

CASO CITADO: SEGUNDA INSTANCIA Y CASACIÓN

SEGUNDA INSTANCIA

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia, estos autos caratulados: “**AA, BB; CC- Antecedentes**” IUE: 587-3/2017, venidos a conocimiento del Tribunal, en mérito al recurso de apelación interpuesto por la Sra. Fiscal Departamental de Atlántida de 1º Turno, Dra. Darviña Viera, contra la Sentencia definitiva de primera instancia Nº 10/2018 de fecha 23 de mayo de 2018, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Atlántida de 1º Turno, Dr. Marcos Seijas, con intervención del Sr. Defensor Particular de la imputada CC, Dr. Sergio Sansón y del Sr. Defensor Particular de los imputados AA y BB, Dr. Raúl Estomba.-

RESULTANDO:

I) Aceptando y dando por reproducida la relación de antecedentes procesales de la apelada, pues se ajusta a las resultancias del proceso.

Por la misma se absolvió a AA, BB y CC de los delitos de asociación para delinquir, en concurrencia fuera de la reiteración, con un delito de homicidio muy especialmente agravado (en calidad de autores en el primero, mientras que en el segundo los dos primeros como autores y la última como coautora), por los cuales la Fiscalía solicitó su condena, en su mérito, disponiendo su libertad, debiendo cumplirse con lo dispuesto en los artículos 119.4, 124.2 y 124.3 (si se diere el caso) del CPP.

Se dispuso también la devolución de los efectos incautados a quienes corresponda, incluida el arma.

II) Se alzó la Fiscalía actuante (fs. 82 a 88) en atención al análisis de la prueba realizada. Sostuvo que son erróneas las afirmaciones realizadas

en la impugnada, respecto a que los indicios en que se pretende sustentar la teoría del caso por parte de la Fiscalía, se ven desvirtuados por otros medios probatorios y que obró la propia “omisión” de la acusadora.

Afirmó que solo se indica lo negativo, pero no aquellas pruebas positivas para la obtención de la condena, manifestó que debió valorarse toda la prueba.

En tal sentido expresó que está plenamente probado que BB y AA cometieron el ilícito y que fueron previamente avisados por una tercera persona respecto de quien realizada la recaudación ese día, proporcionando datos del vehículo. Señaló también que está probado desde y hacia qué teléfono se dieron los mensajes y la foto, así como lugar desde donde fue tomada dicha foto.

Destacó además que BB y AA fueron detenidos con un arma que fue disparada. También que la vestimenta que tenían era la que describieron los testigos y la moto en la que circulaban es la misma. Por otra parte hizo referencia a que los imputados trataron de huir de la policía y en la persecución cayeron en dos oportunidades de la moto.

Solicitó prueba respecto a un hecho nuevo, esto es la persecución realizada por un vecino a los autores del hecho. En tal sentido ofreció la declaración de dicho vecino “en calidad de testigo intimidado” (Art. 160 y 163 del CPP 2017), cuyos datos identificatorios los aporta en sobre cerrado.

También pidió el testimonio de los policías DD y EE “ambos pertenecientes al Ministerio del Interior, Línea 111”. Afirmó al respecto que el primero recibió el llamado del testigo ofrecido y lo derivó al segundo de los nombrados.

También ofreció como prueba documental, el “informe solicitado a través de SIPPAU mediante la orden N° 140161 extraído del caso, el que será introducido por la Agente FF de Seccional 23 de Policía de Canelones, quien realizó el análisis de los hechos el día 03 de noviembre de 2017 en San Luis, a los efectos de probar que entre la hora 12.00 y las 15.00 del mencionado día, no ocurrieron otros hechos que pudieran dar lugar a la persecución policial cuando fueron aprehendidos los acusados”.

Además ofreció “la grabación al teléfono 911 realizada por el testigo ofrecido, la que será introducida por los policías DD y EE.

En definitiva solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se haga lugar a la condena solicitada.

III) La Defensa de CC evacuó el traslado conferido (fs. 92 a 94 vto.), abogando fundadamente por mantener la sentencia impugnada. Se opone además a que se admita la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

IV) La Defensa de AA y BB evacuó el traslado conferido (fs. 95 a 101 vto.). Reclamó fundadamente la confirmación de la sentencia definitiva de primera instancia. También se opuso a la admisión de la prueba propuesta.

V) Recibidos los autos en la Sala, en dos oportunidades, se dispuso su devolución a la Sede de origen (Decreto N° 375 del 31 de agosto de 2018 de fs. 181 y Decreto N° 456 del 12 de octubre de 2018 de fs. 196) con la finalidad que se subsanaran las omisiones relevadas.

