PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/R. D. V." (Carp. OFIJU Esquel NIC N°4398-Leg. Fiscal NUF N°42929).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los nueve dias del mes de octubre de dos mil dieciocho, la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por el Sr. Juez de Cámara, Hernán DAL VERME, en su carácter de Presidente, la Dra. Carina Paola ESTEFANÍA y el Dr. Martin MONTENOVO, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia realizada a tenor del art. 385 del C.P.P., en el marco de las Causa caratulada: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ R., D. V." NIC N°4398 - NUF N°42929), en la que tuvieron debida participación el señor D. V. R., imputado en autos, su defensora, la Dra. L. C., Abogada Adjunta de la Defensa Pública y el Dr. F. Luis RIVAROLA, en su carácter de Fiscal General.

---------- **y RESULTANDO** ----------

La intervención de esta Cámara se inicia en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por la Dra. L. C., en representación del imputado, en forma conjunta con el Fiscal del caso, Dr. F. R., contra la sentencia dictada con fecha 29 de agosto de 2018, Registro N° 1459/18, por la que el señor Juez Penal, Dr. José Oscar Colabelli, resolvió rechazar el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre las partes involucradas, disponiendo que continúe la audiencia preliminar.

En el escrito impugnatorio hicieron la reseña del caso explicando que en el curso de la audiencia preliminar, realizada el 22 de agosto pasado, se dio tratamiento al acuerdo de procedimiento abreviado propuesto por las partes. Sostienen que el Magistrado, luego de analizar todos los puntos sobre los cuales versaba el acuerdo, a la luz de lo normado por el art. 355 del rito, decidió rechazar su homologación en el entendimiento de que la pena propuesta era inferior a la que posibilitaba en el caso la ley de fondo.

Explican que los hechos objeto de la acusación fueron calificados como constitutivos del delito de Hurto simple, por lo que acordaron una pena de 2 meses de prisión de efectivo cumplimiento. Tras analizar el sustrato fáctico sobre el que se propuso dicha calificación, el a qua consideró que los mismos configuraban el delito de Hurto en concurso ideal con violación

de domicilio, de allí, el Magistrado extrajo que la pena mínima posible era de seis meses de prisión. En tal inteligencia, según los impugnantes, el Dr. Colabelli consideró que el acuerdo de pena no podía ser homologado, ello, sin perjuicio de que los demás requisitos exigidos por el art. 355 del ceremonial, se encontraban cumplidos.

Los impugnantes reconocen que la postulación jurídica sobre la que el a quo basó su calificación de los hechos imputados, presenta "apoyatura lógica y jurídica", pero sostienen que *"dada la reconstrucción que* se *tiene por probada* de *los hechos,* es *admisible al menos (en juicio) real amplia discusión en relación a si se está frente a un concurso ideal, concurso aparente o un hecho simple que no admite ningún tipo de concurso".*

Sostuvieron también que consideraban acreditad que R. obró en todo momento con el objetivo de sustraer elementos existentes dentro del domicilio de las víctimas, y no motivado en violar su domicilio. Agregan ahora como fundamento de la vía recursiva, que R. colaboró en el desapoderamiento, pero que lo hizo desde el exterior del domicilio, circunstancia por la cual los hechos pudieron admitir, de su parte, un grado de participación diferente a la coautoría funcional sobre la cuál cimentaron el acuerdo, se infiere, sugiriendo que una teoría jurídica en ese sentido podría admitir la aplicación de una pena de dos meses como la propuesta.

Individualizan un caso similar en el que el propio Juez calificó los hechos como constitutivos del delito de Hurto simple, deduciendo de allí que la teoría jurídica propuesta en el acuerdo es posible. Tras establecer la viabilidad del acuerdo abreviado propuesto, sostuvieron que el Magistrado, en ausencia de una controversia, debió homologar la propuesta y, en su caso, dejar a salvo su criterio. Recordaron que la homologación del procedimiento abreviado depende de la seriedad y legalidad del ofrecimiento. De allí, que el Juez del caso no puede hacer prevalecer su criterio personal si no es llamado a resolver para dirimir una contienda puntual.

Finalmente, explicaron las ventajas que el acuerdo propuesto representa tanto para el MPF y la víctima como para el propio imputado.

Como petitorio final solicitaron que se revoque la decisión impugnada y se homologue el acuerdo de juicio abreviado, dictándose la sentencia en línea con lo pretendido, o se reenvíe a conocimiento del Juez Penal de origen a dichos

efectos.

De la impugnación se dio formal traslado al resto de los interesados, imputado y víctima, quienes no se pronunciaron en forma escrita.

En la audiencia llevada a cabo el día 24 de octubre de 2018, la defensora ratificó el escrito presentado. Su exposición se atuvo a reproducir la impugnación escrita.

Igual criterio siguió el Fiscal General interviniente, quién únicamente agregó que desde un inicio acompañó la descripción de los hechos atribuidos al imputado de la calificación de Hurto simple. Que ello pudo ser un error de su parte, pero al considerar la subsunción típica parte de la imputación, no podía ahora ser modificada la calificación legal en perjuicio del imputado. Fundamentó en esa línea que el principio conocido como "iura *novit curia",* se encuentra en franco retroceso, ya que resulta contrario a la noción del juicio acusatorio adversarial. A su criterio entonces, el acuerdo debía ser homologado porque de otro modo se vulneraria el principio de congruencia.

Por último se le dio la palabra al imputado quién optó por no hacer manifestación alguna a esta Cámara.

---------- y CONSIDERANDO- ----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones, ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa y el MPF contra el auto interlocutorio que rechaza la aplicación del procedimiento abreviado?, en su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), estableciendose el siguiente orden de **votación: Dal Verme- Estefanía- Montenovo.**

El Juez Hernán Dal Verme dijo:

I) Los antecedentes del caso han sido ampliamente expuestos, por lo que habré de abordar directamente la cuestión que hace a la solución de la impugnación sometida a conocimiento de esta Cámara en lo Penal.

Para ello, considero necesario transcribir la conducta concretamente atribuida por él, órgano acusador al imputado, ya que la cuestión radica en determinar si la teoría jurídica propuesta por los impugnantes es factible, y esta se refiere a la significación típica de los hechos traídos a consideración.

El hecho imputado es el *"Ocurrido en la ciudad* de *Esquel el día 4 de febrero del 2018, siendo las* 21:00 *hs. aproximadamente. En dichas circunstancias, D. V. R. y N. R. L.*

C., actuando de manera coordinada y conjunta, ingresaron sin ejercer fuerza ni violencia al interior del domicilio sito en la Av. Ameghino X, propiedad de *la Sra. M. F., por una ventana que da al frente y se encontraba abierta. Una vez en el interior,* se *apoderaron ilegítimamente* de *elementos pertenecientes a la nombrada F., quién advirtió la presencia* de *los nombrados, lo que generó que* se *retiraran* de *allí, llevándose consigo una cartera de color negro marca "Prune" que contenía una crema, un estuche con lentes recetados y un organizador de cartera".*

Para principiar, estimo oportuno señalar que comparto con los impugnantes el punto de inicio de su razonamiento jurídico, mas no su pretensión concreta.

