En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los quince días del mes de septiembre de dos mil once, 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. **Daniel L. María PINTOS**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y María Elena Nieva de PETTINARI**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de los **Legajos de Investigación Fiscal n° 32.654, 27.966 y 30.148**, **carpetas individuales n° 3.839, 3.136 y 3.495**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Camila Banfi**, el Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **Esteban Mantecón,** la Sra. Abogada Adjunta de la Asesoría de Menores e Incapaces, Dra. **Andrea Mac Garva**, y los imputados **C. O. O. y L. D. G.**; y

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

---- Que los días 24 y 26 de agosto del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel L. María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de

C. O. O. y L. D. G., 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 de O. y G. contra el rechazo del procedimiento 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 la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Daniel L. María Pintos.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de impugnación interpuesto por la Defensa Pública de los imputados C. O. O. y L. D. G. en los autos caratulados: *"O., C. O. y otros s/Robo agravado en grado de tentativa"; "Cría. Secc. Séptima s/Inv. Psto. Homicidio r/v Hernández B." y "Desobediencia*

judicial" –Carpetas Judiciales Nros. 3.839, 3.136 y 3.495; Legajos Fiscales Nros. 32.654, 27.966 y 30.148-.

Que el agravio expuesto por la recurrente se centra en la denegatoria al pedido de juicio abreviado que dispusiera la Juez de Garantías en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar y que diera origen a la resolución en crisis protocolizada bajo el Nº 304 del año 2011, articulada en forma coincidente por las partes respecto de los imputados: *C. O.* (legajos fiscales nº 32.654, 30.1458 y 27.966) y de el menor *L. D. G.* (legajos fiscales nº 32.654 y 27.966).

Que celebrada la audiencia que prescribe el artículo 385 del Código Procesal Penal, la impugnante sostuvo los argumentos expresados en su libelo de fs. 32/34, parte de la base que el agravio tiene su origen en la errónea aplicación de la Magistrada interviniente de la ley sustantiva como adjetiva, afectando el principio constitucional de Igualdad ante la ley (art. 16 C.N) y la garantía de la defensa en juicio (art. 18 C.N).-

Afirma la impugnante: *"Que la magistrada se aboca al tratamiento de los respectivos legajos a los fines de homologar el acuerdo abreviado. Ahora bien por el hecho que generó el legajo de investigación 27.966 y que el ministerio Público Fiscal describió como:*

"el día 22 de abril del año 2010 a las 4:20 hrs. Aproximadamente J. A. G., L. D. G., C. O. O. y J. L. N. se apersonaron en la vivienda sita en la calle L. P. XXXX ingresan en la misma todos menos el Sr. N. quien se quedó esperando en el portón de entradas de la citada vivienda, mientras que el resto se dirigieron por un pasaje que se encuentra hacia el fondo por el sector lateral izquierdo del terreno donde se encuentra una vivienda precaria en la que se encontraban durmiendo B. H. y su novia Y. E. B., en dicho momento golpean la puerta y pronuncian el nombre de "B." y es allí que H. se levanta y al contestar "quién es" uno de los intrusos le efectúa un disparo de arma de fuego contra su humanidad y alcanzó a mencionar "me pusieron" cayendo inmediatamente al suelo, en dicho momento J. G. menciona "vamos gordo, vamos" en relación a su hermano L. a quienes también acompañaba O. retirándose raudamente del lugar al igual que N. que los esperaba en el acceso de la vivienda. La víctima falleció en el lugar en forma inmediata. Por una herida de arma de fuego conforme proyectil que ingresó en hemotórax izquierdo región infraclavicular izquierda penetrante en torax que lesionó el pulmón izquierdo, también lesionó la vena pulmonar izquierda produciendo una hemorragia en la cavidad toráxica alojándose el mencionado proyectil en la región dorsal del tórax en la región del omóplato izquierdo por debajo de la piel, siendo la trayectoria del disparo rectilínea conforme informe forense. Precepto jurídico aplicable art. 95 y 41 bis Homicidio en agresión agravado por el uso de arma de fuego".