VI) Recibidos nuevamente los autos en la Sala, se asumió competencia y pasaron a estudio (Decreto N° 492 del 06 de noviembre de 2018 de fs. 207).

VII) La Sra. GG (hermana de la víctima HH) compareció de fs.141 a 180, invocando su legitimación para hacerlo en segunda instancia como víctima. Fundó el derecho a efectos de su legitimación y solicitó prueba. En el mismo escrito agregó testimonio de actas de partidas de nacimiento que prueban el vínculo con la víctima, una declaración testimonial frente a Escribana Pública de la persona que siguió a los autores del homicidio desde el lugar del hecho hasta su detención.

También ofreció como prueba el testimonio de varias personas y solicitó que se agregue lo actuado en denuncia que efectuó a la madre de la imputada CC, por falso testimonio, al tiempo que peticionó que ambas sean citadas.

Subsidiariamente, refirió a que la prueba reunida es plena para condenar. Sostuvo que la sentencia de primera instancia es absurda.

VIII) Se resolvió dictar decisión anticipada, conforme lo previsto en los Artículos 200 y 204.2 del Código General del Proceso, aplicables por remisión de lo previsto en el Artículo 118 del Código del Proceso Penal.-

CONSIDERANDO:

I) La Sala con la unánime voluntad de sus miembros naturales confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto dispuso la absolución de AA, de los delitos de asociación para delinquir, en concurrencia fuera de la reiteración, con un delito de homicidio muy especialmente agravado, en calidad de autor, ya que los agravios del Ministerio Público no logran conmover la decisión adoptada, desestimándose en consecuencia la apelación interpuesta.

Por otra parte, se revocará la sentencia de primera instancia, en cuanto resolvió la absolución de BB y de CC, disponiéndose en su lugar, su condena como coautores de un delito de homicidio muy especialmente agravado. Esto pues los agravios de la Fiscalía actuante logran conmover la decisión adoptada, recibándose en consecuencia la apelación interpuesta.

Ello en mérito a las consideraciones que seguidamente se expondrán.

II) En primer término y en uso de sus facultades el Tribunal ingresará al conocimiento de los aspectos formales y materiales del proceso.

En lo referente al primer aspecto señalado, el trámite tuvo una duración correcta, contando las partes con todas las garantías del debido proceso.

Ello no obstante, se observa que cuando el a-quo dictó la sentencia absolutoria, en cuyo mérito los imputados que estaban cumpliendo una medida cautelar de prisión preventiva, fueron puestos en libertad provisional, no se les recabó caución juratoria.

Se observa también que en el acta que luce glosada de fs. 64 a 65, luego del fallo de la sentencia, se encuentra asentada la constancia "se consiente la sentencia", después de ello lucen las firmas de los comparecientes en la audiencia. Sin embargo esa constancia no condice con lo que ocurrió en la audiencia (conforme grabación del

sistema AUDIRE), donde en ningún momento emerge tal manifestación de voluntad, lo que lleva a concluir que la referida constancia corresponde a un formato utilizado como modelo que no se suprimió en el caso.

III) Sustancialmente la Sala entiende que los hechos probados plenamente son los siguientes:

El día 03 de noviembre de 2017 a la hora 13.00 aproximadamente, dos personas abordaron a HH, quienes con la finalidad de concretar el apoderamiento por sustracción de cosas muebles ajenas, mediante violencias y amenazas, le efectuaron un disparo desde muy corta distancia (aproximadamente un metro), provocándole las lesiones informadas por el Médico Forense las que en definitiva determinaron su fallecimiento (Protocolo de Autopsia que luce en sobre acordonado).

Emerge además que desde el teléfono celular de CC, se envió una foto al móvil de BB, en la que HH aparece sentado en el automóvil Fiat Uno, matrícula AQL 4276, de color blanco, cuando aguardaba a su cuñada II, quien se hallaba cobrando los importes correspondientes en distintas agencias de loterías y quinielas.

La foto fue sacada con el celular de CC, en circunstancias en que la víctima estaba aguardando frente al local de ésta, quien no le pagó.

Una hora después del hecho, CC denunció ante las autoridades policiales, el extravío de su teléfono celular, el que a la postre fue ubicado en su propia casa.

Por otra parte, aproximadamente quince minutos después del hecho, funcionarios policiales detuvieron a AA y BB incautándoles entre otros efectos un revólver con residuos de disparos (aunque no se dice si son recientes, ni se probó si la bala que dio muerte a la víctima fue o no disparada por dicha arma). También se incautó un broche apretando dinero.

