

**ACUERDO Nro. 1 /2018.** En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, al primer día del mes de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI** y el **Dr. OSCAR E. MASSEI**, junto al señor Presidente del Cuerpo, **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, con la intervención del titular de la Secretaría Penal, Dr. Andrés C. Triemstra, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"GORORDO, JUAN ALBERTO; GONZÁLEZ, ORLANDO HORACIO; ROSALES, DIEGO MARTÍN S/ TENENCIA DE ARMAS DE USO CIVIL, FABRICACIÓN O TENENCIA DE MATERIALES EXPLOSIVOS"** (Legajo MPFNQ 96449/2017).

**ANTECEDENTES:** **I.-** El Juez de Garantías, Dr. Lucas P. Yancarelli, mediante resolución oral de fecha 19 de septiembre del corriente año, rechazó el planteo preliminar de nulidad formulado por la defensa en torno al modo en que se produjo el ingreso al predio rural ocupado por los imputados Juan Alberto Gorordo, Orlando Horacio González y Diego Martín Rosales. Asimismo, tuvo por formulados los cargos contra los antedichos en orden al hecho que calificó provisoriamente como tenencia de armas de uso civil, en los términos del artículo 189 bis, inc. 1° del Código Penal (fs. 1/2).

**II.-** Contra dicha decisión, los defensores Oficiales Julián Berger -en representación de los imputados Gorordo y González- y Fernando Diez -por la asistencia de Rosales- interpusieron impugnación ordinaria (cfr. fs. 3/5 vta.).

El Tribunal de Impugnación (constituido en la oportunidad por los Dres. Andrés Repetto, Federico Sommer y Héctor Rimaro), resolvió:

"...revocar la decisión adoptada por el Juez de Garantías, Dr. Lucas Yancarelli, en el presente caso, y declarar la nulidad de todos los secuestros que hubieran sido efectuados por la Policía de la Provincia del Neuquén en el marco del procedimiento que se llevara a cabo en el presente caso por orden de la fiscalía (art. 98 del CP), no pudiendo los mismos ser utilizados como prueba de cargo en contra de los imputados en ninguna de las etapas del proceso..." (cfr. fs. 6/8).

Contra este último fallo, el Ministerio Público Fiscal articuló el Control Extraordinario que concita la atención de esta Sala (cfr. fs. 11/46).

La parte impugnante, representada por los Dres. José Gerez y Pablo Vignaroli, sostiene -bajo el segundo carril del artículo 248 inc. 2° del Código Adjetivo- la existencia de un caso que amerita la intervención del Máximo Tribunal Nacional.

Previo al desarrollo de esta tesis, expuso las razones por las cuales ese Ministerio ostentaría la capacidad de impugnar un pronunciamiento como el que censura.

En ese marco, trajo a colación múltiples citas de los precedentes "Strada" y "Di Mascio" (C.S.J.N., Fallos 308:490 y 311:2478), agregando que incluso con anterioridad a tales precedentes la Corte Suprema ha sido constante en sostener que cuando se invoca una cuestión federal ni las Legislaturas provinciales ni la jurisprudencia de sus tribunales pueden vedar el acceso a las vías impugnatorias locales por el monto de la condena.

En definitiva, estiman que cuando existe una cuestión federal como la que anida en este legajo se puede ocurrir por vía de recurso ante la máxima instancia, con

prescindencia de la parte que lo propone. Máxime cuando en este caso -dicen- la arbitrariedad es manifiesta por verificarse un exceso de jurisdicción y una arbitraria interpretación de las normas procesales aplicables en total desapego a las circunstancias comprobadas de la causa.

Luego de efectuar una descripción pormenorizada de los antecedentes que estimaron de interés, explicaron las razones por las cuales el fallo apelado poseería evidentes vicios que lo invalidarían como acto jurisdiccional; los que, en prieta síntesis, se enuncian a continuación:

1) Afirman que el Tribunal de Impugnación receptó formalmente el recurso de la defensa al equiparar lo decidido por el Juez de Garantías a un *auto procesal importante*, pero no porque a ese momento estuvieran dadas las condiciones para esa equivalencia, sino por lo que esa misma Alzada iba a resolver a posteriori; lo que ha significado invertir el orden argumentativo y asumir formalmente la competencia de un recurso que, hasta ese momento, no tenía los contornos para su viabilidad formal.

En complemento de este mismo agravio sostienen que esa admisión formal realizada por el tribunal *a-quo* contraviene una doctrina de esta Sala plasmada en la Resolución n° 130/15 (en autos caratulados "Gustavo L. vitale s/ Recurso de Queja e/A 'Briones Sánchez, José Miguel s/ Lesiones Culposas agravadas").

