En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete, se reunió en Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia, presidido por el doctor Jorge Pfleger, e integrado con los ministros Alejandro Javier Panizzi y Miguel Ángel Donnet, para dictar sentencia en la causa caratulada "O., H. F. s/ROBO EN GRADO DE TENTATIVA -Carpeta N º 8066- Legajo 69679- Comodoro Rivadavia" (Expediente N º 100. 231– F Año 2016).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado en la hoja 142: Pfleger, Panizzi y Donnet.

El juez Jorge Pfleger dijo:

I. Prólogo

1. Por obra de la impugnación extraordinaria presentada por los miembros del Ministerio Público Fiscal, los doctores J. P. y S. A. S., ha recalado en esta Sala el presente caso.

Ella se dirige en contra de la resolución dictada el 17 de Octubre de 2016 por la Jueza Penal de Comodoro Rivadavia, doctora Daniela Alejandra Arcuri, quien dispuso el sobreseimiento total y definitivo del imputado F. H. O., atribuido de la comisión del delito de Robo en grado de tentativa en carácter de coautor (arts. 164, 42 y 45 del Código Penal) .

La Magistrada consideró aplicable el art. 285 inc. 6 º del C.P. P. para cuadrar jurídicamente la posición absolutoria, esto es que no exista razonablemente la posibilidad de incorporar unos

elementos de prueba, ni fundamentos para requerir la apertura a juicio.

El criterio fue adoptado durante el desarrollo de la audiencia preliminar, acorde las constancias que están adosadas en la hoja 95.

2. El recurso de que se trata fue planteado en el texto añadido entre las hojas 112 a 117, y consta de siete ítems.

Durante el desarrollo del primero, los que recurren argumentaron acerca de la legitimación para recurrir, en el II (Exordio) fijaron la materia objeto de censura y desarrollaron en el III. (Breve reseña del caso) una semblanza del devenir procesal.

En el punto IV. se ocuparon de los agravios concretos.

En este sentido sostuvieron que la resolución en crisis fue resuelta en directo menoscabo a los derechos contenidos en los artículos 35 y 195 inciso 3 0 de la Constitución Provincial, y que se desoyó lo ordenado en los contenidos de los artículos 15, 18, 32, 165, 295 y 299 del CPP.

Dijeron que era arbitrario el dictado de sobreseimiento efectuado a favor del imputado " el entendimiento de la orfandad probatoria que adolece,criterio de magistrada, la investigación llevada adelante y concluida con la acusación acompañada de plexo probatorio..." (textual), denunciando e 1 modo en que se contrariaba así la opinión del Ministerio Fiscal que consideró que existía suficiente evidencia para probar la autoría y materialidad de los hechos imputados.

Afirmaron que tal arbitrariedad revestía gravedad institucional ya que contrariaba los artículos 168 y 169 de la Constitución Provincial, que exige que las causas sean resueltas conforme a derecho y con fundamento lógico y legal.

Denunciaron que: "...no se le ha permitido al acusador y a la víctima producir la prueba ofrecida en

audiencia de debate a los fines de su probanza, agraviando así los principios de contradicción y



libertad probatoria del proceso penal (arts. 3 y 165 CPPCH).

Manifestaron que los planteos efectuados por la Defensa cabía resolverlos en la audiencia de debate, pues implicaban la evaluación de la evidencia presentada; que en ese momento del proceso aquella ofrecida podía producirse y confutarse para que el Tribunal de Juicio la tasara.

Aceptar ese planteo en la audiencia preliminar rt.295 del C PP) —señalaron los peticionarios— implicó su desnaturalización, pues allí se analizó y debatió impropiamente la entidad probatoria del plexo ofrecido y su capacidad de convencer.

Asimismo— adujeron— se le permitió a la Defensa efectuar el planteo de su teoría y se llegó a la decisión que ahora se discute, con desdén por las reglas que rigen en la etapa crítica.