Concuerdo en que el sistema acusatorio de corte adversativo vigente en nuestro ámbito provincial orienta al juzgador o desplegar su actividad jurisdiccional para dirimir conflictos, y que su rango de decisión se restringe ante aquellos planteos no contradictorios que implican acuerdos entre las partes. Este modo de percibir la actividad jurisdiccional se aprecia con claridad cuando de analizar la procedencia de un juicio abreviado se trata. Aquí las partes ponen en conocimiento del Juez Penal los hechos que estiman probados, exponen las evidencias colectadas y de ellas su alcance probatorio, para luego proponer la significación jurídica de dichos hechos y la pena acordada. Si la teoría jurídica seleccionada para subsumir los hechos expuestos tiene sustento legal y es posible, el juez declarará la seriedad del acuerdo y homologará el juicio abreviado pretendido. Obviamente, deberá asegurarse además de que el consentimiento expuesto por el imputado haya sido prestado libre de toda presión y que éste hubiera comprendido las implicancias de lo acordado (en el caso, el imputado debe conocer expresamente los efectos de la declaración de reincidencia, y las eventualidades derivadas de las posibles unificaciones de pena).

Ahora bien, el señor Juez Penal interviniente ha resuelto denegar la homologación del acuerdo de juicio abreviado sometido a su decisión, en el entendimiento de que ninguna teoría jurídica avala la propuesta formulada en relación a la pena acordada. Ello, basado en que los hechos sobre los que se formuló el acuerdo, si bien constituyen el delito de Hurto simple como proponen los recurrentes, también configuran el delito de Violación de domicilio, cuya pena mínima es de seis meses de prisión.

En esa inteligencia, el Dr. Colabelli consideró que el acuerdo no puede proceder porque la norma de fondo indica que del concurso resultante entre el Hurto y la Violación de domicilio, la pena mínima aplicable es de seis meses de prisión.

Es decir, mayor a la de dos meses propuesta en el acuerdo analizado.

En abstracto, lo que el Magistrado ha considerado, es que el acuerdo no es serio, y que por ende no puede ser homologado. A mi criterio, por serio, aclaro, el art. 355 del C.P.P. hace referencia al principio de legalidad, no a la solvencia jurídica de los litigantes, que de ningún modo cuestiono en este caso. Lo que el a quo sostiene es que, de acuerdo a las normas de fondo involucradas, la pena individualizada en la condena propuesta es inferior al mínimo legal previsto, y por ello considera que debe ser rechazada la vía abreviada. Hasta aquí, no advierto que el juez hubiera violentado los principios del sistema adversativo, ya que no antepone su criterio personal al de las partes, sino que cuestiona su viabilidad por no ajustarse a los límites fijados por los tipos penales involucrados, ni por las reglas concursales posibles.

Dicho esto, lo que debe establecerse para dilucidar la procedencia de la impugnación, es si alguna teoría jurídica existente da sustento al acuerdo de juicio abreviado denegado por el Juez Penal interviniente.

Teniendo en cuenta que tanto por aplicación del concurso ideal como del real (arts. 54 y 55 del C.P.) resultante entre los delitos involucrados, la pena mínima es de seis meses, el único modo de aplicar una sanción inferior, como la pretendida, resultaría de evaluar la existencia de un concurso aparente de leyes entre ambos tipos penales, en el que el Hurto desplace la aplicación de la violación de domicilio.

De lo que he podido relevar, ninguna teoría jurídica permite afirmar que entre la Violación de Domicilio y el Hurto Simple (arts. 150 y 162 del C.P.) exista un concurso de leyes aparente o impropio. Para justificar tal afirmación, estimo conveniente exponer alguna definición sobre el concepto de concurso de delitos.

Con tal norte, estimo ilustrativa la explicación brindada por Pessoa al sostener que en el "... denominado *concurso de tipos penales, se puede afirmar que el mismo consiste o se produce cuando una conducta presenta un real encuadre típico múltiple, debido* a *que los tipos puestos* en *movimiento por aquella tienen elementos comunes* en *sus respectivas estructura,, generando una reiteración* de *prohibiciones sobre determinadas aspectos de la conducta, la que* es *tomada* en *forma total por un solo tipo, que* es *el que* se *aplica al caso y desplaza a los otros y* en *forma parcial por la o las restantes figuras. Corresponde decir también, que el tipo que describe* en *forma total la conducta o hecho, contiene dentro de sí al tipo (o tipos) que*

describe parcialmente el hecho." ("Concurso de delitos, teoría de la unidad y pluralidad delictiva", Nelson Pessoa, Ed. Hammurabi, pag. 74).

En la misma línea, dice Righi que "lo *que sucede en estos casos es que los tipos secundarios quedan desplazados, porque el contenido delictivo del hecho queda abarcado y sancionado de modo completo mediante la aplicación del tipo primario. Sin embargo, pese a que los casos de concurso impropio surgen en forma explícita o implícita del orden jurídico, la ausencia de regulación legal determina la existencia de cuestiones dudosas y, por lo mismo, opinables.*

Las modalidades de exclusión de tipos residuales o secundarios, son los supuestos de a) especialidad, b) consunción y *c) subsidiariedad."* ("Derecho Penal, Parte General", Esteban Righi, Segunda Ed. Abeledo Perrot, pag. 552)[1].

Dicho esto, a poco que se analizan los tipos penales involucrados, se advierte que la conducta tipificada en el art. 162 del ordenamiento sustantivo, no incluye en su descripción el ingreso a un domicilio. A la inversa, la violación de domicilio no involucra el desapoderamiento de elemento o bien alguno. Es decir, ninguno de los criterios, especialidad, consunción y/o subsidiariedad, permiten desplazar un tipo penal porque el otro abarca en su totalidad al secundario. No hay una superposición de figuras ya que ninguno de los tipos penales aludidos contiene al otro en su totalidad.

Por otro lado, el legislador dispuso una pauta de subsidiariedad expresa en la estructura típica del delito de Violación de domicilio que resulta operativa cuando de dicho ilícito *"resultare otro delito más severamente penado".* En el caso, el delito de Hurto no es más severamente penado que la

Violación de Domicilio, por lo que la remisión no resulta operativa.