2) Expresan que el Tribunal de Impugnación no analizó la corrección jurídica de los argumentos que expuso el Juez de Garantías, sino que fijó su propia visión del asunto, desconociendo que la decisión del juez de grado que validó el ingreso a la finca tenía ajuste a una interpretación posible de las normas bajo las cuales resolvió la *litis*.

Estiman entonces que, también desde el punto de mira de las atribuciones inherentes al órgano revisor, hubo un exceso jurisdiccional con menoscabo a los derechos y garantías de la parte acusadora.

3) Interpretan como arbitrarias las valoraciones del tribunal de impugnación en torno al alcance del domicilio. En pos de fundar tal aserto, expresan que el lugar en donde se hallaron las armas de fuego no era una morada protegida por la garantía de inviolabilidad del domicilio y que las afirmaciones dadas en tal sentido desconocieron el *cuadro completo*.

Esto último lo dicen porque el concepto de domicilio se encontraría vinculado al lugar de habitación o morada *bajo un título legítimo*, lo que no ampara a quienes ocupan ese sitio de manera ilegal (trayendo a colación para este aserto jurisprudencia comparada).

Añaden que la presunción de ilegitimidad atinente a esa ocupación temporal fue valorada de esa forma por el juez de garantías al emitir la primigenia orden de allanamiento, y no por ponderaciones propias y prematuras del Ministerio Fiscal como erróneamente interpretó el órgano revisor.

Estiman que no resulta razonable que los Jueces de Impugnación, conociendo que había mediado una anterior orden judicial de desalojo, afirmen dogmáticamente que la fiscalía había procedido de manera anticipada y sin pruebas suficientes.

A lo anterior se sumaría que ninguno de los tres imputados informó como domicilio propio el sitio donde se hizo el registro, ni durante el procedimiento policial ni en la audiencia de formulación de cargos.

Agregan que el sitio en cuestión se trataba de un espacio abierto, sin cerramientos (sin paredes, sin puertas, sin ventanas), lo que lo excluye como un sitio donde pueda pensarse razonablemente que allí pueda resguardarse la intimidad de las personas y la consecuente expectativa de exclusión.

4) Expresan finalmente que el tribunal de impugnación omitió circunstancias conducentes para la resolución del caso, refiriendo concretamente que una vez que los agentes policiales se acercaron al alero que servía de guardia, acompañados por los testigos, pudieron observar fuera del mismo una gran cantidad de botellas con bombas de tipo "Molotov" y dos armas largas. Destacan también que dentro de ese alero percibieron una especie de "carpa", dentro de la cual era esperable inferir que hubiera personas armadas dispuestas a resistir por la fuerza la orden de desalojo, en tanto ya lo habían hecho previamente.

Frente a este cuadro de situación, no resultan razonables los fundamentos del Tribunal de Impugnación en cuanto sugería, como única alternativa válida para el procedimiento de registro, que el personal policial se quedara aguardando el dictado de una nueva orden judicial.

**III.-** En fecha 24 de noviembre del año en curso se llevó a cabo la audiencia de mejora y refutación de argumentos, a la cual asistieron todas las partes legitimadas.

En representación del Ministerio Público Fiscal concurrió el señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli, quien desarrolló los agravios de un modo coincidente al escrito de formalización.

Dichas censuras fueron refutadas, a su turno, por los letrados defensores.

El Dr. Julián Berger (Defensor Oficial que asiste a los imputados Juan Alberto Gorordo y Orlando Horacio González) postuló la inadmisibilidad del recurso intentado por la Fiscalía al entender que si bien la decisión cuestionada podía ser equiparable a definitiva, en términos prácticos equivale a un sobreseimiento, por lo que le cabe a ese Ministerio Público las limitaciones objetivas del artículo 241 inc. 1° del C.P.P.N., pues la pena para el delito no supera los seis años de prisión.

Por lo demás, el concepto de "auto procesal importante" traído a colación por la Fiscalía en aras a justificar su arribo a esta Sala no podría tener cabida conforme a la doctrina sentada por este Tribunal Superior en los precedentes "Barreiro" y "Luchino", en tanto ese concepto es susceptible de ser invocado sólo por el imputado y no por la parte que acusa.

Subsidiariamente, objetó una a una las críticas deslizadas en el recurso de la Fiscalía.

En primer lugar, expresó que habiendo flagrantes violaciones a las garantías de las personas no es necesario esperar hasta la etapa del control de acusación.