Luego de repasar los defectos en que incurrió la Jueza Penal al abordar el asunto, los miembros de la persecución penal resaltaron que la audiencia preliminar, como lo señala el artículo

8 0 del ritual doméstico, se efectúa para dar cumplimiento al art. 299 del texto, y consiste en controlar: "...la legalidad en la obtención de la prueba ofrecida y su relación con el hecho investigado, a fin de admitir la misma o no, para su producción en el debate (sin perjuicio de que dicha admisión -o rechazo no resulta vinculante para el Tribunal de juicio, último párrafo. Art. 299 CPP) ... " y que las cuestiones a plantearse allí solamente se enlazan con aquello que indicó en los párrafos anteriores sobre los que se machacó.

Afirmaron que la Jueza interviniente dispuso el cierre del ejercicio de la acción sin escuchar a los testigos oculares que " ...prejuzgó de insuficientes...'incurriendo en arbitrariedad, impidiendo a su parte validar los relatos, en particular el de la víctima "...respecto de los imputados que observó salir de su casa y que cruzó cuando éstos huían (informando a la policía que uno de ellos llevaba una mochila negra con los elementos sustraídos dentro),inmediata persecución de ambos , la detención del imputado O. en cuasi flagrancia y la recuperación de los elementos sustraídos que fueran transportados por el mismo, concluyendo a pesar de ello en orfandad probatoria..." .

Esto les llevó a calificar de arbitraria a la decisión, a denunciar que la Jueza prejuzgó en torno a la entidad probatoria de los medios ofrecidos pues asumió: una tarea propia del tribunal de juicio...".

Citaron puntualmente el desdén por atener a

Ñ

los antecedentes del imputado en conjunto con., la demás evidencia, y remarcaron que se vulneró el derecho

de las víctimas a encontrar una respuesta satisfactoria dentro del sistema de justicia.

Al final de su camino argumental, los peticionarios ofrecieron prueba, hicieron reserva del caso federal y postularon la revocación de lo decidido.

3. La defensa, por vía de la Abogada Adjunta . Claudia Torrecillas, contestó los agravios en el escrito que está entre las hojas 125 a 131 .

4. En las hojas 140/141 se halla agregada el acta que documenta la audiencia del art. 385 del C.P. P. II. La solución del asunto

1. Previo a formular las consideraciones que merece el asunto, me permitiré evocar los hechos sobre los que versa: aquellos descriptos en la acusación fiscal cuyo contenido se reproduce en, las líneas que siguen.

Allí, y conforme consta entre las hojas 29 a 31, se sostuvo: El día 20 de julio de 2015, siendo aproximadamente las 21 ,30 horas. H. F. O., junto a otro sujeto de sexo masculino cuyos datos no se pueden precisar por el momento, se hizo presente en el domicilio sito en calle L. P. Nro. xxxx de ésta ciudad (Comodoro Rivadavia), propiedad de A. L., y previó romper el cristal de una de las ventanas, ingresó y sustrajo una (01) notebook marca DELL, color gris, una (1) notebook marca LENOVO, color blanca,
(1) calculadora color negro, una (1) consola, de videos juegos PlayStation 3, color negro, un (1) cargador de notebook, un (1) mouse color negro, guardándolos en el interior de una mochila y una
(1) notebook marca SAMSUNG, color negro. Que el personal policial de la Comisaría Seccional Segunda

tomó Conocimiento del hecho debido a que LEIVA, en momentos en los que regresó a su domicilio, observó que de su patio salían dos (02) personas de sexo masculino que pasaron frente a ella. Es en ese momento que los efectivos policiales iniciaron persecución de los mismos, logrando uno de los sindicados escapar, mientras corría a pie, siendo perdido de la vista de los numerarios, mientras que O. resultó aprehendidos



momentos posteriores a arrojar la mochila con los elementos sustraídos, procediendo a ser reducido en calle F. S., intersección con pasaje M., recuperándose la totalidad de los elementos denunciados...".