La juez a quo no comparte la calificación efectuada por el Ministerio Público Fiscal (art. 95 y 41 bis del CP), sosteniendo que la pena que debería imponérsele a ambos imputados encuadra en una figura penal más gravosa que tiene una pena de prisión perpetua como la del art. 80 inc 6) del Código Penal. Sostiene tal postulación, en que la víctima se encontraba durmiendo, lo que descarta de pleno la aplicación de la figura típica seleccionada. Cita jurisprudencia.

Es por ello que la defensa impugna la decisión, enmarcando su posición en la calificación seleccionada por el Ministerio Público Fiscal en el acuerdo abreviado y en el principio de Igualdad ante la ley, toda vez que el joven N. ha sido sobreseído en base a tal calificación, previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en el artículo 6 de la Constitución Provincial, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Magistrado, al rechazar los acuerdos de juicio abreviado respecto de los imputados, L. D. G. y C. O. O., se limitó a evaluar el relato del hecho que efectuara el Ministerio Público Fiscal entendiendo que no encuadra en la figura penal seleccionada; y no obstante sobreseyó a N. sobre la base de la plataforma

fáctica y calificación legal por la que se solicitara el acuerdo abreviado. Ahora bien, entiendo que a los efectos de evaluar acuerdos como el que aquí se ha rechazado, en especial en lo que hace a la selección del tipo penal aplicable en relación a los términos en los que se expresó la descripción del hecho, el parámetro a utilizar consiste en determinar si el tipo penal seleccionado forma parte de las posibilidades jurídicas que ofrece la mentada plataforma fáctica. La figura penal sobre la que se realizó el acuerdo abreviado, si bien se encuentra en los límites de lo posible para el caso, no es ajena a la descripción del suceso. La resolución de la Juez que denegó la vía elegida por las partes, configuró una clara extralimitación de la Judicatura, que invadió espacios propios del Ministerio Público Fiscal, sobre todo en un sistema de naturaleza adversarial como el instaurado por la Ley 5478".

Finaliza la impugnante sea favorable su petición, solicitando se haga lugar y que un nuevo juez sea el que se expida sobre el tratamiento y homologación de los acuerdos abreviados. Por último hace reserva del Caso Federal.

Durante la audiencia del art. 385 del CPP, la impugnante citó el antecedente de este Cuerpo "Legajo de Investigación

Fiscal nº 17.939, carpeta individual nº 1.632" (protocolizado bajo el Nº 3 AÑO 2009), amén de desarrollar la argumentación que hiciera en su libelo oportunamente.

Ahora bien, el grado de convicción valorativo al que se llega durante la investigación penal preparatoria es técnicamente neutro o nulo para el juez del juicio, salvo los supuestos de anticipos de prueba. De ello surge con claridad las normas procesales de nuestra ley de rito donde se enlazan claramente los artículos 258 y 355.

La plataforma fáctica sobre la que las partes consensuaron el acuerdo y monto de la pena –principio de culpabilidad-, no autoriza al juez en su rechazo al mismo a fundamentar que, desde su apreciación probatoria, determina que debiera corresponderle a los imputados la máxima sanción punitiva, expresándose la a quo: "*Habiéndome abocado al estudio de los respectivos legajos, entiendo respecto del legajo de investigación 27966 que se atribuye en los acuerdos a ambos imputados el hecho ocurrido el día 22 de abril de 2010 del que resultara víctima fatal B. H., que la pena que debería imponerse podría ser mayor en el caso del imputado O., y que de declarase la responsabilidad penal del menor G. las*

circunstancias podías variar no solo en el lapso de tratamiento tutelar sino aún luego de cumplido el mismo y adquirida la mayoría de edad, ello en función de que no comparto la calificación escogida por las partes toda vez que el órgano acusador alegó para su cambio que no se ha probado los elementos típicos de la figura legal seleccionada en un principio para imputar el hecho, la que encuadraba en una figura penal más gravosa que la prevista en el artículo 80 inciso 6to que tiene una pena de prisión perpetua" (sic).