Agrega en este punto que no hay normativa específica que señale en qué momento debe introducirse el planteo de nulidad y que los artículos que regulan la actividad procesal defectuosa están ubicados con anterioridad a todo el articulado que regula el ejercicio de la acción penal. Por ende, estima que la alegada extemporaneidad del pronunciamiento del Tribunal de Impugnación debería rechazarse de plano.

En torno a la segunda crítica formulada, expresó que se trata de una mera disconformidad con la postura del Tribunal de Impugnación ante una decisión posible del caso.

En lo que hace al restante tramo de la impugnación (la justificación del registro sin orden judicial por ser un predio rural y verificarse una situación de flagrancia), explica que lo aducido por la Fiscalía resulta contradictorio con lo que argumentó ante el Tribunal de Impugnación.

Esto se explica en que, ante ese órgano de Alzada había indicado que no era necesaria la orden por resultar un predio rural. Pero después dijo que para este segundo intento de desalojo no se pidió la orden porque tenían conocimiento que no habría ocupantes en el inmueble.

Observa también que existe una disconformidad subjetiva de la Fiscalía con la teoría jurídica plasmada por el Tribunal de Impugnación en cuanto al concepto de "morada" y su ajuste al caso de autos, lo cual, por ser una materia de hecho y de derecho común, quedaría extramuros del caso federal que propone por la vía del remedio extraordinario local.

Por último, en torno a la situación de urgencia por la que cabía prescindir de la orden (con invocación del artículo 146 del C.P.P.N.), expresa que el agravio nunca había sido formulado en esos términos en las etapas anteriores; es decir, ni al momento de la decisión del juez de garantías ni ante los magistrados que conformaron el Tribunal de Impugnación, lo que también conllevaría al rechazo de esta cuestión.

Finalmente, tomó la palabra del Dr. Mariano Mansilla (letrado particular que asiste actualmente al imputado

Diego Martín Rosales), quien adhirió a los fundamentos expresados por el señor Defensor Oficial que lo precedió en el uso de la palabra.

Agregó que la Constitución Provincial exige la necesidad de una orden judicial en protección al derecho a la intimidad y que por ello el Tribunal de Impugnación falló correctamente al establecer que era necesaria la orden de un juez para ingresar al predio.

Si bien en una primera oportunidad no se pudo concretar esa manda porque se encontraron con la presencia de una comunidad mapuche, en esta segunda ocasión lo hicieron sin ese sustento legal. Y lo hicieron así porque sabían que ningún juez iba a otorgar nuevamente una orden conociendo que estaban frente a una comunidad originaria.

Agrega finalmente que con respecto a las armas de fuego, es común que los crianceros de campo las tengan para defenderse; lo que se describe como "bombas Molotov" eran en realidad faroles de campo hechos con botellas y que esa comunidad nunca tuvo actitudes violentas en los más de doscientos años que viven en la zona.

**IV.-** Culminadas las alegaciones, los titulares de la Sala Penal pasaron a deliberar en sesión secreta, constatándose la ausencia de opiniones plenamente coincidentes en algunos de los temas a decidir, por lo cual se convocó al señor Presidente del Cuerpo, Dr. Alfredo Elosú Larumbe; quien previo a terciar en el marco de la deliberación tuvo acceso pleno al contenido de las audiencias y demás constancias del legajo (art. 4°, 1° párrafo, segunda oración, del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia [Acuerdo 4464,



punto XIII, modificado por Acuerdos n° 4473, punto XXXX y 4877, punto 8°).

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: el Dr. Oscar E. Massei, la Dra. María Soledad Gennari y el Dr. Alfredo Elosú Larumbe.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

**CUESTIONES:** 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?; 4°) Costas.

**VOTACIÓN:** A la primera cuestión, el **Dr. OSCAR E. MASSEI**, dijo: el escrito bajo el cual se formaliza el presente recurso de control extraordinario está deducido en término (cfr. acta de fs. 6/8 y cargo de recepción de fs. 46) y quien lo articuló es parte legitimada en el proceso.

Lo resuelto puede ser equiparable, además, a una "sentencia definitiva" por su imposible o tardía reparación ulterior.

No obstante, el acudimiento a esta instancia extraordinaria requiere, de modo complementario, que se esté ante alguna de las tres hipótesis taxativamente enumeradas en el artículo 248 del Código Adjetivo. De no ajustarse a esos andariveles recursivos, dicha apelación extraordinaria deviene inadmisibile (cfr. R.I. n° 79/2017, "E., V. E. s/ lesiones...", rto. el 16/5/2017, leg. 35449/2015).