Soler hacia referencia a la situación existente entre el Hurto Simple y la Violación de domicilio en nuestro derecho destacando que "(E)esto planteaba un problema típicamente nuestro, porque otras legislaciones o bien fijan para la violación de domicilio un monto mínimo muy bajo, o bien prevén como agravante específica del hurto la violación del domicilio..." ("Derecho Penal Argentino", Sebastián Soler, Ed. Tea, T IV, pag. 102). Respecto de la regla de subsidiariedad expresa contenida en el art.150 del Cód. Penal, el autor Cordobés señalaba que "el art.150 se autoexcluye no ya cuando el autor cometa un delito más grave, auto cuando resulte otro delito más severamente penado, lo cual es muy distinto, porque en ello leemos resulte de la violación misma del domicilio y por ese resulte no entendemos propiamente la célebre relación medio-fin, ni la situación que se produce por el hecho de ser inevitable la infracción, ya puesto el autor en el propósito de cometer otro delito... En realidad, éste es el punto que ha dado lugar a mayores debates, dividiéndose los pareceres entre los que ven en éstas castos un concurso ideal, de los que se muestran partidarios de la pluralidad de delitos, opinión esta última que nos parece más fundada...", inclinándose por la existencia de un concurso real (0b. Cit. pag. 100). En igual sentido Ricardo Núñez ("Tratado de Derecho Penal", Ed. Marcos Lerner, T IV, pago 83)

Sobre la cuestión del concurso existente entre la Violación de Domicilio y el Hurto Simple, Breglia Arias ("El Delito de Violación de Domicilio", Ed. Depalma, pago 99) se inclina por el real, repasando que igual postura adoptaron Soler, Nuñez, Fontán Balestra, Ernesto Gavier, Ernesto Ure, Enrique Ramos Mejía y José Manuel Núñez (abo Cit. pago 106).

Patricia Azzi sostiene, con cita de Jiménez de Asúa, quo "... el *caso ofrece distinta solución si* se *contempla* el *hurto simple... y el allanamiento de morada.* No *existe figura compuesta, como la del n° 3 del art. 163 y del art. 167, ya que en* el hurto simple *no* está presupuesto *que regularmente se cometa violando el domicilio, ni pude darse la subsidiariedad, cuya expresa condición es que no resulte otro delito más severamente penado, puesto que la penalidad del hurto es menos grave que la conminada para el art. 150", y sigue, "El delito de violación de domicilio puede concurrir juntamente con otros delitos en concurso real o ideal. En ese orden de ideas, se ha precisado que el*

mero hecho de que para cometer otro delito más grave el autor se valga de la violación de domicilio no excluye la aplicación del art. 150.

En los casos en que la regla de subsidiariedad no se aplica, se presenta el problema de determinar si el sujeto responde por ambos delitos en concurso real o ideal.

Si la violación de *domicilio puede catalogarse como un hecho distinto de otro delito, de pena mayor o menor, estaremos en presencia de un concurso real (p. ej. Ingresa al domicilio para robar o hurtar) ; en cambio si se trata de un hecho único (p. ej, para penetrar en el domicilio se daño la puerta) habrá un concurso ideal..." ('Delitos contra la Libertad", Coordinadores Luis F. Niño y Stela Maris Martínez,* Ed. AD-Hoc, pág. 333).

En igual sentido Donna (ob. Cit. pag. 376).

En la misma línea se expresa Andrés José D'Alessio, sin perjuicio de que dicto autor hace referencia a un precedente jurisprudencial que iría en línea con la interpretación propuesta por las partes. Consultado el tomo 1991 E, pag.781 de la Revista Jurídica La Ley, casos 7511 y 7512, pude verificar que la cita hace referencia a jurisprudencia agrupada, por lo que los fundamentos de la sentencia no fueron publicados allí. Si puede establecerse en la publicación que la cita se corresponde con el voto en disidencia del Dr. Louman de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala III, del 4 de septiembre de 1990, circunstancia que impide tomar la postura como una teoría que revista un mínimo de autoridad con la idoneidad suficiente para poner en crisis la sentencia recurrido.

Tampoco las partes han aportado un precedente o doctrina que dé concreto sustento a la teoría jurídica sobre la que basaron el acuerdo abreviado rechazado, puntualmente, la pena propuesta.

Es cierto que para dar sustento a su tesis, los recurrentes mencionan que en el debate realizado en la Carpeta Judicial N° 4172, el Tribunal Colegiado conformado por los Dres. Martín Zacchino, Daniel Camilo Pérez y el propio Juez de esta causa, el Dr. José Oscar Colabelli, juzgaron un hecho de similares características, y al dictar el fallo de condena lo calificaron como constitutivo del de1ito de Hurto simple sin hacer referencia a un concurso ideal con la violación de domicilio.

Pero consultada la sentencia referida (Registro N° 1340/18), se advierte que si bien uno de los imputados, D. M. U., es condenado en orden al delito de Hurto simple, con expresa remisión a los arts. 45,50 y 162 del C.P., también lo es que la pena impuesta ha sido superior a los seis meses de prisión (en el caso un año y tres meses), circunstancia por la cual no es posible afirmar que dicho precedente representa un pronunciamiento contrapuesto al aquí impugnado.

Es que el sentido buscado por la ley al regular el concurso ideal -art. 54 del C.P.- se vincula a determinar la pena que corresponde imponer cuando un hecho "cayere *bajo más de una sanción penal".* En el fallo citado, los jueces no mencionaron la existencia de un concurso ideal de delitos entre el Hurto Simple y la Violación de Domicilio, pero evidentemente han respetado la escala punitiva que la ley de fondo establece cuando existe una unidad de acción que amerita la imposición de la pena mínima más grave, teniendo en cuenta los tipos penales involucrados.

En el presente caso, verificada la existencia de dicho concurso formal, se evidencia que la pena acordada ha sido fijada en un quantum inferior al que habilitan los tipos penales involucrados a la luz de lo regulado por el art. 54 del ordenamiento sustantivo. Los propios impugnantes reclaman que se trata de una unidad de acción única al señalar que *"tuvimos por plenamente acreditado que el accionar de los encartados estuvo dirigido al de los elementos hurtados y no a la violación de domicilio -dolo directo- requerido por ambas figuras que concursa el juez",* Sin perjuicio de señalar que el componente subjetivo de uno y otro ilícito no resulta escindible, como se propone, ya que según el plan delictivo atribuido a los imputados en la acusación, éstos conocieron en todo momento que para lograr su propósito -el desapoderamiento- debían previamente concretar el tipo objetivo descripto en el art. 150 del Cód. Penal; lo cierto es que en la unidad de acción radica la posibilidad de verificar el concurso ideal de delitos. La consecuencia de afirmar la existencia de diversas unidades de acción, es la verificación de un concurso real de delitos, lo que también permite sostener el razonamiento seguido por el a quo en su sentencia.

Por otro lado, la diferencia entre el concurso de tipos

penales, o aparente de leyes (de acuerdo a la postura doctrinaria a la que se adhiera), con el ideal radica en que en el primero sólo resulta aplicable un tipo penal que desplaza a los restantes correspondiendo únicamente la pena establecida en la ley del caso, mientras que en el concurso formal se aplica la pena más grave resultante de los diversos tipos penales cometidos por el sujeto activo.