Destruyendo por tanto el acuerdo arribado, que es la esencia del procedimiento abreviado. De tal suerte entonces, cabe subrayar que el juez penal podrá rechazar el acuerdo consensuado siempre y cuando advierta la falta de presupuestos formales, como ser que las probanzas realizadas durante la investigación preparatoria carezcan de seriedad como para arribar a una decisión condenatoria en contra de los encartados, más en ningún caso en consideraciones de fondo, en el presente caso la juez actuante parte de una premisa equivocada, ya como bien lo señala la defensa, pues al formular la Acusación, el Señor Fiscal

General Dr. Marcelo Fabián Cretton puntualmente expresa: *"Este Ministerio se aparta de la calificación original que había escogido en su momento de homicidio agravado (art. 80 inc. 6to del C.P.) en razón de entender que con el transcurso de la investigación se ha podido probar un*

simple acuerdo entre los imputados en autos pero no una convergencia intencional anterior donde el comportamiento de cada uno nazca objetiva y subjetivamente relacionada con la de los otros imputados como requiere la figura. En consecuencia a modo de conclusión teniendo presente las particulares circunstancias como se desarrollaron los hechos no caben dudas respecto a la presencia de J. G., C. O. y L. G. en el domicilio de la víctima donde uno de ellos extrajo un arma de fuego y terminó con la vida de B. H., mientras el cuarto integrante J. N. se quedó en el exterior para asegurar el accionar de sus consortes, lo que demuestra para el caso concreto una reunión ocasional entre ellos siendo un acometimiento de varios contra la víctima que no alcanzó a defenderse… Es aplicable el Art. 95 y 41 bis –Homicidio en agresión Agravado por el uso de Armas de Fuego-" (sic).

Enseña Ferrajoli que "la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto lógico y estructural de todos los demás". La garantía de la separación, prosigue, "representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad *(terzietà)* del juez respecto de las partes de la causa" y, por otra, "un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio".

Sentado ello, en el trámite acordado por las partes y que la magistrada rechaza en disconformidad por la calificación jurídica enrostrada a los imputados, he de traer a colación en los autos bajo examen: *"Los conceptos que surgen del tipo penal previsto en el artículo 95 del Código Penal son la riña o agresión. En este último caso se requiere un acometimiento de un grupo contra otro, por lo que el requisito de más de dos personas, la jurisprudencia parece haberlo extendido a cuatro, pues sólo así se comprende la existencia de dos grupos. Además esto se da cuando un solo grupo ataca y el otro se defiende, lo que implicaría que si el agredido fuere uno solo, se requerirán tres agresores, de lo contrario estaríamos ante una riña. En esta última, todos atacan y todos se defienden. "Por agresión se entiende el acometimiento de varios contra uno u otros que se limitan a defenderse pasivamente (evitando ser golpeados pero sin golpear, protegiéndose, etc.) pues si adoptan una defensa activa se trataría de una riña" (conf. Derecho Penal. Parte Especial, t. I, Rubinzal-Culzoni, p. 188).*

Si al producirse el resultado muerte y no poseer certeza alguna sobre quién resultó el autor del resultado típico, debe estarse al concepto de agresión explicado, y tipificar el hecho en la figura que describe el artículo 95 del Código Penal.

En cuanto hace a la autoría, el requisito está dado por haber ejercido violencia sobre la víctima. También quedó acreditado que el imputado y su grupo fue el agresor, y resultando que no se requiere en el tipo que el autor haya sido quien produjera la herida mortal, pero sí que su conducta haya sido dolosa, queriendo desarrollar esa violencia. "Es requisito del tipo penal que no conste quién o quiénes provocaron el resultado no querido por la norma. En tal caso por una ficción de autoría serán responsables aquellos que hayan ejercido violencia sobre la persona del muerto o lesionado. De poder dilucidarse quién o quiénes han provocado el resultado obviamente son aplicables las reglas generales de participación y autoría". "Por más que se pretenda lo contrario lo cierto es que, en la práctica, esta figura es aplicable toda vez que se cometa el delito de lesiones u homicidio por varios sujetos y no pueda identificarse cuál de ellos es el autor" (conf. Derecho Penal. Parte especial, t. I, Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, ps. 189 y 190). TOCr. Nº 29, 24-2-2000, "T. T., W.T.", c. 610.

