En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de diciembre 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 Daniel L. 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° 76292**, **Carpeta individual n° 8835**, caratulada: **"S., B. N. y otro s/ Robo agravado en grado de tentativa"** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Fiscal General Dra. **Ana Cecilia Codina**, la Abogada Adjunta de la Defensoría Pública Dra. **Claudia Inés Torrecillas** y el imputado **J. L. V.**; y

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

Que los días siete y catorce del corriente mes y 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. L. V., a la que adhieren el Ministerio Público Fiscal, 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 J. L. V., contra la resolución nº 4080/16 que rechaza el Juicio Abreviado, a la cual adhiriera el Ministerio Público Fiscal?, 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. Daniel L. María Pintos.-

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

**I.-** El Ministerio Fiscal, en el escrito acusatorio en su versión definitiva, describió el hecho materia de autos de la siguiente manera: el día 6/6/016 a las 00 hs. aproximadamente, B. S. y J. L. V. ingresaron al Hospedaje "M." ubicado en la calle homónima nro. 1083 de esta ciudad, subieron al primer piso y una vez en la recepción, la primera extrajo un arma blanca de entre sus prendas y la exhibió al encargado, D. S., mientras que el segundo lo tomó del brazo, le apoyó "algo" en el cuerpo, le exigió que se tire al piso y una vez allí le sustrajo la suma de casi tres mil pesos y un teléfono móvil. Luego S., se dirigió a una habitación contigua donde se hallaban los pasajeros A. M. y M. B., el primero logró escapar por los techos, la segunda fue intimidada por la acusada, quién la ubicó junto a S., vigilados por su consorte. Posteriormente S., subió un piso más, en busca de P. S., quién estaba en la habitación nro. 9, y al encontrarla la amenazó de muerte, lesionó con el arma, aunque S. logró encerrarse en la pieza, ante lo que los encartados se retiraron con el botín referido, siendo aprehendidos por la Prevención en la vía pública a escasos metros, la cual fue alertada por un

vecino al que advirtió de lo que sucedía M.-

La Fiscal calificó el hecho como Robo agravado por el uso de arma blanca en grado de Tentativa (arts. 166 inc. 2), 45 42 del CP), respecto de V., cuya situación es la que se encuentra a estudio y no la de S., estimando una pena, para el caso de tener que peticionarla en Debate, que no debía superar los cuatros de prisión. Alternativamente, para el supuesto de no poder acreditarse el uso del arma aludida, por ambos reprochados, en el desapoderamiento de los bienes de S., propició la tipificación en la figura del Robo simple, también tentado, proyectando un eventual pedido de sanción en un monto no superior al año y medio de prisión.-

En la Audiencia Preliminar, la Juez actuante sostuvo que el Acusador no había reunido la evidencia necesaria como para acreditar en Juicio Oral el uso del arma para provocar el desapoderamiento, por lo cual decidió abrir la etapa del Plenario en función de la calificación alternativa.-

Previo al Debate, las partes celebraron un Acuerdo de Juicio Abreviado, mediante el cual V. se declaraba culpable del hecho supra descripto, aceptaba la calificación de Robo simple en grado de Tentativa, una pena de tres meses de prisión de cumplimiento efectivo, que se lo declare Reincidente por segunda vez, la revocación de la libertad condicional que estaba gozando al momento del suceso, y una condena unificada, en virtud de los antecedentes que detallaremos a continuación, de un año y veintidós días de prisión, bajo la modalidad de detención domiciliaria.-

El acusado fue condenado en fecha 24/12/03 a la pena de un año y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo, y declarado

Reincidente por primera vez. Luego, en fecha 19/9/012 fue condenado a la pena de un mes de prisión, en la modalidad de cumplimiento nocturno. Posteriormente, fue nuevamente condenado, 19/2/014, esta vez por tres años y siete meses de prisión, aunque domiciliaria (art. 10 c) CP.), obteniendo la Libertad condicional en fecha 28/4/016, beneficio que fue el que estaba usufructuando al momento del hecho de autos.-

Presentado el Acuerdo, celebrada la Audiencia respectiva, ya en condiciones de resolver la cuestión, el Magistrado designado para llevar a cabo el frustrado Debate lo rechazó. Básicamente, consideró que la calificación de dicho Acuerdo, Robo simple tentado, no se adecuaba a las características del caso ni a la evidencia reunida, a su vez prueba ofrecida para el Juicio oral, concretamente, las declaraciones testimoniales de S., B.t, M, S., las actas policiales labradas, el hallazgo en poder de los encartados de la res furtiva, su trabajo en equipo, las constancias de la filmación de la cámara de seguridad interna del comercio, secuencias que reprodujo identificándolas por minutos y segundos. Desde allí, sostuvo que el arma fue aprovechada por ambos para proceder al desapoderamiento.