Como ilustra Bacigalupo *"la consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena no se deben computar otras violaciones de la ley, dado que sólo se ha infringido una de las normas aparentemente concurrentes. Esto último marca una diferencia fundamental con la consecuencia jurídica del concurso ideal, en el que, como veremos, de acuerdo con el principio de absorción se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido otras violaciones de la ley penal"* ("Derecho Penal,Parte general", Enrique Bacigalupo, *2°* Ed. Hammurabi, pag.571).

El Fiscal General actuante, en apoyo de su postulación, leyó un párrafo de la obra de Alejandro Tazza que reza *"únicamente será subsidiaria la aplicación de esta figura cuando el delito más grave se haya originado en la violación de domicilio por una transformación del hecho constitutivo de esa infracción en el hecho constitutivo de aquél, tal como sucede con el hurto o el robo agravado"* ("Código Penal de *la* Nación Argentina comentado, Parte Especial", Alejandro Tazza, Ed. Rubinzal- Culzoni, T I, pag. 702). Entiendo que la cita no dirime el problema, ya que tanto el hurto agravado (art. 163) como el robo agravado (167) al que se refiere el autor, es el de aquellas hipótesis en que entre las figuras agravadas y el tipo básico media un concurso aparente de leyes. Es decir, la violación de domicilio se transforma en un hurto (o robo) agravado cuando el ingreso domiciliario es un presupuesto de la tipicidad. Tal es el caso de las hipótesis delictivas previstas en los incisos.3 ° y 4° del art. 163 del ordenamiento sustantivo.

De hecho, el autor citado,- al analizar la situación que plantea la Violación de domicilio frente a ilícitos que prevén una pena menor, ejemplificando justamente con el hurto simple,

concluye que son aplicables las reglas concúrsales de los arts. 54 y 55 del C.P., de acuerdo al modo en que los hechos se presentan, pero excluyendo la aplicación de la norma de subsidiariedad contenida en el arto 150 del digesto sustantivo.

Finalmente, el MPF hace referencia a dos argumentos más en defensa de la procedencia de la impugnación. El primero, basado en que los hechos fueron siempre calificados por la Fiscalía como constitutivos del delito de Hurto, y que en consecuencia al formar la calificación parte integrante de la imputación, no podría agravarse dicha imputación perjudicando la situación del encartado. Sobre ello, ya indiqué con anterioridad que, al escrutar la legitimidad del acuerdo, resulta ineludible para el Juez analizar la subscrición típica de los hechos atribuidos. Si la teoría jurídica reconoce algún tipo de sustento doctrinario o jurisprudencial posible, entonces el Juez debería inclinarse por la homologación, más allá de su postura personal. Pero en el caso, esto no ocurrió. Para ser claros, el Juez no dictó una sentencia condenando al justiciable por un delito más grave, o aplicando una pena mayor a la solicitada, se limitó a rechazar la aplicación del juicio abreviado en el marco de la audiencia preliminar en cuyo ámbito las pretensiones de las partes están en proceso de consolidarse.

En lo referido a la posibilidad de que R. nunca hubiera ingresado al domicilio de la víctima al perpetrarse el delito contra la propiedad, y que ello abrirla la posibilidad de variar la calificación legal de los hechos, solo diré que ello no concuerda con el panorama fáctico imputado en la acusación pública, ya que en tal oportunidad se hace referencia a que ambos imputados ingresan al domicilio. Se hicieron aclaraciones al respecto en el curso del planteo ante el a quo, pero no se puntualizó cuál de los coautores había ingresado a la vivienda de la víctima (así ha sido reflejado en su resolución por el propio Juez de la audiencia preliminar).

Por lo demás, ninguno de estos dos argumentos fueron expuestos ante el Juez sentenciante, por lo que esta Cámara no puede abordar una variación en la teoría del caso que se trae, ya que lo cuestionado a través de la impugnación es la sentencia a la luz de las cuestiones sometidas a la decisión

del a quo. Va de suyo, que la presente no obsta a que las partes puedan reformular la imputación, o los términos del acuerdo, y proponer un juicio abreviado que se adecúe a los lineamientos mencionados. Para el caso contrario, deberá continuar la audiencia preliminar, y de disponerse el auto de apertura del juicio, corresponderá eliminar del acta labrada toda referencia al juicio abreviado rechazado (art. 355 párrafo 4° del C.P.P.).

En definitiva, la doctrina es unánime sobre la inexistencia de un concurso aparente de leyes entre el Hurto simple y la Violación de domicilio, optando por remitirse a las reglas concúrsales establecidas por los arts. 54 y 55 del C.P., en consecuencia, el monto de pena acordado es inferior al mínimo previsto por la ley penal de fondo. En virtud de lo expuesto, respecto del primer interrogante, voto por la negativa.

II) Consecuentemente, vistos los argumentos brindados para rechazar la impugnación, propongo que se confirme la resolución recurrida en todos sus términos.

III) Teniendo presente que en virtud de lo resuelto por el señor Juez Penal interviniente, debe continuar la audiencia preliminar oportunamente iniciada, estimo que no corresponde expedirse sobre las costas del proceso o regular los honorarios profesionales de la defensa interviniente.

Asi voto.

La Jueza Carina Paola Estefanía dijo:

Que atento los antecedentes reseñados en los resultando precedentes, corresponde al Tribunal analizar, la viabilidad del recurso ordinario interpuesto por ambas partes, contra la resolución del Juez de grado que rechazó la aplicación del instituto del juicio abreviado, que desplaza el desarrollo del debate oral y público contemplado en el ordenamiento procesal vigente.

En el caso el juez consideró que debía rechazar el acuerdo de juicio abreviado luego de señalar que la plataforma táctica descripta en la acusación - transcripta por el Dr. Hernán Dal Verme en su voto- con más las explicaciones brindas por el Fiscal en la audiencia solo se condice con uno de los tipos penales de Hurto Simple (art. 162 del Código Penal), por cuanto se ha acreditado con probabilidad, que uno de los incursos

ingresó a la morada de la víctima M. F., a través de una ventana y se apodera de la cartera de cuero color negra marca Prune conteniendo los efectos descriptos, mientras otro se encontraba en el exterior, sobre la vereda, esperándolo a modo de campana, emprendiendo ambos la huida. Acto seguido continuó señalando que el delito de hurto a su criterio concurría con el delito de violación de domicilio.

El Juez de grado, de conformidad a lo dispuesto en el art. 355 del CPP, realizó el control jurisdiccional debe realizarse a la luz de los principios de legalidad y veracidad que deben informar este procedimiento, conforme a las normas procesales que lo regulan y a las sustanciales que resultan de aplicación para cualquier tipo de proceso.