"La figura de muerte y lesiones en riña del artículo 95 del Código Penal se ajusta perfectamente al caso, toda vez que las condiciones exigidas por la misma se dan en la especie con meridiana claridad. Las condiciones negativas: 1) No consta fehacientemente quiénes causaron la muerte y las lesiones, y 2) no existen antecedentes o

presunciones ciertas que autoricen a inferir con fundamento que los procesados actuaron dolosamente concertados. Las condiciones positivas: 1) Resultó de esa riña una muerte y lesiones, y 2) se probó también que todos los procesados ejercieron violencia sobre las personas de los ofendidos, violencia que también fue idónea para ocasionar los resultados conocidos." CCrim. De Paraná, sala I, 4-6-96, "A. A.; J. H. I. s/Homicidio", SAIJ sumario Nº 11000399.-

Como ya lo dijera al dar la breve síntesis del resultado de la deliberación de este Cuerpo, he de volver a repetir que: *"…el control de legalidad de los actos del Ministerio Público no resulta incompatible con su independencia, ambos son valores que deben conjugarse para no vulnerar la esencia del sistema republicano de gobierno…" (del voto del Dr. Fayt, Fallos 325:2005).* Tal control, y así lo entiendo fue ejercido adecuadamente en el caso. Si la parte acusadora de modo responsable –se presume-, haciendo un nuevo examen de las constancias de la causa, consideró razonable y adecuado constreñir la base fáctica de la imputación y readecuar el encuadramiento legal, explicitando los motivos que la llevaron a adoptar tal actitud, no puede configurar una causal de rechazo del acuerdo de juicio abreviado sólo por discrepancia de la magistrada actuante. Por otro costado y como ya lo he dicho en otras resoluciones de similar tenor, y a la que ha aludido la Defensa en su libelo, nuestra ley

ritual Nro. 5478 prevé expresamente en diversos artículos 17, 18, 25 y ccs. del CPP dada una interpretación sistemática del mismo, que nos lleva a adoptar un criterio restrictivo en orden a los alcances de la intervención del Tribunal en aquellos casos en que el legislador ha optado por un modelo consensual como resulta el procedimiento abreviado. En el caso bajo análisis resulta de toda evidencia que la juez penal actuante ha excedido por errónea interpretación de la ley sustantiva, en su análisis el marco de razonabilidad sobre la procedencia del instituto del juicio abreviado y por tanto en la oportunidad de la presentación del acuerdo para la realización del procedimiento abreviado y por las consideraciones expuestas en la impugnación deducida por la Defensa, la misma ha de tener favorable acogida, en vista al cumplimiento de los recaudos formales para ello y en consecuencia deberá revocarse la resolución Nº 304/ 2011 del 23/6/2011, para la realización por parte de un nuevo magistrado a una nueva audiencia en los términos del art. 355, párrafo 2º del CPP, al estar comprometida en su objetividad, quien rechazara el acuerdo. Así sufrago.-

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

I.- No he de reiterar, en honor a la brevedad, el detalle de los agravios de las partes ni de los términos de la Sentencia venida en impugnación, remitiendo a tal fin a lo expuesto en el voto precedente.

En lo que aquí interesa, el Ministerio Fiscal acordó con

C. O. O. y su Defensa técnica, la realización de un Juicio Abreviado, respecto de diversos hechos, pero procede describir uno de ellos, en definitiva el cuestionado por la Magistrada que rechazó el indicado acuerdo, en virtud de la calificación jurídica atribuida al mismo, y por ende también por la pena consensuada.

El día 22/4/2010, a las 4:20 hs. aproximadamente, O., J. G., L. G. y J. N. concurrieron a la vivienda ubicada en calle L. P. nro. 3937, ingresando todos excepto el último, quién quedó esperando en el portón. El resto se dirigió por un pasaje interno del sector lateral izquierdo del terreno, hacia una casa precaria donde se hallaban durmiendo B. E. y su novia, J. B.. Una vez allí, golpearon la puerta expresando el nombre "B.", por lo que E. se levantó y al contestar "quién es" recibió un disparo de arma de fuego realizado por una de los personas que llegaron hasta su puerta. Luego, estos se fueron del lugar y la víctima falleció en el acto, producto de la herida que interesó la vena pulmonar izquierda.