Otro aspecto de su decisión reposó en lo exiguo de la pena concertada, aunque siempre desde su discrepancia con la calificación escogida por las partes.-

La Defensa impugnó el mentado rechazo, alertando sobre el carácter arbitrario del mismo, la violación de la imparcialidad, objetividad, apropiación indebida de roles correspondientes al Ministerio Fiscal por el Juez, e incorrección de la repulsa a una tipificación en definitiva consagrada

por otro Magistrado en la Audiencia Preliminar.-

La Fiscal actuante adhirió al remedio de su contraparte, y remarcó el argumento consistente en que el Juez, al objetar la calificación legal acordada, se ”apropió” de un rol asignado, precisamente, al Ministerio Fiscal.-

En la Audiencia del art. 385 del CPPCh. las partes reiteraron sus alegaciones y V. también reafirmó su voluntad de someterse a la vía abreviada de la menara concertada.-

**II**.- Más allá del, gentilmente, invocado por la Defensa, en otros precedentes hemos analizado, directa o indirectamente, la importancia de la calificación provisoria incluida en el Auto de Apertura a Juicio (Sentencia nro. 33/14).-

No es posible negar que posee un significado, tanto por su inclusión como recaudo del acto previsto en el art. 298 (inc. 2)) del CPPCh., como por la estricta regulación de los posibles cambios posteriores en el sentido jurídico de los hechos contenidos en la Acusación, de lo que dan cuenta los arts. 322 y 332 de dicho cuerpo legal.-

Entonces, podemos concluir en que la calificación legal del Auto de Apertura a Juicio, si bien provisoria, es de observancia plena hasta el inicio del Debate propiamente dicho, en cuyo transcurso pueden verificarse circunstancias que la modifiquen, y que permitan a los Jueces del Juicio decidir siguiendo la regla del principio ”iura novit curia”, sin que prevalezca el criterio jurídico del Magistrado del acto previsto en el art. 295

del rito, pues todo el sistema adjetivo sancionado por la Ley XV nro. 9 se basa en otro principio, el de la centralidad del Juicio, por lo cual, en resumidas cuentas, siempre deberá prevalecer la adecuación típica de los Magistrados del Debate, en la medida, si hubiere cambios, que los mismos no irroguen un menoscabo indebido al derecho de defensa.-

Otro dato que aporta a este análisis radica en que hasta la prueba, cuya admisión incumbe al Magistrado de la Audiencia preliminar, resulta una decisión provisoria, vigente hasta el inicio del Juicio pero supeditada a lo que resuelva el Tribunal del Debate en su transcurso (art. 299 última parte CPPCh.; conf. Jauchen, Eduardo "Tratado de Derecho procesal penal" T. II. Pag. 684 Ed. Rubinzal Culzoni).-

Entonces, una de las consecuencias prácticas de la determinación de los preceptos jurídicos aplicables en el Auto de Apertura a Juicio, resulta la utilización de la vía abreviada, y es lo que ha ocurrido en este caso, en el que las partes propusieron el acuerdo previo a que se desarrolle el Debate, también E. J. aporta, comentando el orden adjetivo de la Provincia de Santa Fé, que admite la abreviación aún en el transcurso del Juicio Oral común, que en dicho supuesto el Tribunal debe limitarse a que no exista incompatibilidad manifiesta entre las circunstancias acreditadas y admitidas y la calificación que lleve a un sistema de verdad consensuada (Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III pag. 532, Ed. Rubinzal Culzoni).-

Considero que en el sub-judice la opinión del Magistrado emisor del acto impugnado ha sido correcta, pues de la forma en que quedó

delimitado el hecho en la Acusación, más la evidencia reunida, una de sus interpretaciones jurídicas posibles, era claramente la de una coautoría de un Robo calificado por el uso de un arma blanca que alcanzaba a ambos consortes de causa. Al menos se requería descartar tal interpretación con mayores argumentos que los utilizados con la juez del acto.-