En ese entendimiento, el Tribunal debió analizar fundamentalmente: 1°) si el reconocimiento de los hechos y de la responsabilidad efectuados por el imputado, resultó prestado sin vicios que afecten su voluntad y con completo conocimiento de sus consecuencias, especialmente de la pena impuesta y sus alcances, y si esa confesión resulta coherente con el resto de la prueba producida; ; 2°) si la descripción de los hechos realizada por el Fiscal General resulta correcta (confrontándola con la prueba producida en la EPP) y si el material probatorio es suficiente para tener por acreditada la materialidad del delito que se habrá de imputar 3°) si la calificación legal de los hechos es la adecuada y 4°) el monto de la pena, admitiendo el carácter transaccional del acuerdo y el limite impuesto por el citado art.-355 , en cuanto prohíbe superar en la sentencia la pena requerida por el acusador público.

En el caso, a criterio del Juez de grado, ha entendido que el acuerdo contiene un defecto en cuanto a la tipicidad de los hechos, pues considera que el mismo debió ser calificado como hurto (art. 162 del CP) en concurso ideal con violación de domicilio (Art. 150 CP) y no sólo hurto como lo proponen las partes.

En este punto, el Juez luego de referirse a las evidencias que según las partes avalan el acuerdo, sostuvo que el Fiscal insistió en que la única calificación legal era el hurto (art. 162 C.P.), a pesar de la advertencia del Tribunal en cuanto a que dicha figura concurriría con el delito de violación de

domicilio (art. 150 C.P.). El fundamento de la fiscalía se basaba en que el dolo acreditado era el apoderamiento ilegitimo y no la de violar el domicilio.

El MPF señaló que el Juez no debía anteponer su criterio personal, pues se trataba de un acuerdo transaccional que se basaba en una postura jurídica aceptable y citó el caso "U.", de esta jurisdicción.

Este sistema que implica desde un punto de vista formal la separación de los roles de acusar y juzgar, y desde un punto de vista material generar mayor poder de resolución del conflicto entre las partes, teniendo en cuenta siempre la desproporción de poder que puede existir entre las mismas (v. Bovino, Alberto "Simplificación del procedimiento y juicio abreviado", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, Págs. 529 y ss.) .

En un proceso de partes, y si estas, encuentran un medio alternativo para la solución del conflicto el órgano jurisdiccional no debe expropiarlo, pero si practicar el debido control y en tal sentido debe verificar que la calificación legal y la pena pactada por las partes responda al principio de legalidad y culpabilidad.

Además, que nuestro sistema de enjuiciamiento responda al principio acusatorio no implica que los jueces se encuentren vinculados a la subjetiva apreciación de las partes de las evidencias y recalco que la determinación judicial de la correcta calificación legal no se trata de una actividad caprichosa o arbitraria, sino que es esencial de la función de control.

Como en otros conflictos procesales, se trata de establecer hasta dónde llega el poder discrecional del Ministerio Público en materia de juicio abreviado, si las decisiones que adopta en dicho marco pueden ser objeto de control jurisdiccional y, en su caso, con qué criterios y con qué limitaciones.

En este aspecto, he fijado mi posición siguiendo al prestigioso penalista Dr. Enrique Bacigalupo, (citado por Adrián Marchisio en "El Juicio abreviado y la instrucción sumaria", Ed. Ad Hoc 1998, Pág. 51) en cuanto señala "que no debe entenderse como "principio de oportunidad" exclusivamente a los casos en los que se renuncia a la acción penal, sino a todo

tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo".

También he realizado una comparación con el sistema anglosajón y he mencionado que a diferencia de sus colegas norteamericanos, los fiscales de nuestra provincia no gozan de una ilimitada facultad discrecional de disposición o modificación de la acción penal. Ello resulta tanto de la limitante directa del art. 37 del C.P.P. (que veda suspender, interrumpir o hacer cesar la acción penal sino en los casos legalmente previstos) como de lo fijado en la Segunda Sección titulada Reglas de disponibilidad.

Si bien nuestro Derecho a receptado institutos que traen implícita la idea de la disposición de la acción penal, aunque más no sea en forma parcial (criterios de oportunidad, conciliación, reparación, suspensión de juicio y juicio abreviado), no abunda en precisiones legales o reglamentarias sobre los criterios a adoptar por los fiscales cada vez que deban manifestar su consentimiento al respecto de los mismos.

En ausencia de disposiciones específicas destinadas a establecer y definir criterios a tener en cuenta cada vez que la acción penal sea suspendida (criterios de oportunidad y/o suspensión de juicio a prueba) o intensamente modificada (abreviación de juicio), la cuestión de los criterios que deben informar el consentimiento fiscal debe resolverse en base a la normativa que, relacionada con el tema, está destinada a garantizar la seguridad jurídica y prevenir la arbitrariedad (doctr. numeral 3, "Reglas mínimas de la NN.UU. para la administración de la Justicia Penal", NN.UU., Consejo Econ. y Social, E/CN.15/1994/11).

Si bien es cierto que la inclusión del juicio abreviado en la legislación procesal vigente ha significado un avance notable en la resolución de los conflictos, tendiendo a obtener un pronunciamiento rápido, fin ideal del fuero que se trata (no se discute que la justicia lenta no es justicia) , no es menos cierto que no por ello se debe convertir al juicio penal en un mero balance contable de las causas a que se les dio un trámite de rápido final.

En el plano teórico, como se dijera, la abreviación es altamente conveniente, máxime en la situación que hoy se encuentra nuestro país de escasos recursos económicos para

destinarlos a mejorar la labor de administración de justicia con mayor cantidad de organismos en funcionamiento.

Pero ello tampoco implica convalidar todo. Pues bien para estos casos, y solo estos en el que el justiciable renuncia al derecho del juicio oral y público, todo el sistema operativo judicial debe ser sumamente prudente en el acuerdo de sanciones y /o medidas de seguridad, tanto en las propuestas como en las aceptaciones. El justiciable no es tan sólo el hecho traido a juicio. Es decir que los primeros jueces "ad-hoc", sin abandonar sus roles específicos, deben ser el Fiscal y el Defensor, a fin de exponer lo razonable diferenciándolo de lo irrazonable.-

El art. 355 C.P.P., cuando obliga al juez a controlar la existencia y seriedad de los acuerdos y a fundar su resolución en el hecho descripto en la acusación admitido por el imputado y en las demás circunstancias que eventualmente incorpore el imputado y su defensor, establece eclípticamente una limitación al poder o capacidad dispositiva del fiscal pues impide el apartamiento arbitrario de lo que objetivamente se haya establecido en el desarrollo de la etapa penal preparatoria.