Además los mismos lucían guantes de latex celestes. Al respecto no se aseguró que los vestigios que tenían los mismos fueran de pólvora (prueba de parafina).

Si bien AA Da Cunha negó cualquier participación en el hecho, BB Fraigola en cambio, admite que había sido contratado por “la señora CC” para hacer un trabajo, que era marcar un vehículo hasta cierto punto, el trabajo dice que era para otra gente por lo que cumplió con el mismo y se fue para atrás sin saber lo que pasó. Niega haber participado en el hecho.

CC denunció el extravío de su celular una hora después de la muerte de HH.

No se probó que la bala que quedó alojada en el cuerpo de la víctima, hubiera sido disparada por el arma incautada.

IV) La primera cuestión a elucidar es si corresponde admitir o no la prueba propuesta por la víctima y por la Fiscalía actuante.

En general, es posible afirmar que por mandato legal, la admisión de prueba en segunda instancia es extraordinaria. Es en este marco que deben analizarse las dos comparecencias.

Así en lo que hace a la hermana de la persona fallecida, resulta indubitable que está legitimada para comparecer (Art. 80 Literal C del CPP 2017).

Por lo tanto, la cuestión se traslada a la decisión de si su comparecencia es oportuna o no, en otras palabras si la víctima puede presentarse por primera vez en cualquier estadio procesal de la primera instancia o en segunda instancia.

Conforme el Art. 79.2 del citado cuerpo normativo, la víctima tiene la carga de presentarse en el proceso en la oportunidad que la ley establece, para manifestar su interés y voluntad de participar en el juicio.

En efecto, se consigna “al momento de formular instancia o denunciar el hecho, la víctima o su representante legal podrá manifestar su intención de participar en el proceso penal, con los derechos y facultades que este código le designa”.

Por lo tanto, la víctima no puede comparecer en el proceso en cualquier etapa, en cualquier momento, tiene la carga de hacerlo inicialmente. Si así no ocurre, sigue siendo víctima, pero sin poder participar en el mismo.

Entonces cuando el Art. 367.3 del CPP 2017 refiere a que la víctima podrá comparecer con asistencia letrada en las audiencias que se celebren en segunda instancia, esto es siempre que haya cumplido con el escollo legal establecido en el Art. 79.2 de dicha norma.

En el caso en examen, cuando la Defensa de la víctima trata el tema (fs. 164) no refiere al punto. Si alude al Art. 81 Literal b que faculta a la víctima para "...intervenir en el proceso y ser oída en los términos previstos en este código...".

Ahora bien esto es congruente con lo expuesto anteriormente, ya que en los términos previstos en el código, está comprendido lo preceptuado en el Art. 79.2 citado.

A su vez, el Art. 81 Literal g faculta a la víctima "a ser oída por el Tribunal antes que dicte resolución sobre el pedido de sobreseimiento y otra determinación que ponga fin al proceso, de conformidad al Art. 129 de este código".

Dicho Art. 129 da la solución de principio a la situación a resolver la que es congruente con la del Art. 79.2 y con la naturaleza y principios que informan el regimen procesal penal vigente. En efecto se consigna que en oportunidad del sobreseimiento pedido por la Fiscalía, acto conclusivo de la causa por antonomasia, que evidentemente es el que más afectaría a la víctima, esta debe ser escuchada, si se dictó fuera de audiencia, evacuando el traslado que se le debe conferir, si "...la víctima hubiera comparecido durante el proceso" (Art. 129.2 Literal a) y si es en audiencia, si "... la víctima estuviere participando, previo traslado lo evacuará en el momento..." (Art. 129.2 Literal b).

En consecuencia, la víctima podrá participar en cualquiera de los dos casos, si estuviera integrada al proceso en forma legal, de tal modo que su participación no depende de su sola voluntad en cualquier momento, sino que podría intervenir cuando haya cumplido con las exigencias legales.

Los Art. 129.3 y 131 del CPP 2017 corroboran la carga de comparecer en tiempo y forma que tiene la víctima, si quiere participar del juicio.

Por otra parte, el Art. 271.1 de la referida norma legal admite la presentación de prueba por la víctima “si correspondiere”, lo que refiere a si ofreció y si admitió la prueba, pero también a si se cumplió con la carga de comparecer al proceso oportunamente.

Luego agrega el artículo, en el mismo inciso que se comenzará por la prueba de la acusación, “...de la víctima en su caso...”, lo que implica si hubiera propuesto la prueba y si compareció al juicio formal y oportunamente.

