

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22871/08 STJ

SENTENCIA Nº: 128

PROCESADO: GARCÍA SERGIO ALBERTO

DELITO: TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL SIN LA DEBIDA
AUTORIZACIÓN LEGAL (SOBRESEÍDO)

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (FISCAL)

VOCES:

FECHA: 23-09-08

FIRMANTES: BALLADINI EN DISIDENCIA PARCIAL – SODERO NIEVAS –
VIDELA (SUBROGANTE)

///MA, de septiembre de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Soderó Nievas y Juan Pablo Videla -por subrogancia-, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “GARCÍA, Sergio A. s/ Tenencia de arma de fuego de uso civil sin la deb.aut.legal s/Casación” (Expte.Nº 22871/08 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), con el planteo de la siguiente:-----

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:-----

-----1.- Antecedentes de la causa:-----

-----1.1.- Mediante Auto Interlocutorio Nº 3, del 15 de febrero de 2008, el Juzgado en lo Correccional Nº 6 de la Iª Circunscripción Judicial resolvió declarar la nulidad del acta de allanamiento obrante a fs. 2/3 y de todos los actos posteriores y consecuentes de aquélla (arts. 159 inc. 3º, 208 y cctes. C.P.P. y 21 C.Prov.) y sobreseer definitivamente a Sergio Alberto García en orden al delito de tenencia de armas de fuego de uso civil sin

la debida autorización legal (arts. 189 bis segundo supuesto C.P. y 307 inc. 4º y 332 C.P.P.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, el señor Agente Fiscal dedujo ///2.- recurso de casación, que fue declarado admisible por el tribunal de grado (fs. 185/186) y por este Superior Tribunal (fs. 192/193), por lo que se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados. A fs. 194/205 se agrega el dictamen de la señora Procuradora General, en el que manifiesta que no sostiene el recurso interpuesto, sin perjuicio de solicitar la corrección del punto I de la parte resolutive. Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo (Ley P 2107), los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - -

-----2.- Agravios del recurso de casación (fs. 178/182):- -

----- El Agente Fiscal solicita que se declare la nulidad de la resolución del a quo. Luego de efectuar una reseña de la causa sostiene que, si bien le asiste la razón al sentenciante en cuanto a que el allanamiento efectuado por la justicia federal, para ser considerado válido por la jurisdicción local, debe cumplir con los requisitos formales exigidos por nuestro ordenamiento procesal (cita “MULLER”, Se. 66/02 STJ), en toda petición de nulidad debe argumentarse cuál ha sido el perjuicio sufrido y el interés que se procura subsanar con dicha declaración, cuestión que no logra advertir en la presentación defensiva y tampoco fue tratada por el juzgador. Agrega que se debe indicar el perjuicio sufrido, pues no basta la simple alegación de la violación de la garantía de defensa en juicio, la cual está subordinada a la demostración concreta de las pruebas y defensas omitidas y su relevancia para resolver el caso (conf. “MULLER”). En tal sentido, afirma que debe observarse ///3.- el principio del interés y abandonarse el frágil y engañoso principio de la nulidad por la nulidad misma.- - -

----- Como segundo agravio agrega que la medida que se anula fue llevada a cabo sin irrumpir violenta o arbitrariamente en el domicilio, no se provocó temor ni zozobra en los moradores, el acta no es mendaz y el imputado manifestó su acuerdo con la diligencia, sin objetar los secuestros realizados en ese momento ni posteriormente (también del fallo “MULLER”).- - - - -

-----3.- Dictamen de la Procuración General:- - - - -

----- La señora Procuradora General del Poder Judicial doctora Liliana Laura Piccinini, luego de referir los argumentos recursivos y realizar un racconto de las actuaciones, cita párrafos del fallo “MULLER” de este Superior Tribunal de Justicia (Se. 66/02), que entiende aplicable a la situación de autos. Agrega que no pueden asimilarse ambos

supuestos puesto que, a diferencia de la situación que le tocó afrontar al imputado en aquella causa, el caso que nos ocupa se trata, en la órbita provincial, de un secuestro de armas derivado de un allanamiento realizado en una finca particular en la que aquella noche se encontraban entre los presentes incluso los hijos del imputado, lo que motivó que fuera convocada a la vivienda su madre –separada de García- con el fin de hacerle entrega de los menores. Por ende, la titular de los Ministerios Públicos no encuentra el punto de contacto entre ambas situaciones que pretende demostrar el recurrente (arts. 21 C.Prov. y 202 y 203 C.P.P. –Ley P 2107-). Por los motivos expuestos no sostiene el recurso interpuesto por el Agente ///4.- Fiscal y solicita que este Cuerpo se pronuncie expresamente en relación con la cuestión, ante la necesidad de dejar establecida la doctrina legal (conf. art. 43 Ley 2430).- - - - -