Se presentaba como endeble afincar la opción por la tipificación alternativa en una pretendida retractación en la versión de S., presuntamente obtenida en un Estudio Jurídico, cuando se proponían otros testimonios, más la contundente evidencia de una filmación, lo cual en conjunto, parecía acreditar la tesis principal de la Acusación.-

No obstante, ante la decisión de Auto de Apertura, el Ministerio Fiscal tenía tres caminos: impugnarlo, vía el art. 376 del CPPCh.; aceptar lo resuelto y manejarse con la calificación legal provisoria del Auto de Apertura a Juicio; concurrir al Debate e intentar un regreso a su enfoque jurídico principal por medio del mentado art. 322 del orden adjetivo.-

Escogió la segunda, elección válida y explicable en la forma en que había quedado zanjado el tema luego de la Audiencia Preliminar.-

Ya hemos advertido sobre la trascendencia de la labor jurisdiccional en la Audiencia Preliminar, tanto respecto de la evaluación del cumplimiento de los recaudos propios de la Acusación, como de la racionalidad en la admisión de los medios de prueba para el Juicio Oral, lo que impacta directamente en su duración, como en la seriedad del análisis de

las soluciones alternativas al conflicto propiciadas.-

Aunque aquí el Juez del Acuerdo Abreviado debía manejarse con la calificación legal fijada en dicho acto. Cuestionarla significaba tomar un sendero privativo del Ministerio Público, el cual no lo había recorrido. En ello, la apropiación de un rol que a la Magistratura no le compete, ha asistido razón a la crítica de las partes.-

**III**.- Tanto la Defensa como el Ministerio Fiscal, y el propio Juez de grado, han citado precedentes de este Tribunal, los que ilustran, sin dudas, nuestro criterio en cuanto al instituto en cuestión.-

Ahora bien, el real impedimento de admisión de la vía pretendida se vincula aquí con la prognosis de la pena a determinarse en Debate y no a la tipificación propuesta.-

Se trata de "la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida" a la que alude el art. 355 CPPCh. en el comienzo de su tercer párrafo. Tal resulta el punto a dilucidar, y con el va la resolución de la impugnación deducida, el alcance que se impone atribuir a dicha expresión, uno de los supuestos en que el Juez Penal puede no admitir la vía abreviada.-

El Magistrado, en las presentes actuaciones, consideró que el hecho, de ser tratado en Debate, hubiese merecido una pena mayor que la consensuada por las partes, el cual fue otro de los motivos al rechazo, más allá que se llegó al mismo por vía de objetar la tipificación, lo cual, insistimos, no podía hacerse.-

Partamos de una base en la tarea de interpretación anunciada. Siempre la pena seleccionada en un acuerdo abreviado podría ser mayor si se llevara el caso a Juicio Oral. Solo si las partes coincidieran en la determinación del máximo de la escala del delito de que se trate, ello no ocurriría, pero sería dificultoso imaginar un imputado, y un Defensor, que consintieran tal fijación, pues el Juicio Abreviado no deja de ser una negociación, dentro de ciertos márgenes impuestos por el orden adjetivo, en la cual el Acusador Público y eventualmente el Querellante, "ceden" cantidad en la sanción, y en ciertas ocasiones preceptos jurídicos de mayor gravedad, en función de obtener una condena, sin tener que llegar al Juicio Oral común.-

En tal contexto entonces, es necesario extremar el análisis pues, una evaluación "literal" de la norma llevaría inexorablemente a la desaparición de la chance de acudir a la vía abreviada, lo cual, obviamente, no sería posible. O, a dejar en manos del total arbitrio judicial la misma, opción tampoco recomendable ni admisible (art. 25 primer párrafo CPPCh.).-

La calificación jurídica propuesta por las partes en un Juicio Abreviado debe estar dentro de las posibilidades que el hecho permite, lo mismo entonces cabe para la pena, es decir, el monto propuesto debe estar dentro de las chances que hubiese tenido para decidir un Tribunal de Juicio común.-

Para determinar ello el Juez del Acuerdo Abreviado debe

realizar una prognosis consistente en evaluar si la pena acordada hubiese podido ser impuesta en Debate, utilizando la información que se desprende del propio acuerdo abreviado.-

Desde lo subjetivo, la edad de V., hubiese resultado un parámetro que no lo hubiese favorecido en un examen de dosificación. Tampoco sus antecedentes, no obstante aquí, por fuera de lo que debemos decidir, se impone una digresión.-