2 . Al momento de formalizar ese acto de persecución, el Ministerio Fiscal detalló los elementos f undantes de la requisitoria y ofreció como prueba la evidencia que había recogido. Señaló que la conducta protagonizada por el incuso cabía en los artículos 164 y 42 del Código Penal, "Robo en grado de tentativa".

3 A pesar de que son dos los ingredientes que concurren a descalificar la resolución que ha venido objetada, escogeré como determinante el que refiere a la cuestión "de fondo", por así llamarla:
el ejercicio abusivo de facultades por el encargado de la audiencia preliminar. El otro componente que perjudica la estabilidad de lo decidido es la forma en que esobreseimiento ha sido dictado, contraria alcriterio que he expuesto en

otros precedentes.

Este defecto que denominaré "de forma" para contraponerlo con el primero, constituirá un argumento secundario. Así lo será pues considero que para la salud del proceso, de éste y de los que vendrán, es preciso definir el problema que plantea el rol de los

Jueces en la "Audiencia Preliminar' del art. 295 del C.P. P.

4. En ese sentido ya me he pronunciado en los precedentes "S., N. s/ Dcia. Abuso Sexual representación nieta menor autor: S. Guillermo A. s/ Impugnación" (Expediente N° 22156 - F º 15 - Año 2010 - Letra "S") y "OVANDO, N. P. s/Dcia. Abuso Sexual r/ v hijos Menores s/ Impugnación" (Expediente N º 22149 — F º 13 Letra "O" - Año 2010) , entre otros, cuando he reflexionado acerca de los atributos de la audiencia preliminar.

En ellos he indicado la importancia de tal actividad ya que -la "...naturaleza y esencia de los institutos resulta fundamental a la hora de decidir, pues el orden político que alimenta a la técnica (y utilizo las palabras en el sentido que le brinda Karl Lowenstein en su "Teoría de la Constitución") tiene un sentido preciso: dotar a las partes de potestades y deberes en un marco de igualdad, para que desplieguen sus capacidades frente al Juez que se convertirá en arbitro de los comportamientos y que decidirá el valor de las

hipótesis que se planteen..." (Las comillas encierran el texto de los precedentes enunciados al respecto) .

En los casos referenciados he definido a la audiencia preliminar como el acto jurisdiccional imperativo de la fase intermedia del proceso penal acusatorio que desarrolla oral y contradictoriamente frente a un Juez imparcial, mediante cual realiza control jurisdiccional crítico de la etapa de investigación conducida por el Ministerio Público.

Este control crítico, sostuve y sostengo, importa la verificación de la validez formal de la acusación y la parte, la evaluación de la consistencia del caso para habilitar la etapa de juicio, a partir de la prueba que se ofrece por ambas partes.

Acepto— como acepté— que, en este marco, el Magistrado puede realizar un control de legalidad de las evidencias del Ministerio Fiscal, o, en todo caso, ponderar si éstas pueden ser excluidas del proceso por haber sido adquiridas violando garantías constitucionales (arts. 161 y ss y art. 294 del C.P. P. Ch. ); también le cuadra justipreciar su pertinencia, utilidad o relevancia en relación al concreto, tal como se verá.

GRADO

Tal es la significación que he dado al término consistente que lingüísticamente significa duración, . estabilidad, solidez (Diccionario RAE), palabra que integrada al sustantivo 'caso' en función adjetiva, implica que la argumentación acusadora y sus fundamentos resulten legalmente aceptables y posean la cualidad o capacidad de generar la convicción de que constituyen base seria para el debate. Durante la misma, Y por su condición contradictoria, la Defensa y el imputado pueden ejercer en plenitud el derecho de oponerse al progreso de la acción por razones formales o sustanciales. Los planteos de nulidad, por ende, resultan factibles.