----- Por otra parte, no coincide con el a quo cuando declara la “nulidad del acta de allanamiento obrante a fs. 2/3...”, en virtud de que carecía de facultades ya que no tenía expedita su jurisdicción para invalidar un acto de la órbita de la Justicia Federal. Convalidar tal proceder, sostiene, traería aparejado un “strepitus fori” puesto que dicha acta mantiene su plena vigencia en aquel fuero. De allí que no se está cuestionando el allanamiento ordenado y realizado por la magistrado federal sino que, a todo evento, el secuestro de las armas que dio origen a las presentes actuaciones no logra pasar el tamiz de las formalidades exigidas por la normativa de la provincia, esto es, no tiene efectos procesales válidos para la investigación en la órbita provincial. En consecuencia, solicita que se corrija de oficio del punto I de la resolución del Juez en lo Correccional y se contemple el destino de las armas que fueron recibidas en calidad de secuestro (art. 440 C.P.P.).-

-----4.- Breve reseña del trámite de la causa:- - - - -

-----4.1.- Planteo de nulidad:- - - - -

----- A fs. 138/140 se presenta el señor Defensor General con el fin de solicitar la nulidad absoluta del acta de allanamiento de fs. 1/3 de autos y de todos los actos consecutivos y consecuentes que de ella dependen por violentar la defensa en juicio y el debido proceso legal. Como tal, señala que puede tener acogida en cualquier estado ///5.- del proceso (art. 160 último párrafo C.P.P.) y alega que el allanamiento se efectuó en contraposición de lo establecido en el art. 209 del rito, fuera del horario de luz solar y sin la presencia de magistrados intervinientes o delegación expresa de medida en otro funcionario judicial. Entiende que la magistrada del fuero federal ha ordenado la medida en relación con los delitos que estaba investigando (estupefacientes), dando razones del

horario inhábil para ello, pero no respecto del arma que se secuestró en la vivienda de García. Agrega que no ha fundado debidamente tal cuestión, en tanto se limita a señalar las especiales características del hecho investigado. Además, afirma que en el acta no figuran testigos de actuación, lo que suma un elemento más para declarar la nulidad de todo lo actuado. En virtud de ello -la nocturnidad del allanamiento de manera infundada respecto del arma secuestrada, sin la presencia del magistrado interviniente ni testigos hábiles para el caso-, solicita la nulidad del acta y de todo lo actuado en consecuencia.- -

-----4.2.- Contestación del Agente Fiscal:- - - - -

----- Al contestar la vista (a fs. 142/144), el Agente Fiscal rechaza tal solicitud de la defensa y señala que la medida ha sido ordenada y diligenciada en conformidad con las disposiciones de los arts. 224 y 225 del Código Procesal Penal de la Nación (art. 18 C.Nac.), que dispone que el juez deberá ordenar el registro del lugar por auto fundado, lo cual se cumple en el presente caso, con el debido respaldo en las razones que contiene dicha orden. También expresa que la orden se cumplió siguiendo las directivas y con la///6.- conformidad de los habitantes de la vivienda. Aduce además que el hallazgo de elementos que no tenían una relación directa con la causa no obsta a la validez del acto al encontrarse el arma, y cita jurisprudencia en su apoyatura.- - - - -

----- Asimismo, entiende que sería improcedente declarar la nulidad de lo actuado por la justicia federal pues el a quo no es competente para tamaña decisión, porque es un acto único e indivisible, y que la nulidad pretendida se debió plantear ante la magistrada que ordenó la medida. Además, refiere que el juez que ordenó el allanamiento debía regirse por el ordenamiento procesal penal nacional, por lo que resulta improcedente la aplicación de principios procesales de otra jurisdicción.- - - - -