El último antecedente que implicó una pena de cumplimiento efectivo por el imputado data del año 2003. Conforme lo estipulado por el art. 51 inc. 2) del CP., tal condena se encuentra perimida, y con ello, la declaración de reincidente que la integraba.-

Lo posterior, en lo referente al rubro, fueron penas privativas de la libertad de cumplimiento nocturno, o domiciliario, es decir, que importaban ausencia de tratamiento carcelario. Habiendo consagrado la Ley penal la variante "real" de la Reincidencia, no correspondía la declaración por, segunda vez, del acusado como incluido en el indicado instituto, y la primera como observamos, había caducado. Deberá tenerse en cuenta tal extremo de intentarse un nuevo Acuerdo.-

Desde lo objetivo, aún sobre la base de los arts. 164 y 42 del CP., la nocturnidad, división de roles, uso del arma blanca, que de no considerarse dentro del tipo, adquiriría un neto significado de agravante en la cesura, hubiesen obligado a un eventual Tribunal de Juicio también en calidad de agravantes.-

**IV**.- En definitiva, una prognosis de pena la ubicaba lejos del mínimo de la escala, y también de los tres meses de prisión efectiva concertada.-

Ello se patentiza aún más si se observa la condena unificada propuesta, incluida la revocación de la libertad condicional concedida a V., que de consagrarse hubiese implicado que por este hecho, la sanción se redujera a escasos días.-

Por los fundamentos aquí expuestos, entonces, la decisión impugnada debe ser confirmada, por lo que me pronuncio. Así voto.-

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

I.- Sin perjuicio de la completa reseña del caso realizada al comienzo de este acto, considero de utilidad efectuar una breve síntesis del antecedente inmediato del acuerdo de juicio abreviado presentado por las partes al inicio de la audiencia del debate y de los términos del mismo para dar un marco adecuado a la decisión.-

1.- El Ministerio Público Fiscal formuló acusación sosteniendo que el hecho atribuido a J. L. V., era constitutivo del delito de Robo agravado por el uso de arma blanca en grado de tentativa y en calidad de coautor (arts. 166 inc. 2º, 42 y 45 del C.P.), estimando que le correspondería aplicar una pena que no debía superar los cuatro años (4) de prisión.-

Luego se dio inicio a la audiencia preliminar, en la que a instancia de las objeciones a la acusación formuladas por las defensas, la

Jueza actuante dispuso suspenderla, ordenando al Ministerio Público Fiscal efectuar correcciones y que analice la posibilidad de ensayar una calificación alternativa.-

Es así que el órgano acusador presenta una rectificación del hecho y propone una calificación alternativa. La corrección solo consistió en suprimir una acción atribuida a la consorte de causa, B. S., lo que no impactó en los términos del reproche que le formula a V., manteniendo la calificación legal escogida, aunque sí propuso una alternativa para el supuesto de no poder acreditar la utilización del arma blanca siendo la figura del Robo simple en grado de tentativa y además disminuyó la pretensión punitiva, estimando que la pena a imponer no debería superar un año y seis meses de prisión.-

Reanudada la audiencia preliminar se analizó y debatió la acusación y las pruebas ofrecidas por las partes, dictando la Jueza el auto de apertura del juicio oral, admitiendo en todos sus términos el hecho descripto en la pieza acusatoria, no obstante recepta la calificación jurídica alternativa, porque vislumbra que la investigación fiscal no cuenta con prueba para acreditar en el juicio la utilización del cuchillo en el delito contra la propiedad.-

Desde luego que el recurso nos limita al conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución impugnada, pero los antecedentes detallados ilustran lo mal que ha sido tratado el caso, en particular en la audiencia preliminar que viene a constituir un acto de suma trascendencia dentro del actual sistema de enjuiciamiento, como ya lo hemos

destacado en repetidas oportunidades, pues dará las bases al juicio oral y público, y a no dudar que ello ha de influir en la solución que corresponde dar al caso.-

Llegamos así al acuerdo del que se extrae en primer lugar que V. admite con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la autoría y responsabilidad del hecho; también acepta el encuadre legal, la pena propuesta por la Fiscal General de tres meses de prisión de cumplimiento efectivo y la declaración de reincidencia por segunda vez.-