La misma norma presenta una contracara que obra configurando, y por tanto delimitando, la actividad del M.P. cual es la necesidad lógico-jurídica del órgano jurísdiccional de contar con actuaciones que incluyan información suficiente para "juzgar" pues, el "juicio en manera alguna se deja a un lado en la abreviación" Si ello no se diere el Tribunal no podría sino rechazar el acuerdo propuesto y mandar a llevar a cabo el "juicio" común para adquirir a través de la información que no le fue presentada por las partes (conf. Pedro J. Bertolino, artículo de doctrina, 22.10.97, pág. 128.doctr. CPP arts. 210, 373).-

De ese modo, se ha entendido que queda a salvo el control previsto en el arto 355 del CPP, que en ningún modo debe ser entendido como en desmedro del sistema acusatorio, en tanto la "transacción" respecto de la descripción de los hechos y consecuentemente la calificación legal escogida y el monto de la pena y su modalidad de ejecución no se identifica con él.

Es cierto que desde el año 2009, esta Cámara en lo Penal, con competencia específica en las impugnaciones contra el rechazo de juicio abreviado, con diversas integraciones,

que han incluido a la suscripta y al Dr. Hernán Dal Verme, viene sosteniendo que en materia de calificación legal,cuando el acuerdo de las partes se funda en una postura jurídica que ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, aunque minoritaria, el juicio abreviado debe ser homologado por el Juez, sin perjuicio de la facultad de dejar a salvo la postura personal, en el aspecto en el que cada magistrado tuviera una divergencia jurídica.

A la luz de las aclaraciones precedentes, considero que en el caso, la postura que adoptan las partes de este proceso, no encuentra sustento alguno en la doctrina ni en la jurisprudencia, que se han expedido al respecto proponiendo en modo diverso que las figuras concursan de modo ideal o de modo real pero no hay ninguna postura que proponga que entre el hurto y la violación de domicilio exista un concurso aparente de leyes.

Sin perjuicio del minucioso análisis y la cuantiosa cita doctrinaria, seguida de la transcripción de las partes pertinentes, que ha realizado el Juez Dal Verme, que me precede en el voto, que incluye el tratamiento que le dieran los penalistas más reconocidos en nuestro país en las diversas épocas, en las que las figuras penales en cuestión han sufrido modificaciones con respecto a sus penas, he de mencionar, tratando de evitar reiteraciones, la opinión de otros prestigiosos juristas y de ese modo acompañar y reforzar -aunque innecesariamente- en un todo su razonamiento y fundamentación.

Carlos A. Tozzini, en su obra "Los delitos de Hurto y Robo" refiere "ya González Rorua, en contra de la jurisprudencia de aquella época, opinaba que en concurso de hurto con la violación de domicilio, debía seguirse la opinión de Carrara, en el sentido de que ambos delitos son independientes entre sí, por lo que la violación de domicilio que no constituye una condición del hurto, debe agravarlo al poner en evidencia una mayor temibilidad del autor. Para Gómez, en cambio, jugaban en este caso las reglas del concurso ideal de delitos. Seguía, para ello el criterio expuesto por la C.C.y C. de la Cap. Federal, que citaba ("Fallos, t I, p 158) de que en el caso se daba "un solo acto dirigido a un solo fin, que encierra, en realidad dos

delitos" (112, p. 83). En puridad, al estar el delito de violación de domicilio previsto para ser sancionado en caso de que "no resultare otro delito más severamente penado" (art. 150 C.Pen.), obliga a observar el principio de subsidiaridad, que dice que cuando la ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquella. *"Lex primaria derogat legi subsidiaria".* Es decir que la mención legal a otro delito más grave está señalando que el mismo hecho ha sido previsto por dos disposiciones. "Y puesto que se aplica de ordinario la ley principal, sólo rige la subsidiaria cuando el hecho esta previsto exclusivamente por esta" {Jiménez de Azua, Tratado de Derecho Penal, TII, Losada Buenos Aires, 1950, página. 553, Nro. 693) La regla de subsidiaridad deja siempre la posibilidad de sancionar conforme la figura secundaria (subsidiaria) si la figura principal no puede funcionar. (Daniel P. Carrera, 43 p.225). Núñez está de acuerdo con esta posición. Por eso, cuando estudia la subsidiariaridad del delito de violación de domicilio, dice que ella no procede cuando, como ocurre con el hurto hay un nuevo delito cometido por el agente, que encuentra su sustento real en un hecho distinto del que constituye la violación de domicilio, en cuyo caso ambos delitos concurren en forma material, puesto que son dos hechos independientes (160, p. 84), agregando, en la nota 63 que cuando se da tal concurrencia "el autor ha cometido dos hechos porque ha entrado al recinto ajeno y se ha apoderado de la cosa ajena, sin que mediare entre ambos hechos una vinculación que los prive de la independencia y los conduzca al delito continuado".

Andrés José D'Alessio al analizar la subsidiaridad del art. 150 del Código Penal, refiere que es la propia ley la que consagra a este delito como subsidiario. Agrega que "para la doctrina mayoritaria, la subsidiaridad no depende ni de la relación de medio a fin entre los delitos, ni del propósito del autor, ni de que éste cometa otro delito con motivo u ocasión de la violación de domicilio, sino que de la violación misma del domicilio resulte un delito más severamente penado y esto sucede cuando la violación del domicilio es un elemento integrante del otro tipo penal más grave. La doctrina ha sostenido, que en los casos donde la regla de subsidiariedad no se aplica, se presenta el problema de determinar si el sujeto

responde por ambos delitos en concurso material o ideal. Si la violación de domicilio puede catalogarse como un hecho distinto de otro delito, de pena menor o mayor, estaremos en presencia de un concurso real (como por ej. Ingresar en el domicilio para robar o hurtar); por el contrario, si se trata de un hecho único (p. eje. Para penetrar en el domicilio se dañó la puerta) habrá un concurso ideal. (983 Donna, op. Cit. Ps. 316-317). (pág. 354, Código Penal Comentado y Anotado, parte especial, Editorial La Ley, primera edición 2004)"Fontan Balestra, considera que el delito del art. 150 es absorbido por cualquier otro resultante -conexo- de pena mayor; si tiene pena menor o igual media concurso" "Soler estima que la auto exclusión no se aplica sino en los casos de comisión de figuras complejas sancionadas con pena mayor en las que la violación de domicilio viene a representar elemento constitutivo, mediando concurso de delitos, a) en caso de comisión de otros ilícitos sin capacidad de absorber el del articulo -lesiones; violación carnal dentro del domicilio por el concurso real y b) en los supuestos de delitos conexos sancionados con pena igual o menor". (Código Penal comentado y anotado Tomo I, pág. 485, M. Manigot, Abeledo Perrot, cuarta edición)

