹⁾ sin que esta opinión resulte pacífica ya que se ha dicho también⁽¹²⁾ que cuando los titulares son dos o más y varios permiten la entrada y uno se opone no habrá delito para quien ingresa y en cambio sí se cometerá delito si una sola se opone y las demás callan. —Consideramos más atinada la primera solución ya que ante derechos iguales, se vulnera más el bien jurídico tutelado admitiendo a quien uno de los titulares se opone, que excluyendo a quien se quiere hacer ingresar contra una voluntad expresa.

En las casas de negocios tendrá el derecho de admisión el propietario, el factor, gerente y dependientes por orden de jerarquía.

(11) Soler S. op. cit. T. IV, pág. 85.

(12) Breglia Arias, El Delito de Violación de domicilio, Depalma, 1968, pág. 48.

VIII) LA SUBSIDIARIEDAD

El Código establece que la pena por este delito se aplicará "... si resultare otro delito más averadamente penado".

Al respecto existen dos posiciones doctrinarias y jurisprudenciales enfrentadas.

Unos entienden que, cuando se comete violación de domicilio y además este delito ha sido medio para la comisión de otro con pena mayor, ya sea un robo, una violación o un abuso deshonesto, se autoexcluye la figura normada en el art. 150 del C.P.

Otros autores opinan que la autoexclusión aludida sólo funciona cuando -y a estar a las palabras de la ley- el delito más grave resulte de la misma violación de domicilio como por ejemplo en el hurto calificado por escalamiento hecho en el que se está presuponiendo un ingreso a un lugar.

Esta última tesis se funda en que, de no interpretarse así la ley se daría el contraentido que, cuando el delito que se comete tiene pena igual o menor y no es un presupuesto necesario de la violación de domicilio quedaría excluida la aplicación de la pena de este último delito dando lugar a situaciones injustas ya que tendría igual resultado ingresar a un domicilio para injuriar (art. 150 más 110 es decir dos años más un año; tres años de prisión) que hacerlo para calumniar (sóla aplicación del art. 100 por autoexclusión del art. 150 del C.P.). Para esta última posición, dado que no resulta de la violación de domicilio ni la injuria ni la calumnia, deberán concurrir siempre¹⁴⁴ y en el supuesto de la calumnia la pena se elevará a cuatro años de prisión.

IX) CULPABILIDAD

Se trata de un delito doloso, no exigiéndose ningún propósito especial o intención determinada, es decir que bastará saber que se entra en morada ajena contra la voluntad del titular de quien tiene derecho a excluirla. El error sobre este aspecto excluye la aplicación de la figura que exige que se conozca la voluntad en contra del dueño. Ya hemos dicho que, en caso de duda se cometerá delito.

X) TENTATIVA

Es perfectamente concebible la tentativa de este delito, la que puede darse cuando el sujeto es sorprendido en momentos en que intenta ingresar al lugar sin haberse introducido totalmente.

XI) ACCIÓN

La ley 21.338, al igual que la 17.567 establece que el delito de violación de domicilio es de instancia privada (art. 72 C.P.) es decir que será de acción pública pero sujeta a la condición de procedibilidad de la denuncia del titular de la morada. En este caso, sólo tiene derecho a instar la acción el titular de la morada, no pudiendo hacerlo los otros moradores situados en rango jerárquico inferior. En caso de ser varios los moradores con iguales derechos, cualquiera de ellos puede instar la acción.

¹⁴⁴ Mañes, Ricardo C. op. cit. T. V pag. 44; Sater, S. op. cit. T. IV pag. 90.