La calificación atribuida en el Acuerdo Abreviado fue la de Homicidio en Agresión, agravado por el uso de arma de fuego (arts. 95 y 41 bis del CP).

La Magistrada rechazó la vía alternativa mencionada por que a su criterio el suceso debió ser encuadrado en los términos del art. 80 inc. 6to. del CP., por haber sido cometido con el concurso premeditado

de dos o mas personas, precepto propuesto al principio del proceso por el Ministerio Fiscal, aseverando que la circunstancia de que la víctima se hallaba durmiendo, descarta de plano la aplicación del art. 95 del catálogo represivo. De allí, que la pena concertada no podía ser avalada por la A-quo.

II.- Me permito reiterar los conceptos vertidos en el caso **"Cárdenas"**, sentencia nº 3/09, citado por la Defensa como un precedente aplicable a la cuestión en estudio, con lo cual concuerdo plenamente: "Entiendo que, a los efectos de evaluar acuerdos como el que aquí debemos analizar, sobre todo en lo que hace a la selección del tipo penal aplicable en relación a los términos en los que se expresó la descripción del hecho, el parámetro a utilizar consiste en determinar si tal tipo penal aplicado forma parte de las "posibilidades jurídicas" que ofrece la mentada plataforma fáctica".

"Es decir, todo acontecimiento de relevancia penal, más aún en la etapa en la que se debe celebrar el Acuerdo de trámite Abreviado (art. 355 1er. párrafo del CPPCh.), admite una gama de "subsunciones" cuya discusión, eventualmente, puede formar parte del Debate Oral, en caso que se realice, y aún de las vías impugnativas posteriores a la Sentencia".

"Entonces si, como aquí ocurrió, el Acusador Público

decidió no “arriesgar” sus intereses en un Juicio oral endilgando a Cárdenas una participación en el atraco, por la dificultad de acreditar tal extremo, trocando un resultado azaroso por una condena sobre la base de un dispositivo penal menos gravoso, nada debemos objetar a su actuación”.

“Incluso se trató de una decisión que se encontraba habilitado el Fiscal para tO., y que se enmarca en cierto contexto discrecional que se abría desde las posibilidades que ofrecía la investigación que llevó a cabo”.

“El análisis de legalidad del acuerdo da un resultado positivo para el mismo desde que la figura penal sobre la que se realizó, si bien se encuentra en los límites de lo posible para el caso, no es ajena a la descripción del suceso”.

“En virtud de lo expuesto, la resolución del Juez que denegó a vía elegida por las partes configuró una clara extralimitación de la Judicatura, que invadió espacios propios del Ministerio Fiscal, sobre todo en un sistema de naturaleza adversarial como el instaurado por la Ley 5478, pues en definitiva el Magistrado de tener éxito su decisión, culminaría indicando al Fiscal como y por qué debe ir a Juicio oral”.

III.- La similitud de ambos casos se presenta como evidente, al menos en lo que hace al sustrato fáctico y las posibilidades de encuadre jurídico que permitía. La víctima al recibir el disparo no se

hallaba durmiendo, tal la descripción del hecho en el Acuerdo Abreviado, y no fue posible determinar quién ejecutó el mismo, de allí el cambio de enfoque por parte del Ministerio Público, quién en definitiva, propuso la aplicación de un precepto que esta dentro de los tipos penales "posibles" de adecuación legal al factum.