En el punto "cuarto" del acuerdo se detallan los antecedentes penales que registra el imputado del cual se extrae que cometió el hecho encontrándose en libertad condicional por lo que solicitan revocar dicho beneficio y se proceda a la unificación de penas proponiendo la pena única de un año y veintidós (22) días de prisión a cumplir bajo la modalidad de detención domiciliaria (art. 10 inc. a C.P.).-

El aquo, ante las pruebas llevadas para acreditar el hecho y los términos del acuerdo, lo rechazó por considerar "que los hechos reconocidos, que se encuentran sujetos a juzgamiento, requieren mayor conocimiento probatorio en la etapa de debate y porque la calificación legal aplicable y pena consecuente resultan ser sensiblemente superiores a las convenidas (arts. 355 del C.P.P.).-

2.- En el caso el Ministerio Público Fiscal adhirió a los agravios esgrimidos por la defensa y amplio fundamentos. Básicamente denuncian las partes que el resolutorio es arbitrario en tanto quebranta las garantías del debido proceso y defensa en juicio, dado que el Juez del debate

asumió un rol activo e investigativo, supliendo al Ministerio Público Fiscal en pos de forzar una condena por la calificación más gravosa a partir de la que se abrió la investigación.-

Pasando entonces a analizar los agravios deducidos, efectivamente el aquo procedió al examen de prueba que debía rendirse en el juicio, puntualmente material fílmico, y sobre ella apoya su discrepancia, entendiendo que corresponde una significación jurídica más gravosa, aceptando de tal manera que la prueba era suficiente para conocer el hecho.-

En principio asiste razón a las partes en cuanto el aquo se extralimitó al analizar anticipadamente prueba y en función de ello revisar la aplicación del derecho vigente; sobre el particular nos hemos pronunciado reiteradamente en el sentido que si los Jueces de grado rechazan los acuerdos en función de no coincidir con la tipificación propuesta por no ser la más adecuada a la evidencia reunida, y en consecuencia la pena a imponer en el juicio común podría ser mayor a la acordada, virtualmente obturar una solución negociada prevista legalmente, y resulta pertinente reiterar 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 violentado la naturaleza acusatoria del ritio vigente" (Sentencias Nº 3/ 2009; Nº 6/2009, Nº 25/2011; Nº 20/2012 y Nº 15/2012, ésta última de la Cámara en lo Penal de Trelew); ahora bien todo ello debe formar parte de lo jurídicamente

posible.-

3.- Vale reiterar aquí mi opinión negativa al tratamiento que mereció el caso en la audiencia preliminar y la relevancia que adquiere la resolución judicial de apertura de juicio por cuanto en ella se determinan y concreta el material fáctico que será motivo de juzgamiento, pero las defensas lograron en ese marco mejorar sustancialmente la situación de sus asistidos, obteniendo una calificación jurídica menos gravosa y en virtud de la competencia asignada nos está vedado proceder a una modificación en perjuicio del imputado (art. 369 in fine del C.P.P.).-

Entre los motivos invocados por el Magistrado para no admitir la vía, tenemos la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida, si bien esencialmente desde la perspectiva de una eventual significación jurídica más gravosa, no deja de estar estrechamente vinculado a la naturaleza del hecho, sus características, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que fueron admitidas por el encartado en todos sus términos conforme la descripción contenida en la acusación y fijada en el auto de apertura del juicio, como así también a aspectos subjetivos detallados en el acuerdo, que en principio indican que dicha prognosis no es factible.-

A ello debe aditarse que el acuerdo cierra con una propuesta de pena única en la cual prácticamente desaparecen las consecuencias del reproche de este hecho al quedar reducida a quince (15) días de prisión producto de tal unificación, más una declaración de reincidencia por segunda vez (art. 50 del C.P.), que en principio luce contraria a derecho pues la pena inmediata anterior no fue cumplida bajo un

régimen carcelario sino como prisión domiciliaria de acuerdo al art. 10 del C.P., modalidad de ejecución que también es propuesta para la pena única, lo que indudablemente excede las posibilidades del acuerdo por cuanto es resorte exclusivo del Juez de la Ejecución y sujeto a requisitos y comprobaciones, con lo cual no puede ubicarse dentro de las posibilidades que existirían de realizarse el juicio común y en definitiva el rechazo de la vía no resulta una solución arbitraria.-

