En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diecisiete días del mes de O. de dos mil dieciséis, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y D. Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 69134**, **carpeta individual n° 7996**, caratulada: **"A., L. D. s/ Dcia. Pto. Robo agravado con arma de fuego r/ damnificado"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación de la Funcionaria de Fiscalía Dra. **Patricia Rivas**, la Abogada Adjunta de la Defensoría Pública Dra. **Carla Vanesa Vera**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

--- Que los días veintiuno y veintiocho del mes de septiembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J., M. A., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa –a la que adhiriera el Ministerio Público Fiscal- de J., M. A., contra la resolución nº 1968/16, que rechaza el Juicio Abreviado?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. D. Luis María Pintos.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- Ha suscitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Dra. Vanesa Vera, en favor de su asistido J., M. A., contra la Resolución N° 1968/2016, de fecha 3 de junio del corriente año, por la cual se rechazó el acuerdo de juicio abreviado al que arribaran las partes por el hecho acaecido entre los días 15 y 16 de junio de 2015 en perjuicio de L. D. A..-

1.- Las presentes actuaciones se iniciaron a partir de la solicitud del Ministerio Público Fiscal de formalizar la investigación en contra de J. A. G., y J., M. A., por el hecho calificado como Robo agravado por el uso de arma de fuego en calidad de coautores y que fue descripto de la siguiente manera: “El día 15 de junio de 2015, siendo aproximadamente las 21:40 horas, en circunstancias en que L. D. A. se

encontraba atendiendo el local que gira bajo la denominación “V., R.”, sita en calle

P., y XX de O. de esta ciudad, ingresó J. A. G., quien vestía un buzo gris con capucha, quien luego de solicitarle tomates extrajo un arma de fuego con la cual le apuntó y le exigió la entrega de dinero, momento en el cual ingresó J., M. A., vistiendo un buzo negro con capucha, y previo solicitarle ambos que se tirara al suelo le sustrajeron una (01) tablet, un (01) teléfono celular marca LG, color negro, una (01) balanza color gris y blanca y la suma de pesos quinientos ($500) y se dan a la fuga”.-

Simultáneamente el Ministerio Público Fiscal solicitó se fije audiencia de reconocimiento en rueda de personas -en relación a los imputados A. y G.,- y de reconocimiento de cosas -en relación al arma de fuego calibre 38-. La audiencia se realizó con resultado positivo respecto de A. y finalmente el Juez Penal tuvo por formalizada la apertura de la investigación preparatoria para ambos imputados.-

En su oportunidad, el Ministerio Público Fiscal presentó acusación respecto de J., M. A. y describió el hecho de la siguiente manera: “Que el día 15 de junio de 2015, siendo aproximadamente las 21:40 horas, en circunstancias en las que L. D. A. se encontraba atendiendo su local comercial que gira bajo la denominación “V., R.”, sita en calle P., y 12 de O. de esta ciudad, ingresó J., M. A. quien vestía un buzo gris con capucha, quien luego de solicitarle tomates, extrajo un arma de fuego con la cual lo apuntó y le exigió la entrega de dinero, momento en el cual ingresó J., A. G., vistiendo un buzo negro con capucha

y previo solicitarle ambos que se tirara al suelo le sustrajeron (01) tablet, (01) teléfono celular marca LG, color negro, (01) balanza color gris y blanca y la suma de pesos quinientos ($500) y se dan a la fuga". El hecho fue calificado como Robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada.-

Al llevarse a cabo la audiencia preliminar, la Defensa Pública solicitó el sobreseimiento de A. en los términos del Art. 285 inc. 6° del C.P.P. por considerar que el Ministerio Público Fiscal no contaba con los elementos suficientes para requerir la apertura del juicio oral y la prueba con la que pretendía valerse era insuficiente para tenerlo como coautor del hecho.-

Así, señaló que en la audiencia de control de detención la Fiscalía describió el hecho indicando que A. había ingresado al local en segundo lugar, luego de G., y que al formular la acusación lo ubicó en primer lugar, es decir como quien ingresó primero al local y quien llevaba el arma de fuego, modificando de esta manera la conducta desplegada lo que resulta violatorio del principio de congruencia. El Juez Penal, Dr. Enrique Odorisio, rechazó el planteo en base a lo dispuesto por el Art. 296 in fine del C.P.P. y por considerar que las cuestiones planteadas por la Defensa deberían ser valoradas por el Tribunal de Juicio y continuó con la audiencia en la cual las partes ofrecieron prueba. Finalmente resolvió sobre la admisión de los medios probatorios y sin realizar la descripción del hecho concluyó que el precepto jurídico aplicable era

provisoriamente el de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse.-

En ocasión de celebrarse la audiencia de debate las partes presentaron un acuerdo de juicio abreviado -que luce agregado a fojas 68/vta.- calificándose el hecho como Encubrimiento por receptación y solicitando una pena de seis meses de prisión. En dicha oportunidad el Fiscal General aclaró que la variación en la calificación se debía a que en el reconocimiento en rueda de personas la víctima no estaba seguro de que A. fuera el autor.-