-----4.3.- Argumentos del resolutorio impugnado:- - - - -

----- Por su parte, el Juez funda su resolución en que estima que el análisis de la legalidad del trámite de allanamiento en sede federal debe hacerse en el marco normativo que impera en el ámbito provincial, con el fin de no violar el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 C.Nac.) y su interpretación jurisprudencial (“que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a uno de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” CSJN, varios fallos). Además, agrega que se exige constitucionalmente a un juez provincial la presencia o delegación justificada y calificada (en funcionario judicial) en los allanamientos en horas nocturnas y no ocurre

lo mismo para el juez federal, lo cual establece diferencias notables a la hora de resguardar la intimidad ///7.- del domicilio según quién sea el juez emisor de la orden. Considera que no puede dejar de meritarse la normativa local -arts. 21 C.Prov. y 208 C.P.P.-, y concluye que la medida está viciada de nulidad absoluta, en coincidencia con el planteo del señor Defensor, porque ha sido llevada a cabo por personal policial para cumplir con el registro y secuestro de elementos vinculados con una causa que tramitaba en sede federal (Ley 23737), oportunidad en que la comisión advirtió la existencia de tres armas, que se secuestraron en cumplimiento de una disposición del Juzgado interviniente. Tal medida de allanamiento en la cual se secuestraron dichos elementos, que tendrían vinculación con otro ilícito de competencia provincial, se realizó sin cumplimentar la normativa

procesal provincial aplicable (esto es, los arts. 208 y 209 C.P.P. y 21 C.Prov.), que dispone que sólo se podrá allanar por orden escrita del juez competente siempre que mediere semiplena prueba o indicio grave de la existencia de un hecho punible; si es de noche, debe hacerse con la presencia del juez, salvo imposibilidad justificada, en cuyo caso delegará la diligencia en otro funcionario judicial; y toda prueba obtenida en violación de lo allí dispuesto queda invalidada como tal. A ello se debe añadir que se encuentra en juego el ámbito personal de la intimidad (protegido por el art. 18 C.Nac.). De tal modo, cuando el juez provincial debe analizar y valorar ese acto procesal ajeno, realizado en contraposición a las garantías constitucionales propias, no puede considerarlo válido y debe declararlo nulo de nulidad absoluta e insalvable, pues tiene el carácter de irreproducible y definitivo. Por ello, ///8.- decide anular el acta y todo lo actuado en consecuencia, por ello, dicta el sobreseimiento definitivo de García.- - - - -

- - - - -

-----5.- Desistimiento del recurso de casación presentado por el Agente Fiscal:- - - - -

- - - - -

----- El dictamen de la señora Procuradora General, por provenir del “Jefe Superior de los Ministerios Públicos” (arts. 71 Ley K 2430; 1, 2, 10 y ccdtes. Ley K 4199 y 215 y sgtes. C.Prov.) no puede ser tomado únicamente como el cumplimiento de un traslado, sino como la máxima opinión de la parte recurrente (Ministerio Público Fiscal) a la que le fue habilitada la instancia casatoria.- - - - -

----- En tal escrito, como reseñé supra, la señora Procuradora se manifiesta en un sentido contrario al del Agente Fiscal, en tanto afirma que la sentencia se encuentra fundada en conformidad con el mérito de las constancias de la causa. Más aun, se

expide acerca de la errada actividad del recurrente en tanto no comparte la analogía entre el precedente “MULLER” con la presente causa ni la solución pretendida.- - - - -

----- Así, desde un punto de vista formal, tales argumentos deben considerarse como un desistimiento del recurso de casación presentado por el Agente Fiscal, atento a la unidad de acción exigida por los arts. 71 y 73 de la Ley K 2430; 2 de la Ley K 4199 y 215 de la Constitución Provincial, lo que así debe resolverse (art. 416 último párrafo C.P.P., según doctrina legal que surge de las Se. 42/00, 42/01, 101/01, 59/02, 22/03, 132/03 y 102/07, entre otras).- - - - -

-----6.- Corrección de oficio:- - - - - ///9.-- La señora Procuradora General solicita la corrección de oficio del punto I de la parte resolutive del Auto Interlocutorio N° 3/08, en virtud de que allí se “declara la nulidad del acta de allanamiento obrante a fs. 2/3” sin que el juez actuante tenga facultades para ello, porque el acto procesal fue realizado por el fuero federal, donde mantiene todos sus efectos legales, lo que trae aparejado un “streptus fori”.- - - - -