En el mismo sentido el Art. 271.6 refiere a que el Tribunal escuchará al Fiscal, “...al abogado de la víctima si hubiere comparecido...” y al defensor. Esto debe interpretarse en los términos expresados anteriormente.

También debe tenerse en cuenta el Art. 360.3 que dice “...la víctima y los terceros que comparezcan en el proceso solo tienen legitimación para impugnar las resoluciones judiciales que los afecten directamente...”. En consonancia con lo ya señalado surge que la comparecencia de la víctima a la que se hace referencia, es la que se hizo formal y oportunamente (Art. 79.2).

Por otra parte debe tenerse en cuenta que la víctima no compareció a la audiencia de “apertura del juicio oral”, según constancia de fs. 2, ni a la inicial del juicio oral pues no se la menciona en la correspondiente grabación.

En consecuencia, la víctima compareció por primera vez con el escrito presentado en el grado, proponiendo prueba. Sin embargo tal pretensión para ser legítima, debe cumplir con los extremos que la norma legal exige para su comparecencia, lo que no ocurre en el caso en examen.

Las circunstancias formales invocadas por la Defensa de la víctima para justificar su no comparecencia previa, carecen de eficacia enervante. Los fundamentos que invoca no la habilitan a presentarse en el proceso en esta etapa. Su inacción anterior no puede soslayarse por los fundamentos que presenta la Defensa, ni por la entidad de las

omisiones del Ministerio Público en etapas previas. Tampoco por la gravedad o entidad del delito que la afectó. Ello vulneraría las garantías del debido proceso legal.

Con el referido fundamento, no puede pretenderse recrear nuevamente en segunda instancia todo el proceso.

Es cierto que la víctima, conforme lo previsto en el Art. 166.2 puede ofrecer prueba en segunda instancia con los mismos derechos que las partes, pero esto tiene como condición que haya comparecido al juicio oportuna y formalmente.

Tampoco habilita el ingreso de la víctima al proceso en esta etapa, el Artículo 121.2 del Código General del Proceso “como hecho nuevo”, ya que la muerte de HH, no puede calificarse como tal en este estadio, fue el que dio causa al proceso. Además el testimonio que se pretende no es nuevo o desconocido para la Fiscalía actuante, al momento del hecho.

V) En lo que hace a la prueba ofrecida por el Ministerio Público, la que claramente responde a la finalidad de subsanar “post absolución”, las omisiones padecidas en la investigación preliminar y en el juicio oral, corresponde en primer lugar determinar si es admisible en el grado.

Como ya se ha expresado, la admisión de prueba en segunda instancia es excepcional, limitada, muy acotada. Ello emerge de lo previsto en el Art. 367.1 del CPP 2017 y el Art. 253.2 del CGP, al que aquel se remite.

La primera norma referida consagra la oportunidad para ofrecer prueba en segunda instancia. Las limitaciones surgen de la segunda norma citada.

Conforme el referido Art. 253.2 del CGP, las partes tienen la posibilidad de solicitar prueba en segunda instancia, consagrando la oportunidad (la que en el caso se cumplió estrictamente por la Fiscalía actuante) y limitando los medios “...exclusivamente en los siguientes casos...”:

1- prueba de los Art. 148 y 153 “...con referencia a hechos que no hubieran sido objeto de la misma probanza en la instancia anterior...”.

Los artículos mencionados refieren a los interrogatorios recíprocos o posiciones y a la confesión, lo que no forma parte de la prueba pedida por la Sra. Fiscal.

2- Art. 253.2 Nal. 2 del CGP refiere a documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa (lo que no es del caso) "... o anteriores cuando, en este último caso, se afirmare bajo juramento no haber tenido antes conocimiento de los mismos, circunstancia que apreciará el Tribunal para admitir o rechazar o recabar la información sumaria que la acredite.

3- Art. 253.2 Nal. 3 del CGP "... si se tratare de acreditar hechos nuevos conforme con lo dispuesto por el Art. 121.2".

Refiere a "hecho nuevo con influencia sobre el derecho invocado por las partes en el proceso... estas podrán alegarlo y probarlo hasta la conclusión de la causa; si fuera posterior a ese momento, podrán alegarlo y probarlo en segunda instancia...".

En consecuencia, cabe concluir que en segunda instancia la posibilidad de admitir prueba es excepcional y limitada.

En el caso que nos ocupa, la prueba que se ofrece no refiere a hechos nuevos, sino que es para subsanar errores y omisiones padecidas en anteriores estadios procesales. Tampoco se ofreció confesión y posiciones o declaración de parte.

Ello no obstante, debe analizarse el otro supuesto excepcional de admisión de prueba, esto es, que la parte acusadora afirme bajo juramento "...no haber tenido antes conocimiento de los mismos".