En este caso, el Ministerio Fiscal afirmó que su recurso se encuentra amparado en la segunda de las causales allí establecidas (es decir "...En los supuestos que

*correspondiere la interposición del recurso extraordinario federal*"). Y dentro de esta hipótesis de procedencia, incardinó su presentación en el restringido subgrupo de la "arbitrariedad de sentencia".

Esa última conceptualización de la Fiscalía en torno al fallo del tribunal *a-quo* es la que no acompaño por diversas circunstancias que expresaré en párrafos sucesivos, situación que sella la suerte del recurso desde este plano formal.

Pero previo al análisis de este aspecto medular, me permito recordar los términos en los cuales quedó trabada la *litis*.

Veamos: la Defensa planteó oportunamente la nulidad del registro de un predio rural sito en la localidad de Añelo bajo tres tipos de argumentos: a) la inexistencia de una orden de registro legalmente expedida por un magistrado; b) la infracción a la ley 26.160, por resultar las personas imputadas pertenecientes a una comunidad mapuche; y c) la inconstitucionalidad del artículo 144, in fine, del Código Adjetivo; en cuanto permite el registro domiciliario de un predio rural sin orden judicial.

El Tribunal de Impugnación, bajo fundamentos que no fueron contravenidos por las partes, resolvió no expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad del artículo 144 del C.P.P.N. en virtud de no haber sido alegado de un modo tempestivo. Tampoco sobre la alegada infracción a la ley 26.160, no sólo por no constarles a dichos magistrados la pertenencia de los imputados a una comunidad de origen mapuche, sino porque esa cuestión era irrelevante para la solución del caso.

El voto ponente (que llevó la adhesión de los restantes magistrados de impugnación) expresó sobre esto último lo que sigue:

*"...Consideramos que no corresponde que nos expidamos respecto de la validez o no del allanamiento efectuado en función de la alegada violación de la ley 26.160, toda vez que ello en realidad tendría vinculación con lo que se investiga en una causa paralela a la presente [...] Este tribunal revisor no cuenta con la información necesaria para decidir si los imputados forman o no parte de una comunidad mapuche, si como tales tienen o no derechos ancestrales sobre las tierras que se afirma habrían usurpado, y por otra parte nada de ello tiene relación con la validez o no de los secuestros efectuados en la presente investigación por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego [...] En razón de todo ello no corresponde que nos expidamos respecto de esta cuestión planteada por la defensa..."* (cfr. fs. 7).

Al ser ello de esta forma, la cuestión recurrida en nada se emparenta con las premisas sustentadas por uno de los letrados defensores (el Dr. Mansilla), quien pretendió extender esta diatriba al terreno de una supuesta afectación de derechos de una comunidad originaria, de sus costumbres, de su estilo de vida, etc.; aspectos que -como se dijo- son totalmente ajenos a los abordados en las instancias anteriores.

En concreto, la única materia de análisis se ciñó a *"...la validez o invalidez de los secuestros efectuados por la policía en el marco del procedimiento que llevaran a cabo en las presentes actuaciones por disposición de la fiscalía..."* (cfr., nuevamente, fs. 7); sobre este ítem se

erigen las críticas de la Fiscalía y consecuentemente, este es el campo de análisis asignado a esta instancia revisora (art. 229 del C.P.P.N.).

Fijado entonces el verdadero marco sobre el cual anida la decisión y analizados los fundamentos que nutren la sentencia apelada conforme a las críticas del recurso, corresponde, de mi parte, las siguientes reflexiones.

Por obvias razones de transitividad, este recurso extraordinario local será procedente si existe un caso federal que justifique *prima facie* la intervención del Máximo Tribunal Nacional (cfr. R.I. n° 89/2016, rto. el 01/7/2016; Ac. 10/2016, rto. el 09/08/2016 y Ac. 05/2016, rto. el 23/05/2016, entre muchos otros).

Ahora bien: nuestro Címero Tribunal Nacional fijó como regla que este tipo de cuestiones no genera, por regla, un caso federal.

"...Ello así, pues el art. 18 de la Constitución Nacional remite a lo que 'una ley determinará en punto a los casos y justificativos del allanamiento domiciliario, lo cual implica que es propio de la legislación local y común, no sólo lo atinente a aquellos casos y justificativos, sino también lo vinculado a las consecuencias jurídicas de un allanamiento ilegítimo. Así pues, la cuestión sometida por el apelante, tocante a la validez o invalidez del acta mencionada, se traduce en un tema de derecho común y procesal, cuyo tratamiento, dada su índole, no puede ser asumido por esta instancia extraordinaria, salvo el supuesto excepcional de la arbitrariedad" (C.S.J.N., Fallos 301:676, con cita de Fallos 275:45; 276:61 y 277:144; doctrina a su vez reafirmada en Fallos 305:1727).