Como acabo de señalar en el caso quedaron expuestas una cantidad importante de circunstancias que indican la posibilidad cierta de que corresponda una pena superior a la requerida, y por otra parte no puede escapar a este análisis que este delito fue cometido a muy poco tiempo de haber obtenido V. la libertad condicional (un mes y ocho días), correspondiendo ante el supuesto de condena, revocar dicho beneficio debiendo cumplir lo que le restaba, un año y siete días –art. 15 C.P.-, más lo que le corresponde por el hecho que se le reprocha, acordando las partes una pena única de un año y veintidós días de prisión, quedando así reducida en dicha composición a solo 15 días de prisión, lo que desde ya no resulta proporcional, menos razonable; es más las partes al solicitar una pena única invocan los arts. 53 y 58 del C.P., y el primer de ellos justamente contempla la posibilidad de quien ha merecido como accesoria la reclusión por tiempo indeterminado, obtenga la libertad condicional y desde luego porque de acuerdo a los antecedentes penales que registra el imputado también debería ser objeto de análisis la eventual aplicación del art. 52 del sustantivo.-

Es en función de todo lo expuesto que considero que los

recursos no pueden prosperar y corresponde en definitiva confirmar el rechazo de la vía, 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) El procedimiento previo seguido en el caso: más allá del acierto o error del criterio aplicado por la Jueza Penal de la audiencia preliminar, en orden a la evaluación que se hiciera de la acusación pública, tanto respecto a las pruebas en que se funda, como asimismo a la calificación legal del hecho por la que optara el Ministerio Fiscal; lo cierto es que, al momento en que se resolvió denegar el procedimiento abreviado, el auto de apertura de juicio oral (Nº 3268/16) se encontraba firme, y ya había precluido cualquier posible discusión en torno al punto (v. art. 298, 4° párrafo, CPP: el auto de apertura es irrecurrible), por lo tanto la primera parte de los fundamentos del decisorio recurrido –en la medida en que supone una suerte de revisión integral de lo actuado precedetemente-, no ha de compartirse en absoluto.-

La Sala Penal del STJ (voto del Ministro Pfleger, sentencia nº 54/16 tiene dicho 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…" (el destacado ha sido agregado al original).-

Ahora bien, frente a este nuevo panorama que se originó en el proceso luego de la resolución de marras, es comprensible que el Ministerio Público Fiscal adoptara una posición diversa a la que venía sosteniendo; y, en su calidad de "negociador principal" –por denominarlo de algún modo-, derivada de su condición de responsable de la investigación llevada a cabo durante la etapa preliminar, resolviera entonces optar por la propuesta de un procedimiento abreviado, sobre la base de los términos del referido auto de apertura.-

Roxin distingue respecto al "cargo de custodio de la ley del ministerio público" y "su exclusiva orientación al valor jurídico", que si bien ello tiene por consecuencia, que los fiscales tengan la misma independencia que le corresponde también al juez –como también lo ha señalado Andrés Ibáñez-; materialmente, ésto rige "sólo allí, donde el ministerio público debe pronunciar decisiones jurídicas", pero no en otros ámbitos, como ser el del principio de oportunidad, o las "cuestiones **técnico-tácticas**" de la persecución penal -en nuestro caso, por ejemplo, la decisión de proponer un acuerdo de juicio abreviado a la defensa, en lugar de optar

por llevar el caso a juicio oral- (cfme. aut. cit., artículo titulado: "*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*", en la obra colectiva: *El ministerio público en el proceso penal*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 1993, págs. 37 y ss., el destacado me pertenece).

2) Ahora bien, como resulta de toda lógica, aquella evaluación del magistrado, en orden a la valoración de la prueba, sí ha de impactar en otro aspecto de la sentencia; toda vez que si el Juez Penal abonó el temperamento del acusador público, en torno a la solidez de la evidencia que la investigación preparatoria ha permitido colectar –al punto que sostiene que la misma debió fundamentar una hipótesis de enjuiciamiento por un injusto más grave todavía-, de ello se colige que la expectativa de pena -aún en el marco de la antigua acusación "alternativa", por la que se dictó, luego, auto de apertura de juicio oral-, debió ser mayor, en atención a la naturaleza de la acción y demás parámetros, conforme los arts. 40 y 41 CP –sin perjuicio, asimismo, de la posterior unificación (art. 58 C.P.)-.-