Sin perjuicio de que el Ministerio Público no hizo expresamente juramento al respecto y del alcance del mismo, la Sala tiene la facultad de apreciar su naturaleza o alcance a efectos de permitir o rechazar la prueba propuesta.

En este sentido, se entiende que no es posible sostener en el caso que la Fiscalía actuante no recibió al principio de la investigación información policial al respecto (más allá de si se preguntó o no a los funcionarios policiales sobre el punto).

Resulta indubitable que en el marco de una debida investigación y con la finalidad de obtener “el éxito”, era muy importante la declaración del testigo que ahora se pretende ingresar al proceso. Su testimonio podría haber sido el hilo conductor que permitiera ligar la propuesta probatoria con la conclusión.

Sin embargo, no procede admitir en el caso el diligenciamiento de la prueba ofrecida en el grado por el Ministerio Público, pues se considera inverosímil que no haya conocido su existencia al inicio de la investigación. Sería contrario a toda lógica y máxima de experiencia. Ello determina también que no deban ser citados los funcionarios policiales ofrecidos como testigos.

VI) Elucidada la cuestión relativa a la prueba ofrecida por la Fiscalía actuante y la hermana de la víctima, corresponde valorar la legalmente recabada en primera instancia y a partir de ella concluir respecto a la eventual participación de los imputados en el hecho.

Resulta entonces que BB admitió que estuvo en el lugar del hecho y que a pedido de CC, “marcó” el auto que conducía la víctima, transportando a su cuñada en el recorrido para recoger el producto de la quiniela.

En audiencia expresó: “...yo quiero decir la verdad que visitaba a AA de vez en cuando, conocí a la Sra. CC... ta que un día llegó a decirme que había un trabajo para hacer y mi trabajo era marcar un vehículo hasta cierto punto y que era para otra gente ese trabajo y ta yo marcaba el trabajo 2 ó 3 cuadras volvía para atrás y no se lo que pasó despues. Encontré a AA de camino pero yo no participé de ese homicidio, a mi me dijeron marcá el auto y mas nada, no participé... soy inocente y AA mas todavía...” (Audiencia 09/05/2018- Pista 10- 1:14 a 2:10).

También se probó plenamente que AA y BB fueron detenidos por las autoridades policiales, poco después del suceso y a unos 2900 metros del lugar del mismo. Esto despues de una persecución realizada por los funcionarios, siguiendo las indicaciones de la Mesa de Operaciones.

Además surge acreditado que el arma incautada a AA y BB, presentaba rastros de un disparo, sin que se haya podido determinar cuando se efectuó el mismo.

Por otra parte los objetos incautados a los imputados, no fueron relacionados legalmente en juicio con los de la víctima, en especial la pinza del dinero.

Debe tenerse en cuenta además que la prueba de balística no afirma que los restos de bario que se localizaron en BB , fueran residuos de pólvora o de otra procedencia.

Se probó que desde el teléfono de CC se enviaron mensajes de texto al teléfono de BB antes del hecho, entre ellos uno con la foto del vehículo y de la víctima, tomada desde adentro del local de JJ (madre de CC).

En tal sentido, la imputada denunció el extravío de su teléfono celular, por intermedio de su madre. Sin embargo el bien fue localizado en la casa de CC, sin que se hayan especificado detalles relativos a como y donde.

JJ manifestó que su hija no estaba cuando la cuñada de la víctima fue a su comercio, pero admite que la foto que se envió desde el teléfono de su hija fue tomada desde su comercio.

Por lo tanto, la conclusión de la sentencia impugnada respecto a CC no es congruente. No es razonable pensar que la foto fue sacada por alguien distinto que ella, desde adentro del comercio de su madre, cuando ella no estaba en el mismo.

Lo contrario implicaría sostener que un tercero, del que no se aporta ningún dato o conjetura por la madre de la imputada, ingresó al comercio, encontró el teléfono, sacó fotos con el mismo y luego envió mensajes a un contacto que la titular (CC) tenía en el mismo, el que resultó ser BB, a quien le encargó según surge del mensaje “marcar el auto de la víctima”.

Lo expuesto se ve corroborado por las manifestaciones de BB quien expresó que los mensajes se los envió CC.

La coartada esgrimida por CC es inverosímil. No niega que los mensajes y la foto que recibió BB Fraigola salieron de su teléfono, pero afirma que ella no lo tuvo en su poder en el momento del suceso, por lo

que denunció su extravío una hora después del mismo, por intermedio de su madre.