El apelante propone una excepción a esa regla general con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, por lo que deviene imprescindible comprobar si la nulidad declarada por el Tribunal de Impugnación lo ha sido en transgresión a los cánones de fundamentación exigibles a todo fallo judicial.

En pos de justificar esa premisa, el recurso trae diversas citas jurisprudenciales de la Corte que, desde su perspectiva, afianzaría su tesis.

Sin embargo, entiendo que ninguna de ellas posee vínculo alguno con el caso que ha sido puesto a consideración de esta Sala.

El recurso trajo a colación, en primer lugar, los fallos "Strada" (308:490) y Di Mascio" (301:2478), conjugándolos con la doctrina bajo la cual, cuando se encuentre planteada una cuestión federal, el recurso no puede ser excluido por limitaciones de fuente local.

Pero como ya se señaló "ut supra" (con invocación de los precedentes "Gullo" [301:676] e Ibareuren [305:1727]) no hay cuestión federal en las decisiones que juzgan sobre la validez o invalidez de allanamientos, porque remite a cuestiones procesales y de derecho común. Máxime cuando, como en este caso, la decisión recurrida lo ha sido a favor del derecho federal que garantiza la inviolabilidad del domicilio (art. 14, Ley 48).

Sobre esto último, la más peraltada doctrina enseña que "...es menester [...] que la cuestión federal haya sido resuelta en forma contraria al derecho federal invocado. El art. 14 de la ley de jurisdicción y competencia del año 63 ha sido tomado de la ley americana de 24 de setiembre de 1789, *Judiciary Act.*, Sección 25, Cap. 50 (Sección 709,

Revised Statutes), y tanto la jurisprudencia nacional, como la de aquel país, han reconocido que la procedencia de ese recurso extraordinario exige: primero, que se haya debatido en el pleito una cuestión federal; segundo, que la decisión haya sido contraria al derecho fundado en la Constitución, tratado o ley nacional invocados'..." (cfr. Esteban Imaz y Ricardo Rey, "El Recurso Extraordinario", 2° edición actualizada por los Dres. Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, ed. Nerva, Bs. As., pág. 190).

Insiste dicho Ministerio Público en la procedencia del remedio federal para los casos de arbitrariedad. Y si bien abona este concepto con múltiples citas de fallos, esa transliteración ha sido de manera abstracta y sin apego a la hipótesis que aquí se plantea.

Evocan, por ejemplo, como fundamento para la apertura del recurso, el criterio adoptado por la Corte en su doctrina de Fallos 321:510 (respecto a que, en la medida en que los agravios están directamente relacionados con el alcance que quepa atribuir a la garantía de la inviolabilidad de domicilio hay cuestión federal suficiente); pero soslaya que en el caso tomado como cotejo, lo que estaba en tela de juicio era el grado de fundamentación del magistrado que emitió la orden de allanamiento, mientras que aquí ha faltado lisa y llanamente la orden judicial. Y esta notoria diferencia fáctica impide proponer, de manera fundada, alguna equivalencia entre ambos supuestos.

Pero incluso, si se observa con atención, la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema que suscribieron el fallo referenciado en el recurso, lo hicieron con base en verificar la hipótesis de arbitrariedad por un exceso de

rigor formal (cfr. votos de los Dres. Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano y Guillermo A. F. Lopez; Considerando n° 6°). Por lo que nuevamente se refuerza el concepto de la improcedencia de la vía utilizada para esta temática, quedando sí de manera subsistente la posibilidad de apertura en aquellos casos cuyas particularidades constituyan una excepción, con fundamento en la doctrina de la sentencia arbitraria.

Con ese rumbo se dirigió la Fiscalía, proponiendo en el documento recursivo cuatro motivos de agravio, explicitados con amplitud en la audiencia celebrada ante esta Sala el pasado 24 de noviembre.

Sin embargo, a mi modo de ver, ninguno de ellos es apto para poner en crisis lo decidido.

El primer cuestionamiento se cifra en una supuesta actividad irregular de la Alzada, al receptor formalmente el recurso de impugnación sin fundamento legal. Esto lo afirma porque habría antepuesto la cuestión sustancial al análisis preliminar de su admisión.

Tal objeción debe rechazarse de plano.

El tribunal de impugnación admitió la apelación ordinaria de la defensa por estimar que lo decidido constituía un auto procesal importante con aptitud para repercutir negativamente en el derecho constitucional que protege la inviolabilidad de domicilio amparada en la Constitución Nacional y en nuestra Carta Magna local.