Por Resolución N° 1968/2016, de fecha 3 de junio de 2016, la Juez Penal, Dra. Mariel Suárez, resolvió rechazar el acuerdo de juicio abreviado. Consideró que existían elementos que le permitían sostener que la calificación de encubrimiento por receptación no podía aplicarse toda vez que existía la posibilidad de acreditar en debate la participación de A. en un hecho más gravoso y que las razones dadas por el Fiscal no satisfacían el parámetro legal para completar el tipo penal seleccionado.-

2.- Contra dicha decisión la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Dra. Carla Vanesa Vera, interpuso impugnación ordinaria solicitando se declare la nulidad de la resolución y se ordene el reenvío a la Oficina Judicial a fin de que un nuevo Tribunal unipersonal trate nuevamente el acuerdo de juicio abreviado.-

Señaló que la Magistrada incurrió en una errónea

aplicación de la ley en perjuicio del imputado y que se extralimitó en sus potestades jurisdiccionales ya que no puede rechazar el acuerdo por considerar que corresponde una calificación más gravosa. Citó jurisprudencia e hizo reserva del caso federal.-

A su turno, la Fiscal General Dra. Ana Cecilia Codina, adhirió en todos sus términos a la impugnación presentada por la Defensa Pública.-

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. las partes ratificaron oralmente sus presentaciones y solicitaron se revoque la resolución y se ordene el reenvío a fin de dar tratamiento al acuerdo de juicio abreviado oportunamente presentado.-

II.- Este Tribunal se ha expedido en buena cantidad de ocasiones respecto de las condiciones que debe reunir un Acuerdo de Juicio Abreviado a efecto de ser admitido, y también, como otro sendero que arriba al mismo destino, sobre cuales resultan ser las razones válidas para su rechazo (entre otras, Sentencias nros. 3 y 6/09).-

Esencialmente, el criterio puede sintetizarse de la siguiente forma: tanto la calificación jurídica propuesta como la pena aceptada deben situarse dentro de las posibilidades que existirían de realizarse el Juicio común. Se trata de una prognosis de alternativas factibles. Si alguna de ellas fue materia del Acuerdo, este se presenta como admisible.-

Nos hemos pronunciado reiteradamente sosteniendo

que si los Jueces de grado rechazan tales Acuerdos en función de no coincidir con la tipificación propuesta por no ser la más adecuada a la evidencia reunida, o por considerar que la pena a imponerse en un Juicio común, podría ser mayor a la acordada, virtualmente obturan una solución negociada prevista legalmente, que, como toda negociación, impone a las partes ciertas concesiones, que respecto del Ministerio Fiscal y eventualmente la Querella, suelen involucrar a las pretensiones jurídica y punitiva. Pero insistimos, todo debe formar parte de lo jurídicamente posible.-

Además, existe una dilatada, y profunda, discusión doctrinaria en torno a la constitucionalidad del Instituto, referente principalmente a la real chance de proceder a una condena sin Juicio previo. No hemos de adentrarnos en ella, en honor a la brevedad y por no ser necesario en el sub-judice, aunque sí se impone afirmar que en nuestro sistema ritual el inconveniente se agudiza en virtud que la evidencia solo se convierte en prueba recién en dicha instancia, a la cual mediante el uso del mecanismo del Acuerdo Abreviado no se llega, por lo cual en él se termina condenando en base a evidencias, no de pruebas.-

No obstante, sostenemos que las garantías constitucionales son renunciables por el acusado si su conveniencia así lo indica, excepto cuando se encuentra involucrada la dignidad humana. Por ende, la cuestión se traslada a la obtención certera de su voluntad al acuerdo, y a aquella factibilidad de este en relación a la evidencia reunida.-

Resulta precisamente, esto último, lo que aquí no se ha verificado. Si bien no se nos escapa que el delito de Encubrimiento es menos gravoso que el de Robo agravado por el uso de arma de fuego, y que ambas alternativas existían en el universo derivado de una sustracción de bienes ajenos que habrían sido hallados en poder del imputado, este fue reconocido en rueda de personas por la víctima como uno de los sujetos que habría ingresado a su comercio y lo habría desapoderado de ciertos objetos.-