Esta definición, general como lo he apuntado, revela o sirve de cartabón para interpretar adecuadamente las normas del momento intermedio (en especial el art. 295 del C. P. P en tanto interesa), que encuentran antecedentes en el Proyecto. Maier de 1999 y en el Proyecto que la estatuían en sus artículos

6 a 10 el primero y 254 a 262 el otro, y de la que se deduce que para decidir sobre la "consistencia del caso" necesariamente se ha de ponderar la validez o legalidad, pertinencia y aptitud en abstracto de la prueba ofrecida, con precaución como lo dije.

Es que en esa labor los Jueces han de marchar cuidadosamente, pues el control que se les asigna no ha de invadir el campo que resulta propio del debate, momento de plena contradicción y ámbito en que se develan las evidencias que, convertidas en prueba, contribuyen a la formación del criterio de los Jueces que resolverán, en definitiva.

. La lectura del texto que contiene los agravios y la escucha de los audios de la audiencia en cuestión, conducen a la idea que sin perjuicio del respecto intelectual que merece- I. Magis, rada procedió más allá de lo debido, Porque al asumir el valor de la evidencia de cargo, que descalificó sin que se hubiera producido, privó a la Fiscalía la posibilidad de demostrar su hipótesis de imputación y obturó el desarrollo del juicio, momento virtuoso para poner en evidencia aquello que la confirme o deseche.

7. Si el Fiscal intenta corroborar sus afirmaciones a través de testimonios y otras pruebas que ofrece, es menester habilitar la instancia ulterior, a menos que la prueba sea ilegal, impertinente u ostensiblemente inadecuada a los fines.

Si en el caso, la idea que alimenta al Ministerio Público importa la existencia de una secuencia que asocia el escape desde la vivienda, la persecución y la captura de un autor y el recupero de las cosas, y basa esa noción -hipotética- en testimonios y otras

pruebas, aun el supuesto de un testimonio solitario hace válida la propuesta.

Porque si al formular la acusación afirma que probará la imputación que describe y ofrece datos que sin mayores honduras podrían servir de avales, queda abastecido el concepto "probabilidad", estado de la razón que siempre deja lugar para la duda en la medida en que elementos positivos y negativos permanecen.

8. Del discurso de justificación recogidos desde los audios (que no es la manera apropiada para formalizar una sentencia de la catadura de la que ocurre, según mi criterio) extraigo que 1
Jueza evaluó como feble el testimonio d
Cardozo y juzgó cierta inconsistencia en la declaración j u rada víctima Leiva, circunstancias que sólo puede develar un debate por Io que acabo de decir; las dos evidencias — ambas— se inscriben en un universo probatorio cuyo contenido y valor para provocar





certeza, positiva o negativa, sólo puede verificarse en aquel momento procesal.

Debo reconocer que la Magistrada ha sido muy prolija en su verbalización, pero se ha desmedido en el sentido jurídico-formal del término y allí radica el defecto.

9. En lo que al otro ítem atañe, recordaré de mi posición contraria a aceptar que el auto de sobreseimiento— sus fundamentos— no edocumentados por escrito.

Ese es el criterio que he mantenido en varios precedentes, y cito a modo de ejemplo. "Pcia. del

Chubut c/ R., O.; vrr. A, R. O.; S., A. M.; P., R. N.; J. M. B., R. M. s/ Impugnación" (Expediente N º 23.302 — Folio 9 — Año 2014. Carpeta Judicial N º 1981).

Por lo expuesto, propicio que se declarare la nulidad de la decisión recaída en la audiencia preliminar, materia de examen, y se reenvíen los autos a la instancia para que un nuevo Magistrado proceda al dictado de un pronunciamiento ajustado a las formas que han quedado establecidas.

Necesariamente el Magistrado que intervenga deberá repetir el acto previsto por el art. 295 de C.P. P, pues este es el único modo de acceso a las

Proposiciones y almaterialque debaserconsiderado .

Así me expido y voto.

El juez Alejandro Javier Panizzi dijo :

. I. En el voto anterior han quedado expuestos los antecedentes del caso y reseña de los agravios esgrimidos por la parte impugnante. No los repetiré a fin de no fatigar al lector.