La observancia de esa nulidad y su declaración está lejos de un exceso de jurisdicción como el que aduce la Fiscalía, pues es reiterada la jurisprudencia de nuestra Corte respecto a que *"...constituye un requisito previo emanado de la función jurisdiccional el control -aún de*

*oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la existencia de un vicio capaz de provocar la nulidad absoluta del fallo no podría ser confirmado por sentencias ulteriores..."* (C.S.J.N., Fallos 312:1580; 325:2019 y 338:474, entre otros).

En este sentido, cabe recordar que esta Sala Penal, en total apego a la doctrina precedente, ha declarado de manera oficiosa diversas nulidades de tipo absoluto, anteponiendo esa ponderación a cualquier estudio formal y sustancial del asunto, sin que ello le reste validez a la decisión (entre los más recientes, cfr. R.I. n° 35/2017 "J., R. d. C. s/ Homicidio doloso simple", rto. el 17/03/2017; R.I. n° 76/2017 "D., F. s/ Abuso Sexual agravado", rto. el 16/05/2017 y R.I. n° 158/2017 "L., S.L. s/ Homicidio Culposo", rto. el 03/11/2017). Entonces, con mayor razón podía hacerlo el tribunal de impugnación, ya no de oficio, sino luego de escuchar a todas las partes intervinientes sobre ese punto crucial.

La segunda crítica -se recuerda- también reposó en un supuesto vicio de actividad del órgano revisor por no efectuar una real labor de contralor de la decisión jurisdiccional del magistrado de garantías. Esto lo dicen porque sin poner en crisis su argumentaciones o resaltar defectos inherentes a su fundamento, revocaron el decisorio por tener un criterio o pensamiento diferente al del *a-quo*, lo que también se traduciría en un exceso de jurisdicción.

Esta censura tampoco la entiendo apta para que constituya un caso ante la Corte Suprema de Justicia.

El tenor de la crítica, emparentada de alguna forma con el vicio de la *incongruencia omisiva*, "...encuentra su



*matiz en la condición de que dicho silencio no pueda interpretarse, razonablemente, como una desestimación tácita o implícita del planteo, lo que sucede cuando los argumentos de la resolución dictada en la instancia son plenamente incompatibles con la cuestión introducida..."* (cfr. Acuerdos n° 44/2009, "Gurerra...", rto. el 4/09/2009 y 46/2010, "Del Castillo...", rto. el 3/11/2010; Ac. 7/2012 "Sepúlveda Aedo...", rto. el 27/03/2012, entre otros).

Para decirlo en palabras de nuestro Címero Tribunal Nacional: *"...es improcedente el recurso extraordinario fundado en que la sentencia omitió tratar un argumento, si éste puede entenderse implícitamente desechado al quedar desplazado por la opción del juzgador de aplicar otro ordenamiento legal, opción que no se demuestra que sea arbitraria..."* (C.S.J.N., Fallos 301:1217 [sobre otras decisiones implícitas, cfr. Fallos 307:94 y 205]).

Esta última circunstancia es la que se verifica en el *sub lite*, pues las fundadas explicaciones dadas por el tribunal de impugnación -conforme a las cuales concluyó que el sitio donde se encontraban los imputados constituía el concepto amplio de domicilio amparado por el artículo 67 de la Constitución Provincial y generaba pues la necesidad de una orden judicial para su avasallamiento-, desechan sin más los argumentos del juez de garantías en cuanto le asignaba una noción muchísimo más acotada.

El tercer argumento del apelante tendió a poner en crisis la arbitrariedad de este último aspecto en el plano fáctico.

Interpreta que *"...El Tribunal de Impugnación, desatendiéndose de su función de decidir en el caso concreto, trató de desarrollar reglas generales sobre el*

*concepto de morada...[soslayando que]...La ocupación no era legítima; allí no se desarrollaba la vida privada de esas personas, sino que tenía como finalidad guarecer al ocasional/es guardián/es durante las vigiliass para mantener el despojo; se trataba además de un lugar abierto sin signos que pusieran de manifiesto una voluntad de exclusión, como lo sería algún tipo de cerramiento..."*.

En este tópico, el argumento del Ministerio Público Fiscal trasunta en una mera disconformidad con el alcance del término "morada" o "domicilio", dado por el tribunal revisor al sito donde se encontraban los imputados, sin que lo resuelto pueda interpretarse como arbitrario.

En efecto: el tribunal a-quo expresó en su decisorio que *"...el concepto de domicilio que debe entenderse a los fines de considerar operativa la garantía de protección de la intimidad, es mucho más amplio que el concepto de domicilio que se tiene, por ejemplo en materia civil. La norma constitucional protege la intimidad de todo individuo en el lugar que habita, sin importar si este lugar reúne o no determinadas características de construcción. Una persona se encuentra amparada por la Constitución sea que habite una casa de material con distintas dependencias y servicios comunes, o sea que habite una vivienda precaria sin las condiciones óptimas de construcción..."* (voto ponente, fs. 7 vta.).