Desde tal extremo, la primera tipificación de las aludidas ya no era admisible, pues no puede recibir dolosamente bienes mal habidos aquel que ilícitamente los obtuvo.-

El Ministerio Fiscal recurrió al sencillo expediente de aseverar que el damnificado no había efectuado el señalamiento en la rueda con total seguridad, pero ello no pasaba por revestir el carácter de una apreciación cuyo origen desconocemos, como también lo desconocía la Juez de grado. Existe la posibilidad que la víctima así lo haya comunicado, en cuyo caso era menester acreditar de algún modo dicha manifestación, formalizarla, a los fines de justificar el cambio de calificación legal del Acuerdo Abreviado.-

Otra alternativa residía en concurrir al Debate más allá de ello, evidenciándose eventualmente dicha falta de seguridad por la víctima, supuesto en el que el Acusador Público hubiese carecido de toda responsabilidad de arribarse a una solución absolutoria.-

Pero lo que es seguro es que la evidencia colectada

resultaba incompatible con la calificación negociada para el Abreviado, pues ella colocaba a A., en calidad de autor de un Robo y no de un Encubrimiento, y que el obstáculo no podía ser superado por dicha simple manifestación, ya que las condiciones de operatividad del Juicio Abreviado, tal lo expresado, deben ser apreciadas estrictamente.-

Esa fue la razón del rechazo de la vía pretendida por las partes por la Juez de grado, por lo cual tal decisión merece ser confirmada.-

III.- Luego, si bien no ha sido materia de recurso, apreciamos que el Auto de apertura del Juicio Oral ha carecido de la descripción del hecho motivo del mismo, en franca contradicción a lo establecido por el art. 298 inc. 2) del CPPCh.-

Es claro que no resulta admisible la apertura de dicha instancia sin la determinación clara, precisa y circunstanciada del suceso de la realidad sobre el que debe girar el Debate. Y ello no puede ser saneado posteriormente, significando un vicio de los previstos en el art. 164 del rito como habilitantes a la declaración de nulidad de carácter oficioso.-

Así hemos de proceder, en consecuencia, debiendo continuarse el trámite según corresponda, aunque no mediante la intervención tanto de la Magistrada que rechazó el Acuerdo Abreviado, como del que dicto el Auto de Apertura del Juicio que por este acto se anula (art. 77 inc. 2) del CPPCh.).-

Por último, también hemos advertido que, si bien el

reproche por el Robo agravado ocurrido en la V., "R." no continuó respecto de J. A. G., este aún sigue figurando en carácter de coautor del mismo, circunstancia que no deberá ser tenida en cuenta por el o los Jueces a entender en la presente Carpeta. Mucho más aún, cuando paralelamente, en la Carpeta nro. 7868, en la cual hemos dictado la Sentencia nro. 20, respecto del mismo sustrato fáctico, se ha celebrado a su respecto un Acuerdo de Juicio Abreviado aunque considerándolo como autor del delito de Encubrimiento. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

I.- Sin perjuicio de la completa reseña de los antecedentes del caso traído a conocimiento de este Tribunal realizada por quien lidera la votación, considero pertinente detallar las diversas vicisitudes por las que ha atravesado este proceso para dar un marco adecuado a la decisión.-

La Defensa ha impugnado la Resolución que rechaza el acuerdo de juicio abreviado presentado a favor de su asistido, J., M. A., adhiriendo al recurso en todos sus términos el Ministerio Público Fiscal, reclamando se declare la nulidad del decisorio y se reenvíe la Carpeta a la Oficina Judicial para que otro Juez dé tratamiento al mismo, y es importante destacar que el acuerdo fue presentado previo a la audiencia de debate, siendo tratado al inicio de dicho acto procesal.-

1º El hecho que se le atribuye al encartado ocurrió el 15 de Junio de 2015. Se trata de un robo agravado por el uso de arma de fuego en perjuicio del Sr. L. A., propietario del comercio V., "R.",

habiendo actuado con otro sujeto que en principio fue identificado como J., A. G.,.-

Vale aquí detenernos para aclarar que a G., se le siguen varios procesos en esta circunscripción siendo acumulado por conexidad subjetiva este caso, exclusivamente a su respecto, a la Carpeta Nº 7868 en la cual también fue presentado un acuerdo de juicio abreviado y rechazado por la misma magistrada, por idénticos motivos a los que sustentan la resolución aquí recurrida, la que también fue impugnada y a la que dimos tratamiento en audiencia del art. 385 del C.P.P. celebrada seguidamente a ésta.-