Por lo expuesto, la decisión de la cuestión traída a resolver debe transitar los mismos andariveles que aquella que se cita como precedente emanado de este Tribunal: la denegatoria del Juicio abreviado debe ser revocada, sustanciándose nuevamente el acuerdo ante el Juez que corresponda, vía Oficina judicial. Así voto.-

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

I.- Comparto íntegramente el criterio de los colegas que me preceden en el orden de votación, teniendo en cuenta que de modo reiterado nos hemos expedido ya en forma similar (v.g. sentencias n° 3 y 6/09, y 27/10); en el sentido que, cuando de la prueba colectada durante la investigación, surgen con evidencia la materialidad de los hechos, y la autoría del acusado, entonces el juez debe admitir el acuerdo de procedimiento abreviado, y dictar la correspondiente sentencia. En cuanto a la posibilidad, prevista en el CPP, de que el Tribunal rechace la vía solicitada, ello no debe interpretarse como una habilitación amplia, para

que el órgano jurisdiccional revise el contenido de todo lo pactado por las partes, de acuerdo a su óptica personal de la aplicación del derecho.-

En apoyo de esta solución, hemos tenido en cuenta siempre la interpretación sistemática del ordenamiento procesal vigente, que nos debe inclinar a adoptar un criterio restrictivo, en orden a los alcances de la intervención del Tribunal, en aquellos casos en que el legislador ha optado por un modelo de solución del conflicto de tipo predominantemente consensual, como resulta el procedimiento abreviado (arts. 17, 18, 25, 355 y ccs. del CPP).-

II.- También en los precedentes reseñados *ut supra*, se ha puesto de resalto que el Ministerio Público Fiscal es custodio de la legalidad, y por ende cuando procede a calificar jurídicamente una conducta –v.g. en la acusación pública-, cabe presumir siempre que lo hace guiado por una recta aplicación del derecho; de manera entonces que, más allá del acierto de esa posición en el caso concreto, y/o la discrepancia que pueda suscitarse en términos de tipificación legal, estas posibles divergencias no deberían poner en riesgo la viabilidad del acuerdo de partes .-

Puntualmente, en lo concerniente a las consideraciones efectuadas por la Jueza penal para rechazar los acuerdos de juicio abreviado con respecto a los imputados G. y O. –en el caso del primero, el

acuerdo contaba con la aceptación de responsabilidad por el adolescente, que exige el art. 410 del CPP, y también con la conformidad del Ministerio Pupilar-, en especial cuando le atribuye al Ministerio Público Fiscal "encuadrar los hechos en cualquier figura penal", lo que implicaría de su parte "un grave accionar"; se advierte que las mismas carecen de asidero, si se toma en cuenta, a título ilustrativo, que en la acusación del Legajo Fiscal n° 27.966, el acusador público expresamente consignó como ya lo destacara la Jueza del primer voto, que: "Este Ministerio se aparta de la calificación original que había escogido en su momento de Homicidio agravado (art. 80 inc. 6° del CP) en razón de entender que con el transcurso de la investigación se ha podido probar un simple acuerdo entre los imputados … pero no una convergencia intencional anterior … como requiere la figura", optando en definitiva por la aplicación de los arts. 95 y 41 bis CP.-

A mayor abundamiento vemos que, por ejemplo, en la sentencia n° 12/02, el STJ ha señalado respecto a la interpretación del Homicidio calificado de referencia, que "la premeditación del concurso requiere, en cada interviniente, en el momento del acuerdo, el mínimo de conciencia y voluntad necesario para que su actuación en el hecho sea una secuela del acuerdo" (con cita de Núñez); como asimismo que ese concurso, que significa asistencia, "ha de ser premeditado, esto es … que

el acuerdo previo constituye una forma de premeditación". En el mismo precedente, el Dr. Royer sostuvo en su voto: "…Hubo premeditación en la realización de la empresa criminal: los tres acusados concibieron un desarrollo de los acontecimientos que incluía el atentado a la vida humana y el obrar concertado. Ese remate –la muerte- y su modalidad –los balazos incesantes- fue trazado de antemano: la motivación colectiva en pro del homicidio se complementó con la decisión de llevarla a cabo solidariamente, de suerte tal que el objetivo final y su ejecución común importaron elementos esenciales del proyecto. La deliberación del grupo, la preparación de las armas, el traslado hacia el lugar del hecho y la línea de fuego de los disparos, son datos objetivos que permiten deducir una culpabilidad clara y, desde luego, la corrección de la figura legal empleada por los Magistrados del debate…".-

Utilizando un argumento a contrario, si no se han demostrado a juicio del acusador público, en el caso concreto, circunstancias de hecho similares o análogos a las citadas precedentemente, entonces puede concluirse que no aparece infundado el cambio de calificación.-