De la prueba material N° 19 surge un resultado negativo para el plomo en los guantes incautados a los imputados. Debe señalarse también en cuanto al arma incautada que se observan rastros residuales de disparo pero no se puede determinar su antigüedad.

Ahora bien, es evidente que la gran ausencia probatoria en el caso, es la que guarda relación con el proyectil que quedó alojado en el cuerpo de la víctima. El señor Médico Forense invocó falta de medios y la señora Fiscal no lo pidió primigeniamente, ni tampoco luego solicitó la exhumación del cadáver.

VII) En lo que hace a CC, se entiende que la prueba reunida es plena y habilita el pronunciamiento de una sentencia condenatoria como coautora de un delito de homicidio muy especialmente agravado.

Resulta indubitable que cooperó a la realización del ilícito imputado, sea en la fase preparatoria, sea en la fase ejecutiva, por un acto sin el cual el mismo no se hubiera podido cometer.

Como se expuso anteriormente, sacó la foto con su teléfono celular y la envió, al igual que mensajes de texto al teléfono de BB.

Su versión exculpatoria, además de inverosímil carece de todo respaldo fáctico.

Respecto a BB, se entiende también que la prueba reunida es plena y habilita el pronunciamiento de una sentencia de condena como coautor de un delito de homicidio muy especialmente agravado.

Admitió que estuvo en el lugar del hecho y que a pedido de CC marcó el automóvil. Fue detenido por la policía tras una persecución.

Respecto a AA, no se reunió la plena prueba requerida para el pronunciamiento de una sentencia de condena.

En tal sentido debe tenerse en cuenta, que la Policía Científica llevó a cabo el relevamiento del lugar donde fue detenido junto a BB (fotos 28 a 76 de la carpeta que luce en sobre acordonado).

Sin embargo los elementos incautados, esto es, dinero, la pinza de apretar el dinero, cascos, arma de fuego, la ropa, los chalecos, el calzado, los guantes, la mochila y la propia moto, no fueron exhibidos a los testigos en el juicio oral.

La consecuencia de la omisión de la Fiscalía, es que no ha quedado acreditado con la certeza procesal requerida, que los referidos bienes eran los que llevaban AA y BB .

Conforme lo previsto en el Art. 271.5 del CPP 2017 los objetos secuestrados "...solo podrán ingresar al debate previa acreditación de la parte que lo propuso...".

En suma, no se probó en forma que los efectos incautados a AA (lo mismo ocurre respecto a BB) son los que tenían los autores del suceso. Esto porque en el ordenamiento procesal vigente no es suficiente la incautación y relevamiento fotográfico por Policía Científica, es necesario para que constituya prueba que los efectos sean exhibidos a los testigos y que estos los reconozcan.

Por otra parte, si bien el arma que fue incautada por las autoridades policiales presentaba rastros de un disparo, no se pudo determinar cuando se efectuó el mismo.

Además en la prueba de balística no se afirma que los restos de bario ubicados fueran residuos de pólvora o de otra procedencia. De acuerdo a las manifestaciones del perito KK (Oficial Sub Ayudante que se desempeña en el Laboratorio Químico de Policía Científica), la presencia de bario solamente no permite afirmar que el rastro proviene del disparo de un arma de fuego.

Por lo tanto no surge que el arma incautada fuera la que se utilizó para dar muerte a HH.

VIII) Corresponde en todos los casos y tal como lo hizo el a-quo rechazar la condena por un delito de asociación para delinquir. No

existe plena prueba al respecto, se trató de una rapiña concertada a mano armada, que culminó con una víctima fallecida cuando se pretendía perseguir a uno de los autores de la misma.

En efecto, del cúmulo probatorio no resulta acreditada la existencia de una verdadera asociación, un acuerdo entre los partícipes con el propósito de cometer ilícitos. Esto aún teniendo en cuenta que la referida figura ilícita, si bien exige un mínimo de organización con carácter estable, no requiere una forma especial de asociación.

En el caso no se configura la organización que tiene como principal objetivo delinquir y atacar la paz pública, con división de tareas.

No se da una organización, con cohesión de grupo para la consecución de fines delictivos comunes, una verdadera estructura destinada al delito, por el contrario se entiende que en el caso esto fue ocasional.

IX) La valoración individual y conjunta de los medios de prueba a la luz de la regla de la sana crítica determinan la certeza requerida legalmente para la condena de los imputados BB y CC, rompiéndose definitivamente en el marco del debido proceso el principio de inocencia que los favorecía.

No ocurre en cambio lo mismo con AA, pues a su respecto no se ha reunido la certeza procesal habilitante (plena prueba) para el pronunciamiento de una condena.