Dicho aserto es acompañado por la doctrina más prestigiosa. En tal sentido, Néstor P. Sagües recuerda que *"...Al sancionarse la Constitución la palabra domicilio tenía un concepto restringido: el lugar donde se encontraba una persona establecida y vecindada con su mujer, hijos y familia y la mayor parte de sus muebles (Escriche). Para*

que hubiese domicilio se requería habitación real y ánimo de permanecer en él. Por eso, Estrada dirá que el art. 18 de la Const. Nacional protege la 'soberanía doméstica', y para Sánchez Viamonte, el 'domicilio hogar'. El concepto constitucional *actual* de domicilio es más amplio, y esa apertura ha sido provocada, tal vez, por la doctrina penalista (que en el delito de violación de domicilio incluye muchos más recintos que la casa habitación). Así, además de la morada familiar, el *domicilio* del art. 18 abarca ahora cualquier lugar de residencia transitoria (piezas de hoteles, camarotes asignados a una persona o grupo, casas rodantes), escritorios profesionales y negocios, ya sea que estén cerrados o parcialmente abiertos..." (cfr. Sagües "Manual de Derechos Constitucional", 2° edición actualizada y ampliada, 2° reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As.2016, pág. 590).

En igual dirección se dice que la morada "...Puede tratarse o no de un inmueble, admitiéndose que es morada un vagón, un furgón de viaje o las dependencias de una embarcación. Así como no es decisivo que la habitación sea el destino de la cosa (podría serlo una cueva, y tal vez, en excepcionales circunstancias, un automóvil -si se halla instalado en un terreno, con dependencias agredas, por ejemplo-) [...] Es también indiferente que la persona posea más de una, que habita alternativamente..." (cfr. David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni -directores- Marco A. Terragni -Coordinador- "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Bs. As., 2008, t. 5, pág. 653/4).

Por esto último, es insustancial que los imputados hayan dado (o no) ese domicilio al momento de su

identificación, siendo infructífera esta crítica para poner en evidencia un supuesto de arbitrariedad.

En otro orden de ideas, la intrusión policial sobre el predio en el que pernoctaban los imputados sin la orden judicial pertinente devino contradictoria con la posición asumida en fecha 21 de junio pasado por ese mismo Ministerio Público Fiscal, en tanto bajo idénticas condiciones le requirió al Juez de Garantías la orden de allanamiento respectiva, lo que implicó un claro reconocimiento de esa parte en torno al recaudo judicial que debía tomarse para dicho registro.

En definitiva, ninguna de estas críticas coloca al fallo recurrido dentro de los estándares de arbitrariedad.

Lo mismo cuando pretende justificar el secuestro de los elementos que son objeto de delito (armas de fuego y material inflamable) con base en la situación de peligro en la demora, ya que si bien es correcta la actividad policial de neutralizar el riesgo tomando el armamento existente en el lugar por razones obvias de necesidad y seguridad, ello no hace desaparecer la premisa de que el ingreso a ese sector estuvo afectado en su origen.

Obsérvese que de estar al propio argumento Fiscal, aquel primer allanamiento (bajo orden judicial) no pudo concretarse porque las personas que se oponían al ingreso blandían "bombas molotov"; consecuentemente, el riesgo de exposición ya podía inferirse de antemano en el segundo ingreso (sin la orden respectiva), extremo que merecía dotarlo de las mayores precauciones, tanto legales como operativas.

Creo así haber demostrado las razones por las cuales el recurso no ha demostrado la hipótesis de procedencia por

la cual encauzó su pretensión, lo que impide sortear el tamiz de admisibilidad jurisprudencialmente requerido en múltiples fallos de esta Sala. Mi voto.

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: como bien señaló el señor magistrado preopinante, el recurso extraordinario local fue deducido en tiempo y por quien ostenta legitimación procesal para actuar.

Asimismo, comparto con el Dr. Massei que lo resuelto es asimilable a una sentencia definitiva por los efectos de su tardía o su muy dificultosa reparación ulterior.