En otros precedentes, también sostuvo el Alto Tribunal que el concurso premeditado no se equipara a una simple comunidad subjetiva, y por lo tanto no concurre la agravante del art. 80 inc. 6° CP,

cuando la agresión ha sido más una salvaje ocurrencia, que un designio tomado de antemano para alcanzar la mayor eficacia que significa el número de los intervinientes activos (cfme. casos “Burgos”, del 16/6/72, “Valenzuela” del 2/7/93, citadas por J. Ferreyra: “Derecho Penal”, t. 2, pág. 47; y sentencia nº 23/97).-

En definitiva, no siendo suficiente la mera discrepancia del Tribunal, con la calificación escogida por las partes en el acuerdo, como condición para rechazar el procedimiento abreviado; corresponde admitir la impugnación de la Defensa, también compartida por la representante del Ministerio Pupilar, y a la que se sumara el Ministerio Público Fiscal, revocando en consecuencia la resolución recurrida.-

III.- Por último, resta por señalar que hubiera sido conveniente, en aras de una mejor fundamentación del requerimiento fiscal de elevación a juicio (art. 25 CPP), que así como se justificó explícitamente el porqué del apartamiento de la calificación original del hecho –según lo hemos reseñado *ut supra*-, también se debería haber completado el razonamiento que llevó a optar, en definitiva, por la figura atenuada del art. 95 CP, con la motivación seguida para descartar previamente el tipo penal del art. 79 CP, en grado de coautoría (art. 45 CP) –una vez desestimada la figura del Homicidio calificado-. Dicho todo esto, a manera

de *obiter dicta*, ya que no alcanza para modificar las conclusiones ya adelantadas precedentemente.-

IV.- Por todo lo expuesto, a esta cuestión voto por la afirmativa.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado de la cuestión precedente, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados C. O. O. y L. D. G., contra la decisión interlocutoria sobre el rechazo de homologación de juicio abreviado dictada durante la audiencia preliminar; revocar la mencionada resolución y admitir la vía solicitada, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una nueva audiencia para que otro Tribunal se expida en los términos del art. 355, 2do. párrafo, del CPP.-

Corresponde además regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública por su labor en la presente etapa de impugnación. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, su incidencia en el resultado del proceso, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763).- (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 -antes Ley 2.200-).-

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

En orden al resultado de la cuestión que antecede, propongo el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados C. O. O. y L. D. G., contra la decisión interlocutoria sobre el rechazo de homologación de juicio abreviado dictada durante la audiencia preliminar; revocar la mencionada resolución y admitir la vía solicitada, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una nueva audiencia para que otro Tribunal se expida en los términos del art. 355, 2do. párrafo, del CPP.-

Asimismo coincido a los dichos de mi colega preopinante en lo que respecta a la regulación de honorarios.-

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

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente, adhiero al dictado el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados C. O. O. y L. D. G., contra la decisión interlocutoria sobre el rechazo de homologación de juicio abreviado dictada durante la audiencia preliminar; revocar la mencionada resolución y admitir la vía solicitada, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una nueva audiencia para que otro Tribunal se expida en los términos del art. 355, 2do. párrafo, del CPP.-

Asimismo adhiero a los dichos de mis colegas preopinantes en lo que respecta a la regulación de honorarios.-

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

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

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados C. O. O. y L. D. G., contra la decisión interlocutoria sobre el rechazo de homologación de juicio abreviado dictada durante la audiencia preliminar (arts. 71 inc. A 1, 329 y ss., 370, 374, 382 y ss. y cc. del CPP).-

---

2º) REVOCAR la mencionada resolución y admitir la vía solicitada, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una nueva audiencia para que otro Tribunal se expida en los términos del art. 355, 2do. párrafo, del CPP.----------

---

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763).- (Ley XIII, Nº

15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

---

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese y oportunamente remítase la presente a la Oficina Judicial.----------

---

La presente es firmada por dos de los Magistrados por encontrarse en uso de licencia la Dra. María Elena Nieva de Pettinari con posterioridad a la deliberación.-