2º Los nombrados fueron detenidos rápidamente después de hecho y se celebró la audiencia de apertura de investigación y control de detención el día 18 de ese mes y año, en la que se declaró la nulidad de una diligencia de investigación esencial como un recorrido fotográfico en relación a G., y se ordenó un reconocimiento en rueda de personas, dejando el magistrado pendiente la resolución que impone el art. 274 del C.P.P., pasando a cuarto intermedio.-

3º Realizado el reconocimiento en rueda de personas la víctima reconoció a A., decretándose seguidamente la apertura de la investigación, en los términos propuestos por el órgano acusador disponiendo la libertad de las personas detenidas.-

4º Tal decisorio fue recurrido parcialmente por el Ministerio Público Fiscal en cuanto a la nulidad del recorrido fotográfico decretada en dicho acto procesal al que se le dio trámite, continuando el

proceso en relación a A., máxime los términos otorgados para concluir la investigación –un mes- quedando pendiente de definición la situación de G., hasta que se resolviera el recurso.-

Comienzan aquí a producirse una serie de errores provocados por el órgano acusador, no advertidos por las defensas ni por el Magistrado, que derivan en conclusiones contradictorias.-

5º El Ministerio Público Fiscal formuló acusación en primer lugar en relación a J., M. A.. Allí al describir el hecho ubica al nombrado y a G., como coautores de robo con arma de fuego (arts. 166 ult. párrafo y 45 del C.P.), es decir ejecutándolo en forma conjunta (ver fs. 13/15vta. Acusación del 7/7/2015).-

6º Luego el 25 de agosto de 2015 el Tribunal integrado por los Jueces Rago y Caviglia revocan la nulidad decretada por el Dr. Odorisio en la audiencia de apertura del recorrido fotográfico producido en sede policial respecto de J. G., y disponen se realice una nueva audiencia a tenor del art. 274 del C.P.P..-

7º Sin mayor fundamentación el Dr. Cabral dicta una nueva resolución de apertura de investigación en relación a G., y no obstante el resultado obtenido con la impugnación articulada, cambia la imputación atribuyéndole solamente la receptación de elementos provenientes del robo a la V., en los términos del art. 277 inc. 1º del C.P., lo que sin perjuicio de las atribuciones del Ministerio Público Fiscal, no resulta comprensible al quedar indemne el recorrido fotográfico que lo identifica como uno de los autores de dicho ilícito contra la propiedad,

resolución que fue admitida en la nueva audiencia de apertura celebrada el 31/08/2015 (ver fs. 27/vta. y 30/vta.), aclarando que se concedió un plazo de un mes para concluir la investigación.-

8º Seguidamente el 2/9/2015 se celebra audiencia preliminar para tratar la acusación y solicitud de elevación a juicio en relación a J., M. A. y en la que la defensa instó el sobreseimiento con fundamento en el art. 285 inc. 6 del C.P.P., siendo rechazado y dispuesta la elevación a juicio de la causa, no conteniendo el auto de apertura requisitos esenciales como la descripción de los hechos por los que se autoriza la elevación, ni designa el tribunal competente (ver. fs. 31/32). Vale reiterar aquí que en esta acusación el Fiscal al describir el hecho consistente en un robo a mano armada contra el propietario del comercio, incluye a G., como partícipe directo del mismo.-

9º Luego luce agregada la Acusación contra J. A. G., en la que ahora lo involucra como encubridor, al receptar bienes provenientes de dicho ilícito (art. 277 inc. 1º del C.P.), presentada el 16/9/2015 (ver fs. 35/38vta.), la que fuera tratada en la audiencia preliminar celebrada el 21/11/2015 resultando admitida y autorizando el Juez la apertura del Juicio en base a los hechos allí descriptos y la calificación legal provisoria.-

10º Correspondía solo celebrar la audiencia de juicio, la que debió ser reprogramada para el 31/5/2016, siendo integrado el Tribunal Unipersonal con la Dra. Mariel Suárez. El día 30 de mayo presentan las partes un acuerdo de juicio abreviado en relación a J., M. A.,

quien también lo suscribe, pero con un cambio sustancial en la imputación dado que se le endilga la receptación de los bienes provenientes del ilícito que en principio se le atribuía como coautor sin fundamentación alguna que justifique semejante cambio (ver fs. 68/70).-

11º El día establecido se da inicio a la audiencia de debate y la juez de grado acepta dar tratamiento al acuerdo de juicio abreviado. Como único argumento para justificar el cambio las partes indican que la víctima, el Sr. A., quien reconoció a A., como uno de los autores del hecho en rueda de persona, ahora no estaría seguro de que el nombrado fuese el autor y por ello solo le atribuye la receptación de los bienes que le fueran sustraídos (ver acta de fs. 71/vta.).-