Si bien es cierto que los agravios, del modo en que se plantearon, implica examinar aspectos de hecho, prueba y derecho común cuya apreciación constituye, por regla, una facultad propia de los jueces de la causa, nuestro Címero Tribunal Nacional ha reconocido que agravios de estas características pueden suscitar una cuestión federal cuando sustancialmente conduzcan a determinar el alcance de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, vinculada a la inviolabilidad de domicilio y la reglamentación legal sobre los casos en que podrá procederse a su allanamiento y ocupación (C.S.J.N., Fallos 306:1752 y sus citas; 310:85; 313:1305; 316:2464, considerando 4°; 324:3764 y 328:149, entre otros).

Esto último, a mi modo de ver, es lo que acontece en el *sub lite*, en donde la parte que apela se dirige a determinar si de acuerdo con las particularidades del legajo, la autoridad policial estaba facultada para incautar diversos elementos que podían ser constitutivos de delito.

Con mayor razón en el caso aquí analizado, pues se sustenta en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, a

la cual la Corte le ha asignado el carácter de medio idóneo para el reconocimiento de algunas de las garantías asignadas por la Ley Suprema (C.S.J.N., Fallos 323:2510, considerando 10° y su cita, del voto de la mayoría), que también ampara al Ministerio Público Fiscal (ídem, Fallos 307:2843 y 308:1557, entre otros).

Por ello, sin que implique abrir opinión sobre el fondo del tema planteado, considero que el mismo ha pasado el tamiz formal exigible para esta etapa. Tal es mi voto.

El **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: adhiero a los fundamentos y a la solución que propicia el Dr. Oscar Massei.

En efecto: la Fiscalía encauzó la vía extraordinaria local con base en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Sin embargo, para que proceda esa tacha el recurrente debe demostrarlo de una manera inequívoca.

Este recaudo -establecido por la Corte en multitud de precedentes (vgr. C.S.J.N., Fallos 303:1619; 307:205, entre muchos otros)- fija un estándar mayor que la mera invocación de un déficit de argumentación.

Si solamente bastara para la admisibilidad de un recurso de estas características la simple mención, referencia o declaración de la parte que impugna de que está ante un caso en el que debiera tomar intervención la máxima instancia nacional, el legislador lo hubiera previsto de ese modo en la norma procesal local; laxitud ésta que no tiene ajuste a la letra de la ley ni tampoco a pautas de interpretación pacíficamente establecidas.

Recuérdese que dicho andarivel se dirige a cubrir casos excepcionales en los que existen groseras deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia

de sustento normativo que impidan considerar al fallo como una "sentencia fundada en ley" (C.S.J.N., Fallos 324:4321; 325:3265, entre otros), lo que a la luz de los fundamentos dados por el tribunal de grado y el análisis que hizo en su relación el Dr. Massei no ha ocurrido.

Así entonces, la adhesión de mi parte al voto ponente, cuyos argumentos comparto, no es otra cosa que la cristalización del principio de taxatividad de los recursos establecido en el artículo 227 y concordantes del Código Procesal Penal. Tal es mi voto.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr. OSCAR E. MASSEI**, dijo: atento el modo en que se resolviera la cuestión precedente, el tratamiento de las presentes cuestiones deviene abstracto. Tal es mi voto.

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: al haberse fijado por mayoría la improcedencia formal del recurso articulado por el Ministerio Público Fiscal, adhiero a lo postulado por el Dr. Oscar E. Massei. Mi voto.

El **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: sin nada que terciar en estas cuestiones, adhiero a los votos precedentes.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. OSCAR E. MASSEI**, dijo: atento lo resuelto de manera reiterada por la Sala Penal, corresponde eximir de costas al Ministerio Público Fiscal en virtud de la naturaleza de los intereses representados (art. 268, 2° párrafo, in fine, del C.P.P.N.).

La **Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI**, dijo: adhiero a lo propuesto en esta cuestión por el señor Vocal preopinante. Mi voto.

El **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: comparto lo postulado por el Dr. Massei en esta cuarta cuestión. Mi voto.

Se deja constancia que la Dra. María Soledad Gennari, quien participó de la deliberación y se expidió del modo en que lo consigna su voto, no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

De lo que surge del presente Acuerdo, por mayoría,

**SE RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD** de la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal en contra de la Resolución Interlocutoria n° 178, T. I, año 2017, dictada por el Tribunal de Impugnación en fecha 09/10/17, por no verificarse los requisitos para su estimación formal (art. 227 y 248 inc. 2°, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

**II.- SIN COSTAS EN LA INSTANCIA** (ídem, art. 268, 2° párrafo in fine).

**III. Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a la Dirección de Asistencia a impugnación, a sus efectos.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación ante el Actuario que certifica.

DR. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE  
PRESIDENTE

DR. OSCAR E. MASSEI  
VOCAL

DRA. MARÍA SOLEDAD GENNARI  
VOCAL  
(En disidencia)

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA  
Secretario