

////nos Aires, 26 de abril de 2012.

**Y VISTOS:**

Interviene la sala para resolver las apelaciones articuladas por los Dres. Pablo Guillermo Mitelli, defensor de J. C., M. A. y S. J. R. , y Darío Sebastián Fernández, defensor de W. J. S. contra el auto de fs. 208/212vta., por el que se dispuso sus procesamientos como coautores del delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa y se decretó el embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de tres mil novecientos pesos.

Realizada la audiencia prevista en el artículo 454 del cuerpo adjetivo y, habiendo deliberado los suscriptos, nos encontramos en condiciones de resolver.

**Y CONSIDERANDO:**

**1.- Antecedentes del caso:**

Estas actuaciones se iniciaron en la justicia de instrucción el 26 de agosto de 2011.

La instrucción fue delegada en el Fiscal (fs. 109), quien en el dictamen de fs. 129/vta. describió una hipótesis de usurpación en grado de tentativa (punto II), calificó los hechos dentro de los términos de los artículos 42 y 181, inciso 1º del Código Penal (punto IV) y, en razón de ello, propició el envío de estas actuaciones a la Justicia Contravencional (punto VI).

El juez coincidió con la propuesta fiscal, se declaró incompetente para proseguir la investigación (fs. 130/vta.).

Radicadas las actuaciones en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 28, su titular no aceptó la competencia atribuida e invitó al juzgado remitente a elevar las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que dirimiera en definitiva la contienda trabada. Sustancialmente, adujo que de la lectura del expediente no se advertían elementos que permitieran desechar la aplicación al caso de la figura del artículo 164 del Código Penal, al que ni el fiscal ni el juez se habrían referido (fs. 133).

Devueltas las actuaciones a sede de instrucción, el juez las remitió al fiscal, quien emitió el dictamen de fs. 135/vta., oportunidad en que solicitó que se diera por trabada la cuestión de competencia con la Justicia Contravencional, que se formara el correspondiente incidente y se lo elevara a la Corte.

Asimismo se indicó, con expresa referencia al dictamen de fs. 129, que se había conformado el estado de sospecha a que alude el artículo 294 del código adjetivo respecto de los cuatro imputados, en relación al delito descrito en el punto II de esa pieza.

Recibidas las actuaciones en el juzgado, su titular tuvo presente por el momento el planteo del fiscal y dispuso convocar a los imputados a prestar declaración indagatoria (fs. 137).

Al concretarlas (fs. 156/7 –S.-; 198/199 –J. C. R.-; 202/203 –M. A. R.-; 206/207 –S. J. R.-) los intimó por “...haber intentado sustraer elementos de valor del interior del inmueble de la calle ..... de esta ciudad...el día 26 de agosto de 2011, alrededor de las 3.10 horas....”, es decir, por una hipótesis de robo en grado de tentativa.

Con posterioridad a ello (fs. 208/212vta.) los procesó como coautores del delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, oportunidad en que también formuló aclaraciones sobre su decisión de mantener la competencia del tribunal y no trabar la cuestión con la justicia de la Ciudad, tal como le fuera solicitado por el fiscal. Dijo entonces que, reanalizada la cuestión a la luz de los argumentos del juez contravencional, entendió que no existían motivos para descartar un intento de sustracción de bienes del interior de la vivienda mencionada.

2.- Lo obrado por el juez a partir de fs. 137 en adelante adolece de un defecto sustancial que impide su subsistencia como actos válidos.

El llamado a indagatoria, la recepción de esas declaraciones y el procesamiento decretados por el juez instructor sobre una base fáctica diversa de aquella por la que el titular de la acción pública la había promovido implicó la vulneración del debido proceso legal por vía de la inobservancia sustancial de la intervención prevista para el acusador estatal en los delitos de acción pública.

Decimos que así fue en el caso concreto porque, si bien el fiscal que tenía la instrucción delegada emitió un dictamen de impulso a fs. 129/vta., que ratificó en idénticos términos en la presentación de fs. 135/vta., el juez hizo caso omiso de su contenido y alcance y, subrogándose en la función acusadora, decidió personalmente desarrollar la instrucción en base a una hipótesis de hecho diferente, sobre la que estructuró el camino procesal subsiguiente.

El acusador público es quien, en forma exclusiva y excluyente, define el objeto procesal en las investigaciones de orden público, entendido éste como el “hecho que habrá de comprender”, quedando el juez limitado a esa descripción tanto en investigaciones delegadas como en las que no lo son.

La decisión del magistrado de intimar a los encausados conforme a un hecho diferente importó vulnerar el principio *ne procedat iudex ex officio*, y afectó el principio de congruencia que necesariamente debe existir entre el acto de impulso y el de intimación, razón por la cual se ha incurrido en una nulidad absoluta y de orden general

*Poder Judicial de la Nación*

233.12.- "R., J. C. y otros". Procesamiento.  
Sala V

que corresponde declarar de oficio (artículos 5º, 167, inciso 2º y 168 del Código Procesal Penal de la Nación).

Atento a lo expuesto, decretaremos la nulidad del llamado a indagatoria de los cuatro imputados (fs. 137), de los actos de recepción de esas declaraciones (fs. 156/7 –S.-; 198/199 –J. C. R.-; 202/203 –M. A. R.-; 206/207 –S. J. R.-) y de las decisiones de procesamiento y embargo decretadas (fs. 208/212vta.).

Por ello, el tribunal **RESUELVE**:

Decretar la nulidad de lo actuado a partir de fs. 137, la que comprenderá el llamado a indagatoria de los cuatro imputados (fs. 137), de los actos de recepción de esas declaraciones (fs. 156/7 –S.-; 198/199 –J. C. R.-; 202/203 –M. A. R.-; 206/207 –S. J. R.-) y de las decisiones de procesamiento y embargo decretadas (fs. 208/212vta.).

Devuélvase y sirva lo dispuesto de atenta nota.

USO OFICIAL

Rodolfo Pociello Argerich

María Laura Garrigós de Rébori

Mirta López González

Ante mí:

Ana María Herrera  
Secretaria