II. La jueza penal Daniela Alejandra Arcuri, en el marco de la audiencia preliminar, dispuso el sobreseimiento de F. H. O., en los términos del artículo 285, inciso 6 º del Código Procesal Penal.

. III. La magistrada se ha excedido en el ejercicio de sus atribuciones, exorbitando el control que le impone el rito en el artículo 295.

Es que, la sentenciadora se expidió acerca del mérito de la prueba, recogió las oposiciones de la defensa y privó a la parte acusadora de la posibilidad de debatir en la siguiente fase, cada una de las objeciones y circunstancias alegadas.

Justamente, preliminar significa que antecede o se antepone al juicio. La razón de ser de la audiencia así llamada es la preparación del juicio. Es éste el corazón proceso en el modelo adversativo vigente, no la audiencia que lo precede.

Durante esa etapa el acusador debe reunir evidencias y elementos que le aporten información a fin de superar el estado de incertidumbre inicial eventualmente, fundamentar su decisión someter a proceso a un imputado. Es decir de llevar adelante diligencias que resulten útiles y pertinentes para averiguación y esclarecimiento del hecho denunciado. Es decir, no se exige, en esta etapa, demostrar cabalmente el hecho ni su autoría, sino la procedencia de la realización del juicio.

Dicho de otro modo, la audiencia preliminar es para que, una vez cumplida la investigación previa, el fiscal deje constancia de los hechos y circunstancias de los que se valdrá en el juicio, para fundar la imputación. En este acto procesal el juez controla la acusación, en cuanto define el objeto del proceso y establece sus límites. Una vez determinado el objeto y los términos de la acusación tiene lugar la siguiente etapa del proceso penal.

Durante la fase preliminar, el juzgador debe limitarse a controlar la legalidad de la evidencia y su correspondencia con el hecho investigado. No le

incumbe expedirse acerca del mérito de la prueba, que resulta una misión propia del debate.

De esta manera, la jueza ha extralimitado sus atribuciones, por lo que, corresponde revocar la decisión adoptada y remitir a la instancia de origen para que se reedite la audiencia preliminar.

IV. Por último, señalaré que el examen de la decisión judicial con el mero registro del audio, se dificultó enormemente la tarea de revisión.

De manera que, si bien el ordenamiento procesal doméstico autoriza el uso de sistemas de sonido o grabaciones digitalizadas, conveniente, con la finalidad de garantizar adecuadamente la impugnación ante otros órganos jurisdiccionales, su revisión y publicidad, que las razones de las decisiones como éstas, sean asentadas por escrito, sin perjuicio de su registración oral. Así voto.

El juez Miguel Ángel Donnet dijo:

1. En el voto que guía el Acuerdo se han reseñado de modo completo los antecedentes de la causa y la expresión de agravios que sustenta la impugnación deducida. También se ha descripto el hecho ilícito objeto del proceso, y la calificación legal escogida por el Ministerio Público Fiscal. Me remito a dicha síntesis.

2. La discusión central versa sobre la naturaleza de la audiencia preliminar, y el rol que le cabe al tribunal de la etapa intermedia del proceso penal.

Dé partida; acudo a las propias palabras de la ley. La audiencia preliminar (Código Procesal Penal, artículo 295) debe su nombre a su carácter previo a la audiencia de debate —instancia central en la noción de juicio previo—, y está contenida dentro del apartado denominado control de la acusación" (CPP, capítulo V, Título T, Libro I, Segunda Parte).

La audiencia preliminar, entonces, constituye un examen crítico o filtro del caso presentado por la parte acusadora, a efectos de controlar su validez formal y de poner a prueba su consistencia de cara a un juicio oral.