12º La jueza emite resolución el día 3 de junio del corriente año rechazando el acuerdo por considerar que debe continuar el proceso para un mejor conocimiento de los hechos (art, 355 del C.P.P.), resolución que motiva nuestra intervención frente a la impugnación de la Defensa (ver fs. 72/73vta.); ahora bien no quedó ninguna constancia en esta carpeta que el caso en relación a G., se acumuló a otro proceso por conexidad subjetiva –Carpeta Nº 7868- siendo incluido en un acuerdo de juicio abreviado con otros hechos que se le atribuían al nombrado presentado el 26/5/2016, es decir cinco días antes de la fecha de audiencia de juicio en esta Carpeta, acuerdo que también fue tratado y rechazado por la Juez Suárez con idénticos fundamentos.-

II.- Como ya señalara en el punto “I.4º”, el Ministerio Público Fiscal ha formulado conclusiones contradictorias en un mismo

proceso y ellas han quedado convalidadas. Desde ya cabe remarcar que tal defecto no alcanza para sancionar las acusaciones, no obstante merece una observación que deberá ser tenida en cuenta luego de la decisión que adoptemos.-

Si bien ya ha sido detallada la contradicción vale reiterar aquí que al formular acusación en relación a J., M. A. y detallar el hecho lo ubica junto a J., A. G., cometiendo el robo con arma de fuego en perjuicio del Sr. A., propietario de la V., "R.", pero al requerir la apertura de la investigación y posterior acusación para G., simplemente le achaca la receptación de parte de los bienes sustraídos al Sr. A., calificando tal conducta como Encubrimiento (art. 277 inc. 1º del C.P.).-

Resulta inaceptable por un lado ubicar a un individuo cometiendo un delito determinado y por otro encubriendo su propia conducta ilícita, pero como la primer acusación fue formulada formalmente solo contra A., a su respecto es plenamente válida, no obstante cuando hace referencia a las acciones desplegada por el otro individuo deberá considerarse como un autor ignorado.-

Ahora bien la segunda acusación también es válida ya que si pese a la convalidación de la diligencia de investigación que sindicaba al mismo como uno de los autores, el titular de la acción ha considerado que no iba a ser suficiente para reprochársela, no podemos cuestionar, menos sancionar, tal determinación, ello en virtud de las facultades propias del Ministerio Público Fiscal (arts. 195 C.CH, 112 y ss. del C.P.P.), y que por la separación de funciones, los jueces nos

encontramos vedados de realizar actos que avancen sobre la actividad que le es propia a dicho Ministerio(art 18 C.P.P.).-

III.- Ingresando a la cuestión central que nos convoca luego de brindar el contexto en el que debemos emitir la decisión, las partes previo a la audiencia de debate arrimaron un acuerdo de juicio abreviado para definir la situación de A. en el que el órgano acusador cambia rotundamente el hecho descripto en la acusación imputándole solo la receptación de bienes sustraídos al propietario del comercio, calificando la conducta como Encubrimiento del art. 277 inc. 1º del C.P. y en dicho acuerdo nada se dice respecto a los motivos por los que disminuye sensiblemente los cargos cuando en la acusación, como fundamento, señala que se practicó, con todos los recaudos legales, un reconocimiento en rueda de personas con resultado positivo y categórico identificando el Sr. A. a A. como el individuo que ingresó en su comercio y a mano armada le exigió la entrega de dinero, lo que según el propio fiscal fue avalado por el testimonio de dos funcionarios policiales, más el hallazgo en su poder de los bienes producto de una diligencia de allanamiento.-

Al darse tratamiento al acuerdo luego de ser ratificado por A. el Fiscal junto con la defensa dieron si se quiere una infantil explicación a semejante cambio, señalando que "la variación en la calificación a favor del imputado es debido que en el reconocimiento en rueda de personas, la víctima no estaba seguro que fuera A. el autor y por ello quedó solo por el delito de encubrimiento…" y ello acertadamente no ha sido aceptado por el aquo.-