En apoyo de lo expuesto, recordemos que la tarea individualizadora de la sanción en su conjunto, debe estar dotada de fundamentación suficiente y aquí también se exige apego a la legalidad, inclusive en un procedimiento abreviado (cfr. Perfecto Andrés Ibáñez:, '*La sentencia penal*', en la obra: "Justicia penal, derechos y garantías", colección "Pensamiento Jurídico Contemporáneo", dirigida por Manuel Atienza, editoriales Palestra de Lima y Temis de Bogotá, año 2007, págs. 43 y ss.; en aquellos casos en que, en razón de las particularidades personales y del hecho, sea legalmente posible y se estime obligada una agravación de la

pena, para que ello esté justificado, deberán recorrerse hacia arriba los márgenes de apreciación discrecional abiertos en el supuesto concreto, de forma "razonable, argumentada y convincente").-

El Juez Penal puede rechazar el acuerdo de procedimiento abreviado, ante "la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida" (art. 355 del C.P.P.), normativa que hemos interpretado reiteradamente como vinculada al principio de culpabilidad, en tanto fundamento principal del monto de la pena (cfr. Ziffer: "…la magnitud de la pena no es otra cosa que la cuantificación de la culpabilidad, que presupone asimismo una cuantificación del ilícito"; Zaffaroni-Alagia-Slokar: "…la culpabilidad normativa… es el indicador de mayor aproximación de la cuantía de la pena…"; todos citados en '*Código Penal de la Nación comentado y anotado'*, D' Alessio - Director, Divito - Coordinador, edit. "La Ley", 2da. edición, año 2011. Bs. As., tomo I, págs. 629 y ss.).-

Se tiene en cuenta que "la forma en que se ha manifestado el hecho es el punto de partida para la graduación del ilícito por ser la más evidente, la naturaleza de la acción" (del voto del Dr. Gustavo M. Hornos, en la causa: "L., E. A.", de la C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, sentencia del 7/5/2013, publicada en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, edit. Abeledo Perrot, agosto 2013, ps. 1642 y ss.). En el supuesto que nos ocupa: nocturnidad, número de víctimas, planificación; todo ello sumado, en el caso de V., a sus antecedentes y grado de participación en el hecho.-

A modo de colofón, cabe entonces respaldar en definitiva el temperamento seguido por el Juez Penal, en punto al rechazo del acuerdo

y la consiguiente continuación del juicio, por entender que procede pena mayor, de conformidad con el análisis del mismo material probatorio, en el que se han basado las partes para celebrarlo; todo ello, por un lado a fin de preservar el rol del magistrado como un tercero imparcial, que decide en un conflicto de valores, siempre en base a criterios jurídicos, y por el otro para respetar la satisfacción del *ius puniendi* en el proceso penal, porque la naturaleza del interés público en juego determina su falta de disponibilidad, por las partes en litigio –aún cuando se regulen formas de abreviación del Rito-.-

3) Sin perjuicio de todo lo expuesto precedentemente, parece posible que las partes aun reformulen el acuerdo y lo adapten a las pautas fijadas. Por otra parte, la declaración de reincidencia propuesta también debería ser materia de re-examen, en el marco de dicha nueva versión del pacto; toda vez que podría ser cuestionable su procedencia, en el caso concreto.-

III- Por lo expuesto, sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión.-

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

De acuerdo al tratamiento de la presente cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. L. V., contra la resolución nº 4080/16, dictada en fecha 28 de octubre del corriente año; confirmar en todas sus partes la resolución mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

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

Atento al resultado al que se ha arribado en la presente cuestión, adhiero a la propuesta del juez que vota en primer término, en base al resultado de la cuestión precedente, al que se arribó por unanimidad; y que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. L. V., contra la resolución nº 4080/16, dictada en fecha 28 de octubre del corriente año; confirmar en todas sus partes la resolución mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

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

En orden al tratamiento de la presente cuestión, adhiero a la propuesta de los jueces que votan en primer término, en base al resultado de la cuestión precedente, al que se arribó por unanimidad; es decir, que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. L. V., contra la resolución nº 4080/16, dictada en fecha 28 de octubre del corriente año, y confirmar en todas sus partes la resolución mencionada, teniendo 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. L. V., contra la resolución nº 4080/16, dictada en fecha 28 de octubre del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).------

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

**3º) TENER** presente la reserva del caso federal.----------

**4º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia N° 29/2016.

Fdo. Martín R. Montenovo. Presidente. Guillermo A. Müller. Juez. Daniel L. María Pintos. Juez. Cámara Penal.