Por último, con claridad en la obra de David Baygun y Eugenio Zaffaroni los autores exponen "intentaremos resumir las consecuencias que tendría la primer propuesta. Aquella a la que Núñez reconoce conceptualmente compatible con los términos de la ley, rechazándola por ilógica. El propósito de lo más grave elimina la violación de domicilio o por la expresa subsidiaridad de la figura en todos los casos o por la aplicación e las reglas del concurso ideal. Si ingresa a un domicilio en los supuestos de la ley la pena prevista es de seis meses a dos años de prisión. Si hace lo mismo, y se lesiona a una persona levemente, conducta penada con la escasa de un mes a un año (art. 89 CP) esto último no afecta la escala manteniéndose la de seis meses a dos años. Si hace lo mismo y hurta, también se mantienen los seis meses a dos años del art. 150 del Código Penal, pues el hurto tiene previsto una escala de un mes a dos años, y su mínimo muestra que no es un delito más severamente penado, 666 Código Penal, Tomo 5, Editorial Hammurabi Julio 2008)

En cuanto a la jurisprudeniia nacional y local los fallos se dividen entre la aplicación del concurso real o ideal. A

modo de ejemplo, "Corresponde condenar al imputado como autor de los delitos de hurto simple, violación de domicilio, daño, amenazas calificadas por el uso de armas, todos ellos en concurso real si se encuentra demostrado que ingresó a varios domicilios particulares, amenazando a algunos de sus dueños con un cuchillo y apoderándose de bienes pertenecientes a las víctimas. (Cam. Juicio Oral Crim. y Correc. 1° nom. Santiago del Estero, 24-10-2005, "Muro,Fabián ER. LLNOA 2006-710)

El Fiscal cita en apoyo a la postura sostenida junto a la defensa, un caso reciente de nuestra circunscripción, (Sentencia dictada una semana antes de la audiencia preliminar realizada en estos actuados)en el que un Tribunal de Juicio, integrado por tres jueces, entre los cuales estaba el Dr. José Oscar Colabelli condenó a un imputado por el delito de hurto, en un hecho con similares características al aquí juzgado.

Se trata de la Carpeta Judicial Nro. 4172, caratulada "Provincia del Chubut c/S. R. y otros". En ese supuesto se advierte que el MPF describió un hecho, que luego calificó como robo agravado por escalamiento y por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 45,164,167 inc. 2do. Del Código Penal). El Tribunal consideró que no se habían probado parte de los elementos constitutivos del tipo y modificó la calificación por una menos gravosa, resolviendo declarar responsable al imputado por el delito de hurto simple. En la audiencia de cesura,el recurrente, actuando en representación de la Fiscalía, cuestionó dicha decisión, señalando que el Tribunal al modificar la calificación legal propuesta por el acusador y aplicar una figura menor omitió concursar el hurto simple con la violación de domicilio. Luego, en base a ello, sostuvo que esa omisión del Tribunal aún podía ser salvada, pues bastaba con que no se aplicara una pena inferior a los seis meses, aún cuando el hurto tiene una escala de un mes a dos años.

El Tribunal se limitó a transcribir la petición fiscal pero no surge de la sentencia que los Jueces hayan considerado que se trataba de un concurso aparente como sostiene el MPF y la pena aplicada, de un año y tres meses, se presenta como una corrección tácita a la omisión señalada por el MPF durante la audiencia de debate de la pena.

En este sentido, la doctrina ha sostenido "Si se viola un domicilio y se comete un robo simple, el máximo de la pena del

robo -seis años de prisión- revela que ése es el delito de respuesta punitiva más severa, por sobre los dos años de la misma especie que contempla la violación de domicilio. Respecto del mínimo del delito desplazante -un mes de prisión- un sencillo correctivo permite superar cualquier crítica: pena por robo simple, no inferior al mínimo de seis meses de prisión que corresponde a la violación de domicilio.

Que por cierto, se superpone con la escala del propio delito más severamente penado". (Código Penal y normas suplementarias David Baigun, Eugenio Raúl Zaffaroni, Tomo 5, Editorial Hammurabi - Edición – Pág).

Por último, interesa señalar que en el caso, el instituto cuya aplicación pactaron las partes y cuya homologación requerían fue presentado durante la audiencia preliminar, instancia procesal que cierra definitivamente la Etapa Penal Preparatoria, en la que el Juez Penal debe tener un rol activo e instar a las partes corrijan posibles errores, entre los cuales podemos mencionar los defectos en la descripción del hecho o en la calificación legal escogida, sin que ello deba interpretarse como una conducta que afrente su imparcialidad, pues, de lo que se trata, es que en esta instancia se subsanen (art. 162 del CPP) todos aquellos defectos procesales que pueden interferir en la correcta realización del juicio oral.

Con ello quiero decir que si las partes no hubieran presentado un acuerdo de juicio abreviado, en esta audiencia el Juez estaba, sino obligado al menos facultado a instar al MPF corrija la calificación legal, aún cuando esta fuere más gravosa para el imputado, pues el propio código procesal contiene normas que informan sobre esa actividad jurisdiccional y luego los mecanismos que deben aplicarse para asegurar el derecho de defensa en juicio. En este sentido hago notar que esta facultad del Tribunal, está reconocida en el ordenamiento procesal, inclusive hasta la etapa del juicio propiamente dicho, (arts. 332 C.P.P.)

Con ello, de manera indirecta, estoy respondiendo al planteo extemporáneo que realiza el Fiscal ante este Tribunal en la audiencia, que no formó parte del análisis que tuvo que efectuar el Juez, y por esa razón no corresponde que la Cámara se expida concretamente sobre el punto. Me refiero a las expresiones del Fiscal en cuanto señaló que "aún en el error,

el MPF no podia cambiar la calificación legal, porque de ese modo afectarla el principio de congruencia que se compone de la descripción fáctica y la calificación legal".

Evidentemente, si el Juez tiene facultades para solicitar una corrección, con más razón puede realizarlo el titular de la acción penal, pues la propia etapa procesal lo habilita, poniéndose en marcha el proceso mediante el cual la defensa puede solicitar un nuevo plazo para realizar los planteos que entienda necesarios y ofrecer la prueba pertinente.

Por último, el Fiscal solicitó que este Tribunal considerase que el imputado había oficiado de "campana", es decir que no había sido quien ingresó al domicilio sino el consorte de causa.

Cabe señalar que tal circunstancia tampoco formó parte del acuerdo presentado al magistrado de la instancia de grado, y para modificar el grado de participación, de un modo tal que tuviera incidencia en la escala penal, el MPF debe fundadamente modificar la plataforma fáctica.

Advierto que ello no ocurrió en la audiencia, y que al imputado se le solicitó que reconozca su responsabilidad en el hecho, oportunidad en que admitió haber ingresado al domicilio de la victima, conforme la narración de los hechos que efectuara el MPF y que el Juez utilizara para interrogar a D. V. R..

> Si bien todo lo expuesto resulta suficiente para confirmar la sentencia dictada por el Juez José Oscar Colabelli, hemos coincidido en la deliberación que en el caso el imputado no ha sido informado con la precisión y completitud que requiere la aplicación de este instituto cuales serán todas las consecuencias jurídicas que le acarreará su decisión de asumir la responsabilidad en el hecho.