Sostiene la magistrada que “Las razones dadas por el Fiscal General en audiencia, no satisfacen el parámetro legal para completar el tipo penal seleccionado en última instancia por éste” y agrega que “Dado que el juez interviniente, no puede ni debe ir mas allá de lo propuesto por el acusador en contra del imputado, entiendo que resulta ajustado el rechazo de la aplicación del proceso abreviado en función de que debe continuar el proceso para que se permita un mejor conocimiento de los hechos ante la posibilidad de que haga aplicable una calificación más gravosa que redunde finalmente en una pena más grave que la seleccionada por las partes (art. 355 del C.P.P.CH.)”, análisis que comparto puesto que al margen de resultar la vía abreviada un derecho del imputado a renunciar a un juicio previo en función de un pronunciamiento condenatorio más reducido, en definitiva un recurso de última ratio del sistema sin que se vean afectadas garantías constitucionales, presuponiendo una coincidencia esencial acerca del hecho que fija el acusador, ello debe ajustarse a las pruebas reunidas, pero si ellas manifiestamente no concuerdan con esa verdad consensuada el rechazo se impone.-

En este caso el Fiscal reformuló totalmente las iniciales conclusiones sin la debida y suficiente fundamentación requerida, puesto que con las pruebas que aportaba muy probablemente podía acreditar la autoría de A. en el hecho que motivó la formación del proceso, basta recordar que la prueba dirimente, el reconocimiento en

rueda de personas, es irreproducible y más que válida para acreditar el extremo.-

Sin bien este Tribunal tiene dicho que: "…es criterio que si los preceptos jurídicos en los que las partes pretendían subsumir el hecho estaba dentro de la gama de posibilidades admisibles a partir de la plataforma fáctica dada, los Magistrados debían admitir la vía a riesgo que en el supuesto de no hacerlo se inmiscuyan indebidamente en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público Fiscal violentando la naturaleza acusatoria del rito vigente…" (Sentencias Nº 3, 6/09, 25/11 y 20/12), ahora aquí no se trata de un simple y comprensible cambio de preceptos jurídicos aplicables sino de un cambio absoluto del hecho atribuido y siendo que nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de rechazo del acuerdo para un mejor conocimiento de los hechos, corresponde confirmar la decisión y así voto.-

IV.- Por último no puede escapar a este análisis que la vía propuesta en principio está prevista para su tratamiento en la etapa preliminar, pues se acuerda sobre la base del hecho fijado en la acusación y la estimación de pena allí efectuada (arts. 355 y 295 del C.P.P.), ahora bien ello no es obstáculo para que en una instancia posterior pueda intentarse frente a una variación que válida y plenamente lo justifique como acabo de señalarlo en el punto anterior; queda claro entonces que como presupuesto básico para intentar la vía abreviada debe existir acusación, como así también que para arribar al juicio debe existir un auto de apertura que constituya la base del mismo como resultado de la

audiencia preliminar que también, valga la redundancia, presupone la existencia de una acusación.-

Señalamos esto puesto que advertimos un vicio sustancial en el auto de apertura del juicio oral que importa una afectación al debido proceso y a la defensa en juicio por cuanto no contiene la descripción del hecho de la acusación por el cual se autoriza tal apertura, incluso no designa el tribunal competente (art. 298 del C.P.P.), como así tampoco el magistrado realizó una evaluación de probabilidad acerca de que el acusado es autor del mismo, máxime cuando la defensa se opuso a la acusación e instó el sobreseimiento de su asistido ante la imposibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba ni existir fundamentos para requerir la apertura de juicio (art. 285 inc. 6º), y ello ha de implicar la sanción de nulidad de dicho acto y la necesaria realización de una nueva audiencia preliminar para tratar debidamente la acusación formulada en relación a J., M. A., reiterando la observación ya formulada para ser tenida en cuenta respecto que, cuando el Fiscal realiza la descripción del hecho y hace referencia a las acciones desplegadas por el otro individuo, deberá considerarse como un autor ignorado puesto que lo identifica como J. G., (arts. 161, 164 y 298 del C.P.P.).-

Conforme el detalle que efectuara al iniciar mi sufragio con la finalidad de exponer con la mayor claridad posible como se arribó a la instancia y los diversos errores y contradicciones en que ha incurrido particularmente el Titular de la Acción, nos lleva necesariamente a adoptar una decisión que reencause el proceso.-

Sostengo que uno de los actos de mayor trascendencia en el proceso penal es la audiencia preliminar pues se trata de una etapa en la que habrán de depurarse todos los defectos y obstáculos impeditivos para llegar a una sentencia sobre el fondo del asunto, así como la preparación adecuada del juicio y la cobertura hacia una posible conciliación o solución alternativa. Es necesaria la proactividad del Juez, debe intervenir activamente para aclarar juntos con las partes los hechos, la prueba que resulta pertinente y útil y desarrollar, en general, las demás actividades previstas en el art. 295 del C.P.P., y debe tenerse en cuenta que a los efectos de la fijación del hecho tiene gran importancia el conocimiento que el Juez adquiera en ese momento y todo ello se debe reflejar en el auto de apertura que fija el material fáctico que será motivo de juzgamiento y si lo omite importa una afectación a la garantía de la defensa en juicio, pues queda abierto pudiendo verse comprometido el principio de congruencia.-