----- El allanamiento de fs. 2/3 no fue ordenado en la presente causa, sino que lo dispuso el Juzgado Federal en orden a sus facultades, acto en el que constató determinados hechos por los que se declaró “la incompetencia parcial de[l ...] Juzgado Federal para entender en la presunta tenencia ilegítima de armas por parte de Sergio Alberto García, remitiéndose fotocopias certificadas de las partes pertinentes a dicha actuación, secuestro y pericias al Juzgado de Instrucción en turno de esta Capital conjuntamente con [las ...] armas” (fs. 11 y vta.).- - - - -

----- El Juez Correccional declaró la nulidad del acta de allanamiento de fs. 2/3, ordenado por el Juzgado Federal de Viedma, porque se realizó sin sujeción a los arts. 208 y 209 del Código Procesal Penal (arts. 202 y 203 Ley P 2107) y el art. 21 de la Constitución Provincial.- - - - -

----- En lo aquí pertinente, este último dispone: “Toda prueba obtenida en violación a lo aquí dispuesto queda invalidada como tal”, lo que se reitera al final del art. 203 del código ritual (“Toda prueba obtenida en violación a lo dispuesto queda invalidada como tal”).- - - - -

----- De tal forma, es evidente que el Juez Correccional ///10.- carece de atribuciones para declarar la nulidad del acta de allanamiento en función de que no es un acto procesal ordenado y realizado en la presente, sino en un expediente del fuero de excepción y del cual se remitió a la justicia provincial una fotocopia certificada por

determinados hechos (incompetencia parcial del Juzgado Federal).- - - - -

- - - - -

----- En consecuencia, corresponde revocar de oficio el punto el punto I de la parte resolutive del Auto Interlocutorio n° 3/08, declarar que el acta de allanamiento obrante a fs. 2/3 queda invalidada como prueba para los fines de la presente causa y declarar la nulidad de todos los actos posteriores y consecuentes de aquélla (arts. 203, 440 y cctes. C.P.P. y 21 C.Prov.).- - - - -

-----7.- Principio dispositivo. Ejercicio de la jurisdicción:- - - - -

- -

----- Esta instancia se encuentra “\signada por el principio dispositivo, donde el ejercicio de la jurisdicción está limitado por el alcance de los medios impugnativos y por la motivación del agravio que afecta a la parte que resiste el pronunciamiento al que se atribuye injusticia o ilegalidad... No cabe dudar, entonces, que la competencia funcional del tribunal de alzada es restricta. La congruencia exige correspondencia entre la decisión y lo que es materia de la impugnación. El objeto se depura por los términos en que la impugnación se ha interpuesto y sustentado\’ (Norberto J. Iturralde, \’Disposiciones sobre los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación\’, LL 1995-C, Sec. Doctrina, pág. 1256). Este principio debe ser///11.- completado con el reconocimiento de las atribuciones de este Cuerpo –en los casos en que abra su jurisdicción por un recurso- para ingresar en el tratamiento de oficio ante el supuesto de nulidades absolutas en el proceso. Asimismo, la última parte del art. 415 del código adjetivo [art. 418 Ley P 2107] establece la prohibición de la reformatio in pejus, que impide que la resolución en crisis se modifique en perjuicio del imputado cuando sólo ha sido recurrida por él o a su favor (ver Miguel A. Almeyra, \’Reformatio in pejus y juicio de reenvío\’, DJ 1986-II, 1 y ss.)” (Se. 221/07 STJRNSP, entre otras).- - - - -

- - - - -

----- En esta línea de pensamiento, este Tribunal carece de jurisdicción para ingresar en el tema propuesto por la señora Procuradora General para los fines del art. 43 de la Ley K 2430, por lo que –sin perjuicio de la forma en que se resuelve la presente causa- omito expedirme sobre la cuestión.- - - - -

----- Por último, y en virtud de lo solicitado por la doctora Liliana Piccinini, corresponde decir que el a quo es quien debe resolver el destino de las armas secuestradas, con lo cual –también- se garantiza la doble instancia sobre la cuestión (conf. Se. 190/06 y 131/07 STJRNSP, entre otras).- - - - -

-

-----8.- Conclusión:- - - - -

----- Conforme con todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: I) tener por desistido el recurso de casación presentado por el señor Agente Fiscal (arts. 71 y 73 Ley K 2430; 2 Ley K 4199; 416 último párrafo C.P.P. Ley P 2107 y 215 C.Prov.); II) revocar de oficio el punto el punto I de la parte resolutive ///12.- del Auto Interlocutorio N° 3/08, y III) declarar que el acta de allanamiento obrante a fs. 2/3 queda invalidada como prueba para los fines de la presente causa y anular todos los actos posteriores y consecuentes de aquélla (arts. 203, 440 y cctes. C.P.P. y 21 C.Prov.). MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante respecto de las cuestiones tratadas en los puntos 1 a 5 de su voto, y no así en lo que hace al desarrollo de los considerandos 6 y 7, a cuyo respecto entiendo que no corresponde pronunciamiento alguno. MI VOTO.- - - - - El señor Juez subrogante doctor Juan Pablo Videla dijo:- - -