Ello porque D. V. R. tiene antecedentes penales que imponen, además de la declaración de reincidencia, -lo cual por si sola acarrea la pérdida de determinados beneficios durante el cumplimiento de la pena de prisión efectiva que no consta le hayan sido informados-, la unificación de las penas. El quantum punitivo total no puede estar incierto a la hora de solicitarle al imputado manifieste su voluntad de aceptar la responsabilidad en el hecho, pues estarla desconociendo la totalidad de las consecuencias que deberá enfrentar a partir de ese reconocimiento.

Por todo lo expuesto, he de coincidir con mis colegas que corresponde

confirmar la sentencia Nro. 1459-2018, sin que ello impida a las partes alcanzar un nuevo acuerdo que supere las deficiencias aquí apuntadas. En caso de que ello no ocurriera, deberán extraerse de la Carpeta Judicial y archivarse como un incidente separado, todas las actuaciones documentales y digitales que tengan relación con el acuerdo rechazado, de conformidad a lo dispuesto en el cuarto párrafo del art. 355 del CPP.
Respecto de los honorarios de los profesionales intervinientes, adhiero sin más a la propuesta del Juez Dal Verme. Asi voto.

El juez Martín Montenovo dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes, ni términos de la decisión cuestionada, remitiendo a tal fin a la completa reseña realizada por mis colegas que opinaron previamente.

Tampoco he de extenderme demasiado, pues comparto en líneas generales el sentido de los votos de los Dres. Dal Verme y Estefanía, especialmente en cuanto a la problemática de interpretación referente a la aplicación de los arts. 150 y 162, ambos del Código Penal, la regla de subsidiariedad del primero, y el carácter de la concurrencia de ambas figuras, real, ideal o de leyes, trascendente respecto del mínimo de la escala a tener en cuenta, y consecuentemente, también en orden al monto de pena del acuerdo abreviado pactado, y por ello rechazado.

Solo creo conveniente agregar, que corresponde descartar la concurrencia real, en la inmensa mayoría de los casos, pues al decir de Alimena, solo violan un domicilio, por el mero hecho de hacerlo, los locos o los niños, y a todo evento, se debe discriminar entre las otras dos variantes, inclinándose la Doctrina mayoritaria, en supuestos como el que nos ocupa, de compromiso de dos bienes jurídicos distintos, libertad y propiedad, y ante la innecesariedad, en abstracto, de ingresar en morada ajena para apoderarse de bienes de otro, por la variante ideal (conf. Gustavo Garibaldi y Leonardo Pitlevnik, en Código Penal comentado, Ed. Hammurabi, Tomo 5 pags.649 y ssgts.)

II.- Tengo expresado en una buena cantidad de casos tratados por la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia (Sentencias nro. 29/16, 10/17, 6/18, entre otras) entre otras), que 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 orbitar 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 determinar si la calificación legal y la pena acordada hubiesen podido ser fijadas en Debate, utilizando la información que se desprende del propio acuerdo abreviado, más allá de su opinión jurídica concreta respecto de tales tópicos.

Aquí existió una objeción en ambos sentidos, pues legalmente la concurrencia de figuras propuesta admitía reparos serios, tanto como la pena, pues se encontraba por debajo del vértice inferior de la escala resultante de considerar la conducta reprochada como un concurso ideal, cuyo mínimo sería de seis meses de prisión, superior a los tres meses acordados.

III.- Pero, además, el sistema acusatorio de sesgo adversarial como el que rige en Chubut resulta particularmente dinámico en cuanto a las decisiones y el tenor de los planteos.

Precisamente, la decisión objetada tuvo lugar en el contexto de una Audiencia Preliminar, ocasión prevista ritualmente para el análisis de la Acusación por los Jueces, los que pueden objetarla, corregirla, solicitar aclaraciones, todo ello en custodia del Juicio Oral, en tanto necesidad que se realice sobre bases regulares (art. 295 sexto párrafo del CPPCh.).

De algún, modo tal decisión del Juez de grado tuvo dicho componente, vehiculizado en un rechazo del Acuerdo, lo cual tomó mayor dimensión en la Audiencia del art. 385 del CPPCh., oportunidad en la cual el Sr. Fiscal adujo que el imputado no habría ingresado en la vivienda del damnificado, lo que excluiría de las alternativas de significación jurídica el delito del art. 150 del CP., y con ello las implicancias del conflicto normativo aludido más arriba.

IV. - En tales condiciones, interpretando que el Juez de grado opuso un reparo atendible, y sobre todo, que la verdad real de lo acontecido no parece haber estado reflejada en la Acusación, lo cual, la reconstrucción histórica de lo acaecido, en definitiva no deja de ser el objetivo último del

proceso penal, más allá del sistema ritual imperante y los condicionamientos que acarrea para tal obtención, corresponde confirmar lo resuelto, en tanto la Acusación debe ser reformulada,y sobre esa base un eventual nuevo Acuerdo, en los términos que surgen de este acto, todo ello sin mengua al principio del ne bis in ídem pues resulta una de las alternativas de actuación contenidas en el mentado art. 295 del rito.

En cuanto a costas y honorarios, coincido con lo expresado por mis colegas preopinantes.

Asi voto.-

Por todo ello la Cámara en lo Penal de Esquel, por unanimidad,

RESUELVE:

I. - RECHAZAR el recurso ordinario interpuesto por la Dra. L. C., Abogada Adjunta de la Defensa Pública a cargo de asistir técnicamente a D. V. R., y el Dr. F. R., Fiscal General.

II. CONFIRMAR en todos sus términos el auto interlocutorio registrado bajo el Nro. 1459-2018, dictado en forma escrita el 29 de agosto de 2018 por el señor Juez Penal, Dr. José Oscar Colabelli (art. 355 del C.P.P. y arts. 54, 150 y 162 del Cód. Penal).-

III.- REMITIR a la Oficina Judicial Penal, para la continuación del trámite procesal, debiéndose fijar de forma urgente la continuación de la Audiencia Preliminar en los términos referidos en los respectivos considerandos.

IV. - REGÍSTRESE, digitalícese, comuniquese y ténganse por notificadas las partes con la lectura de la presente, dejándose constancia de que el Dr. Martín Montenovo, Juez de la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia, por razones de distancia no ha firmado la presente sentencia, habiendo remitido su voto en formato digital (Arts. 331, párrafos 5° y 6° del CPPCH.).

).

HERNAN DAL VERME
Juez de Camara

Carina Paola Estefanía
Juez Cámara en lo Penal

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el Nº 1097
del AÑO 20 18
Conste.

GABRIELA LAURA DUVA
OFICINA JUDICIAL PENAL - ESQUEL