Conforme Eduardo Jauchen "El auto de apertura de juicio es la resolución judicial por medio de la cual se admite la acusación fiscal y, en su caso, la del querellante en los delitos de acción pública, siendo una decisión de gran relevancia por cuanto en ella se determinan, entre otras cuestiones, las más esenciales que son: concretamente cuál es el hecho sobre el cual deberá tratar el juicio, cuáles son las partes legitimadas y admitidas para intervenir en el mismo, cuáles son las pruebas admitidas que se podrán incorporar en él y los acuerdos probatorios acordados por la partes que vincularán al tribunal del juicio.

Con relación al hecho que sólo será objeto del juicio, cabe señalar que la determinación del mismo en el auto de apertura concreta el material fáctico que será motivo de juzgamiento y que, por lo tanto, delimita así la exclusividad sobre la controversia y sobre el cual el tribunal tiene el deber de expedirse, no pudiendo excederse oficiosamente del mismo ni omitir pronunciarse sobre él, pues esta demarcación hace a la garantía de la defensa en juicio en tanto importa la congruencia a observarse…"
(Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, pag. 680 Ed. Rubinzal – Culzoni), en consecuencia encontrándose afectados derechos y garantías que la Constitución prevé corresponde como adelantara declarar la nulidad del auto de apertura del juicio y ordenar se realice una nueva audiencia a los fines del art. 295 del C.P.P., lo que así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) Si bien reiteradamente hemos destacado, en materia de procedimiento abreviado, que el régimen procesal local no ha contemplado la posibilidad de rechazar el acuerdo, por discrepancias sobre la calificación legal del hecho –como sí la contienen otros ordenamientos rituales- (v.g. entre otros, nuestros votos en las sentencias

n° 3 y 6/09, y 27/10, alguna de ellas citada por la Defensa del acusado A., en el recurso ordinario al que adhirió la parte acusadora); sin embargo, sí se comparte el temperamento de la Jueza Penal interviniente, en cuanto a que la modalidad de esta clase de mecanismos consensuales de resolución del conflicto, no debe estar reñida con el objetivo de alcanzar la verdad en el proceso, y sobre todo un resultado justo.-

En efecto, tal como se desprende de la motivación del decisorio impugnado, durante la etapa de la investigación penal preparatoria había podido dilucidarse la autoría de un delito de Robo agravado, en cabeza del firmante del acuerdo J., M. A.; entre otras probanzas de cargo, mediante un reconocimiento de personas, con resultado positivo –todo ello conforme la acusación pública formulada oportunamente- (v. arts. 258, 279 y ccs. del CPP, sobre el valor probatorio de estas medidas).-

No obstante ello, el Fiscal general –y luego de estar fijada ya la audiencia de juicio oral y público, en orden a aquel delito ya referido-, celebra un acuerdo sobre la base de una imputación de Encubrimiento por receptación; argumentando que, en verdad, el testigovíctima reconociente no se había mostrado seguro en aquella diligencia probatoria. Esta circunstancia fue la que, en definitiva, llevó a la magistrada al convencimiento de que un acuerdo en esos términos, no era susceptible de aprobación.-

Cabe formular una aclaración en orden al cambio de

calificación, que propuso el acusador público, y es que a diferencia de algunos de los precedentes citados, la modificación se ha producido con posterioridad a la audiencia preliminar; es decir, una vez que ya se había presentado la acusación y se había resuelto, consecuentemente, la elevación del caso a juicio oral.-

2) Resulta indudable en la actualidad que la denominada "verdad negociada", o equivalentes, ha ido ganando cada vez más terreno en los procesos judiciales –de cualquier materia o fuero que estos sean-, sobre todo por razones de economía procesal, que favorecen la simplificación del rito. Sin embargo, desde la doctrina procesal, igualmente se ha llamado la atención en el sentido que, en todo caso, aquellos hechos "no negados" –por virtud del acuerdo de partes-, deben ser "efectivamente objeto de decisión"; para lo cual "el juez puede siempre extraer elementos de juicio sobre su verdad o falsedad de cualquier fuente de información que le sea proporcionada en el curso del proceso", inclusive hasta "podrá **desconocer** su existencia cuando, por ejemplo, le parezca inverosímil que sea verdadero o esté **en contradicción con otros** hechos que han sido probados".-