----- De los votos precedentes surge la coincidencia de los sufragantes en cuanto a que el dictamen de la señora Procuradora General, al no sostener la casación interpuesta por el señor Agente Fiscal en contra del Auto Interlocutorio N° 3 del Juzgado en lo Correccional N° 6 de esta ciudad, implica el desistimiento del citado recurso extraordinario.-

----- Sin embargo, los señores Jueces discrepan respecto de si resulta procedente examinar oficiosamente la declaración de nulidad del allanamiento de fs. 2/3 de autos, contenida en el mencionado pronunciamiento.- - - - -

----- Dejando sentada mi coincidencia con los preopinantes en relación con el desistimiento, por aplicación de la normativa citada y la opinión favorable de Francisco D'Albora (Código Procesal Penal de la Nación, T° II, pág. 1015), se impone que dirima la disidencia en pos de brindar la mayoría necesaria que esta respuesta jurisdiccional ///13.- exige.- - - - -

----- Del voto del doctor Ballardini se desprende la preocupación del magistrado por no admitir que un juez local decrete la más severa sanción procesal respecto de un acto celebrado en cumplimiento de una orden impartida por un juez federal, sin limitar su decisión al caso de autos. En tal sentido, su propuesta pareciera fundarse en las atribuciones que el Tribunal tiene para declarar de oficio las llamadas “nulidades absolutas” del proceso. Esta sugerencia no es compartida por el doctor Soderó Nievas,

quien aprecia que en el caso, habiendo tenido por desistido al Ministerio Público del recurso de casación planteado en la instancia anterior por el señor Agente Fiscal, no corresponde pronunciamiento alguno.- - - - -

----- Para zanjar las diferentes opiniones citadas será menester entonces examinar en qué supuestos el órgano jurisdiccional podrá ejercitar sus atribuciones controladoras de lo resuelto en instancias inferiores, prescindiendo de requerimiento recursivo de las partes; esto es, cuándo nos hallamos en presencia de aquellas nulidades que, por su gravedad, vulneran principios de raigambre suprema, las que pueden ser declaradas en cualquier estado y grado del proceso (conf. art. 149 última parte C.P.P.).- - -

----- La respuesta la brinda el art. 418 del código de rito cuando establece los límites del conocimiento del tribunal ad quem, restringiéndolo a los puntos de la resolución que fueron objeto de agravio. Es que, como bien cita el doctor Balladini en su voto, “las atribuciones de este Cuerpo -en los casos en que abra su jurisdicción por un recurso- para ///14.- ingresar al tratamiento de oficio ante el supuesto de nulidades absolutas en el proceso” se ven condicionadas a la verificación de tal recaudo y es pertinente resaltar que, dado que la señora Procuradora General no ha sostenido la opinión del señor Agente Fiscal, no hay recurso.- - - - -

----- Siendo así, también coincido con el primer votante en cuanto a que este Tribunal carece de jurisdicción para ingresar en el tema propuesto por la señora Procuradora General, que pide el ingreso ex officio por parte de este Cuerpo en la nulidad declarada en el punto I de la resolución del Juez Correccional. Ese examen sobre el fondo de la cuestión sólo pudo ser atendido en la instancia casatoria si la señora Procuradora hubiera sostenido el remedio procesal intentado por el Agente Fiscal.- - - - -

----- Por lo expuesto, coincido con la opinión del doctor Sodero Nievas en cuanto corresponde solamente tener por desistido el recurso de casación presentado por el señor Agente Fiscal y que el destino de las armas secuestradas sea resuelto en la instancia de origen. MI VOTO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
POR MAYORÍA R E S U E L V E :

Primero: Tener por desistido el recurso de casación deducido

----- por el señor Agente Fiscal a fs. 178/182 de autos.- Segundo: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

Juan Pablo Videla

Juez subrogante

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 9

SENTENCIA: 128

FOLIOS: 1758/1771

SECRETARÍA: 2