X) En lo que hace a las alteratorias, concurre como atenuante respecto a BB, la admisión parcial de los hechos y en lo que hace a CC la atenuante de la primariedad absoluta.

Como circunstancias agravantes se relevarán respecto a ambos imputados la pluriparticipación, el uso de arma de fuego, el haberse prevaletido de la actividad laboral de la víctima y la agravante muy especial prevista en el Nal. 5 del Art. 312 del Código Penal, esto es “Inmediatamente después de haber cometido otro delito, para asegurar el resultado, o por no haber podido conseguir el fin propuesto, o para ocultar el delito, para suprimir los indicios o la prueba, para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes”.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Montevideo, veintiuno de mayo de dos mil veinte

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva esta causa caratulada: “**AA. BB - JUICIO ORAL - CASACIÓN PENAL**” IUE: **587-3/2017**, venidos a conocimiento de esta Corporación en mérito a los recursos de casación interpuestos por: la Defensa de la encausada BB (a cargo del Dr. Sergio Sansón); por la Señora Fiscal Letrada Departamental de Atlántida Dra. Patricia Rodríguez Trindade, y por la Defensa del encausado AA (a cargo del Dr. Raúl Estomba), contra la Sentencia Definitiva No. 272/2018, de fecha 21 de Diciembre de 2018, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 272/2018, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno [Charles (r), Cal y Merialdo] falló: <<Revócase la sentencia apelada en cuanto dispuso la absolución de AA y BB. En su lugar dispónese la condena de AA y BB como coautores de un delito de homicidio muy especialmente agravado, a la pena de 22 años de penitenciaría con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo los gastos de vestido, alojamiento y alimentación durante el tiempo de reclusión (art. 105 lit. E del Código Penal) (...)>> (fs. 212/222 vto.).

A su vez, el pronun-ciamiento anterior, emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno de Atlántida, a cargo del Dr. Marcos Seijas, por Sentencia No. 10/2018 de fecha 23 de mayo de 2018, había fallado: <<Absuélvase a CC, AA y BB de los delitos de asociación para delinquir en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de homicidio muy especialmente agravado (en calidad de autores el primero, mientras que en el segundo los dos primeros como autores y la última como coautora), por los cuales la Fiscalía solicitó su condena. En su mérito, dispónese su libertad, debiendo cumplirse con lo dispuesto en los artículos 119.4, 124.2 y 124.3 (si se diere el caso) del C.P.P. (...)>> (fs. 64/65; Véase en extenso a fs. 102/118 vto.).

II.- Contra la sobredicha sentencia de segunda instancia se interpusieron recursos de casación por parte de la imputada BB, el Defensor del imputado AA y la representante del Ministerio Público, la Sra. Fiscal Letrado de Atlántida Dra. Patricia Rodríguez Trindade.

A.- En lo atinente al recurso de casación interpuesto por la encausada AA, que obra a fs. 231/238 vto., plantea la misma, los siguientes cuestionamientos:

(i) Errónea valoración del material probatorio.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En lo inicial, recuerda que de acuerdo al Código del Proceso Penal vigente -en adelante: CPP- resulta legalmente posible la discusión en casación sobre los aspectos concernientes a la valoración del material probatorio. Estima, queda autorizado por la ley el reexamen de los supuestos fácticos tenidos en cuenta por el Tribunal de alzada y, también, la ponderación que del informativo probatorio ha realizado.

Consigna que de la valoración de la prueba realizada por la Sala, no resulta racional la conclusión sobre la certeza de la comisión del delito de homicidio muy especialmente agravado que le fue atribuido en calidad de coautora. Dice que el Tribunal incurrió en un vicio grave en la aplicación de las reglas de la lógica y la racionalidad en la valoración de la prueba, lo que encuadra en el supuesto de <<absurdo evidente>>, extremo que permite revisar las conclusiones probatorias.

(i.i) Sobre la cuestión de autos relativa a la identidad de quien envió mensajes de texto a AA con fotos de la víctima y el vehículo, manifiesta lo que a continuación se resumirá.

Relaciona que el hecho de que se hayan enviado mensajes de texto desde su teléfono celular a AA con fotos del vehículo y de la víctima, no demuestra necesariamente que haya sido ella quien envió esos mensajes. El Tribunal entiende que, por ser ella la usuaria de ese teléfono móvil, fue quien envió los mensajes; sin embargo, es posible que otra persona los haya enviado. Podría haber sido perfectamente un tercer sujeto vinculado a quien ella se lo hubiera prestado o que, con malicia, tomó el celular y envió esos mensajes.