En resumen, el hecho que no ha sido objeto de oposición "solo podrá ser considerado verdadero y, por consiguiente, servir de base a la decisión, cuando el juez haya madurado un juicio sobre la verdad del enunciado que lo describe" (cfr. Michele Taruffo, *Simplemente la verdad*, edit. Marcial Pons, año 2010, ps. 140 y ss., quien concluye que las situaciones descriptas no se tratan de un negocio, sino

que en ellas "**subsiste** el valor de la verdad como condición de **la justicia de la decisión**", y en las cuales "es necesario **minimizar la posibilidad** de que se adopte una decisión sin una determinación efectiva de la verdad de los hechos relevantes" –el destacado me pertenece en todos los casos-).-

Por otra parte, en la doctrina procesal española también se advierte que esta "institución" (procesal) –la denominada "conformidad"-, "puede provocar cierta incomprensión social en cuanto al contenido y alcance de la misma, dado que los ciudadanos observan que alguien que teóricamente iba a ser juzgado de pronto sale en libertad o cumple una pena bajísima, incluso asumiendo directa o indirectamente su culpabilidad, …"; para concluir más adelante, que "la economía de los procesos nunca puede ser un pretexto para descuidar la debida persecución de los delitos" (cfr. Jordi Nieva Fenoll, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, edit. BdeF, año 2012, ps. 216 y ss.).-

3) Sumo mi voto, en consecuencia, por la negativa a la cuestión planteada, y en razón que el rechazo del acuerdo ha de determinar la celebración de la audiencia de debate, también comparto el criterio de los colegas que me preceden en el orden de sufragio; en el sentido que debe anularse, de oficio, el auto de elevación a juicio, dictado en ocasión de la audiencia preliminar de fecha 2 de setiembre de 2015, por carecer de los requisitos de forma que le son propios.-

En este sentido, recientemente la Sala Penal del STJ

(voto del Ministro Pfleger, sentencia nº 54/16) ha sostenido que: "… Dada la etapa en que se emiten, las dos alternativas decisorias frente a las que se encuentra el Juez del caso una vez concluida la audiencia preliminar deben ser debidamente instrumentadas. Se trata, aquellas, del auto de apertura del juicio y del sobreseimiento, respecto de los que se han de guardar los recaudos que la norma ritual impone para las sentencias (art. 331 del C.P.P.). Este recaudo es imperativo por la trascendencia que poseen. El primero demarca -entre otras cosas- la geografía fáctica y jurídica del debate, de modo que, en el devenir, esa circunstancia ha de quedar perfectamente acreditada… La omisión de este cuidado apareja la **sanción de nulidad absoluta** de lo actuado, pues si únicamente se dejó escrito el dispositivo, el acto sentenciador no existe, por principio…" (el destacado ha sido agregado al original).-

Por último, y en virtud de lo resuelto en la Carpeta nº 7868, con relación al coimputado J. A. G., deberá tenerse en cuenta que el nombrado ya no reviste la calidad de coautor del Robo Calificado, como se consignaba en la acusación contra J., M. A..-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J., M. A., contra la resolución nº 1968/16, de fecha 3 de junio del corriente año; confirmar la mencionada resolución en todas sus partes; declarar la nulidad del auto de

apertura a juicio de fs. 31/32, el cual deberá ser renovado por otro Juez (art. 47, inc. 2, y 298 C.P.P.), y tener presente la reserva del caso federal.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: De acuerdo al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer termino y se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J., M. A., contra la resolución nº 1968/16, de fecha 3 de junio del corriente año; confirmar la mencionada resolución en todas sus partes; declarar la nulidad del auto de apertura a juicio de fs. 31/32, el cual deberá ser renovado por otro Juez (art. 47, inc. 2, y 298 C.P.P.), y tener presente la reserva del caso federal.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En orden al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión por unanimidad, adhiero a la propuesta de mis colegas para que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J., M. A., contra la resolución nº 1968/16, de fecha 3 de junio del corriente año; confirmar la mencionada resolución en todas sus partes; declarar la nulidad del auto de apertura a juicio de fs. 31/32, el cual deberá ser renovado por otro Juez (art. 47, inc. 2, y 298 C.P.P.), y tener presente la reserva del caso federal.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

--

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **J., M. A.**, contra la resolución nº 1968/16, de fecha 3 de junio del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR la mencionada resolución en todas sus partes.----------

--

3º) DECLARAR LA NULIDAD del auto de apertura a juicio de fs. 31/32, el cual deberá ser renovado por otro Juez (art. 47, inc. 2, y 298 C.P.P.).---

4º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 19/16

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller.

D. Luis María Pintos.-