En otras palabras, además de la verificación de los requisitos formales, este control del caso permite extirpar del proceso aquellos elementos de cargo que fueren impertinentes, irrelevantes, sobreabundantes, o bien que hubieren sido incorporados de manera irregular También n posibilita desechar acusaciones infundadas por manifiesta orfandad probatoria, o que devienen carentes de sustento precisamente por la supresión probatoria antes mencionada. De allí que la defensa tenga la primera oportunidad en el proceso de pedir el sobreseimiento del imputado, y el tribunal de dictarlo (CPP, artículos 161 y concordantes, 294 inciso 1, 295, 296 y 297).

Ahora bien, esta facultad jurisdiccional de control tiene límites. La centralidad del juicio oral consecuencia directa respeto irrestricto, durante su desarrollo, de todas las formas y caracteres que integran la garantía de juicio previo, en particular de la contradicción como dinámica estructural de la defensa en juicio.

Salvo las hipótesis excepcionales de anticipo jurisdiccional de prueba (CPP, artículo 279 y concordantes), es el juicio —y no antes— el ámbito natural de producción de la prueba, con plena vigencia de la oral i dad, publicidad, continuidad y, como ya dije, contradicción.

Y la prueba testifical, en particular, tiene la lógica propia e impredecible del examen y contraexamen de los testigos. El contenido de sus declaraciones y su proyección en el caso no se pueden anticipar pues

todavía se desconocen, tribunal de la audiencia preliminar

facultado a reemplazarlos por medio de conjeturas. Sobre todo, si se tiene en cuenta, como reza la máxima jurídica, que los testigos no se cuentan, se "pesan".

3. Sobre las bases antedichas, concluyo que en el caso el tribunal de la etapa intermedia ha excedido su ámbito de conocimiento y decisión.

En efecto, y entre otras evidencias, la Fiscalía basó su caso (la fuga desde la vivienda, la persecución y aprehensión del presunto responsable, y el recobro de los efectos sustraídos) en la información aportada por diversos testigos. Ello alcanzaba, los términos presentados por la acusación pública, para satisfacer el estándar de probabilidad que requiere esta instancia.

Sin embargo, tal como señaló el Ministro Pfleger en el primer voto, la magistrada restó convicción probatoria a algunos de estos elementos de cargo, más antes del debate. Ello exorbitó su margen de control, por lo que ya expliqué, pero además implicó subrogar al tribunal de mérito en su función a partir de conclusiones anticipadas sobre pruebas que todavía no se habían producido.

4. A modo de coda, y al igual que quienes me precedieron, una vez más me referiré a las formas de los actos procesales.

Ya he dicho, y reitero aquí, que el audio como todo registro dificulta la tarea de revisión de un modo innecesario, sobre todo si se trata de decisiones vinculadas con cuestiones de fondo de caso en cuestión (el sobreseimiento de la persona inculpada, por ejemplo).

El rito admite la grabación audiovisual de las audiencias, pero a la vez garantiza el examen y publicidad adecuados de las decisiones relevantes en el proceso. El desarrollo escrito de los fundamentos atiende, precisamente, a dicho propósito, razón por la cual propicio que este señalamiento sea tenido en cuenta por los tribunales inferiores en grado para casos futuros.

5. En virtud de las razones apuntadas a Io largo de este sufragio, me sumo a la propuesta de anular la decisión atacada, y de reenviar el caso a la instancia para que se reedite la audiencia preliminar.

Así voto. Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

**---------- S E N T E N C I A ----------**

1) Declarar procedente impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal —v. hoja 112 a 117 y vta.

2) Declarar la nulidad la resolución dictada el 17 de octubre de 2016 por la Jueza Penal de Comodoro Rivadavia, doctora Daniela Alejandra

Arcuri —v. hoja 101 y vta. —

3) disponer el reenvió a la instancia de origen para que se acredite la audiencia preliminar.

4)protocolícese y notifíquese.

Fdo. Dr. Jorge Pfleger – Dr. Alejandro Javier Panizzi – Dr. Miguel Ángel Donnet. Ante mi secretario Javier Ferreira. -