Que esta posibilidad crea una duda razonable que milita a favor de mantener inalterado el estado de inocencia que la beneficia. No se diligenció otra prueba complementaria tendiente a acreditar que fue ella quien envió esos mensajes del teléfono celular.

Agrega que a lo anterior se suma que realizó la denuncia de extravío del celular una hora después que se produjo el homicidio del Sr. DD, pero de ese extremo no se desprende necesariamente que durante el lapso anterior a la denuncia -de la pérdida del celular- haya estado utilizándolo.

Puntualiza que el Tribunal invirtió la carga de la prueba cuando calificó de inverosímil la coartada del extravío del celular que ensayó en su defensa. Ni ella ni su madre pudieron aportar dato alguno acerca de quién podría haber tomado el celular para enviar los mensajes, pero ese no es un extremo inculpatario.

Por otra parte, establece que no es lógico que si hubiese sido ella quien envió los mensajes a AA: (i) no los haya borrado inmediatamente y (ii) se haya presentado voluntariamente ante la seccional policial con el celular en la mano.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Finalmente, también se agravió por la valoración que hizo la Sala de la declaración de AA. En efecto, alega que no surge que ella fuere quien le encargó el trabajo de <<marcar>> el vehículo.

(i.ii) Relación entre los hechos que el Tribunal tuvo por probados y el homicidio.

Parte de que el Tribunal tuvo por probado que: (a) desde su celular se mandaron mensajes de texto y una foto al teléfono móvil de AA <<marcando>> el auto que conducía la víctima; (b) AA declaró que fue la recurrente quien le encomendó realizar un trabajo marcando un auto para que con posterioridad otras personas cometieran el delito y (c) la existencia de un hecho delictivo posterior con resultado muerte de la víctima.

Observa que la Sala no logró establecer la relación entre los tres elementos mencionados. Fundamenta que del proceso valorativo resultan tres elementos aislados, sin ninguna relación de causalidad entre sí. Ella fue condenada sin probarse ninguna relación de causalidad entre su accionar y el delito y lo mismo ocurrió en el caso de AA.

(ii) Violación del principio de congruencia.

Expresa que la Fiscalía, cuando apeló, no cuestionó el punto de que la denuncia de extravío o hurto del celular fue realizado una hora después de los hechos, por lo que dio a entender que aceptó pacíficamente que el celular se podría haber extraviado y que la denuncia bien pudo hacerse con una hora de diferencia.

Con respecto a todo aquello en que la parte apelante no se agravió, el Tribunal estaba impedido de expedirse so pena de violar el principio de congruencia. En consecuencia, la referencia del Tribunal a ese atraso en realizar la denuncia y al calificar la defensa como inverosímil y tomarla como base para su fallo, sobrepasó los límites de los agravios y violentó el principio de congruencia.

(iii) Violación de los principios de inocencia e *in dubio pro reo*.

Denuncia que se han violado dichos principios porque los elementos probatorios en que se fundamentó la Sala para imponer la condena (a saber: mensajes de texto y foto y declaración del imputado), no son suficientes a la hora de adecuarse el estándar de prueba (certeza) exigido legalmente para imponer una condena en materia penal.

B.- Por su parte, en el recurso de casación interpuesto por la Defensa de AA (fs. 252-257), se plantean los siguientes cuestionamientos:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

(i) Errónea valoración del material probatorio.

Aduce que conforme a la requisitoria fiscal deducida, se individualizó a AA desarrollando actos típicos propios de la consumación. Sin embargo, no existe un solo elemento probatorio que lo incrimine en ese sentido. Existe ausencia de certeza en lo concerniente a la evidencia que permita vincular las circunstancias en que fue detenido el imputado y el episodio del cual resultó el fallecimiento de la víctima.

Afirma que los testigos no lograron identificarlo ni tampoco resultó probada la conexión entre el imputado y la escena del crimen. La orfandad probatoria fue consecuencia de la omisión de la Fiscalía de exhibirles a los testigos los objetos que el imputado llevaba consigo. Dicha diligencia les hubiese permitido, a las personas que presenciaron el hecho, manifestar si reconocían los efectos incautados así como aquellos utilizados en el accionar delictivo, como ser: cascos de moto, un arma, la ropa que llevaba el imputado, chalecos refractarios, la moto, guantes, bufanda y mochila, entre otras pertenencias (en definitiva: la prueba material).

Que la omisión de exhibir a los testigos la prueba material, impidió realizar una instrucción probatoria adecuada. No se le exhibió a la testigo EE, quien conocía el aprieta papel que portaba la víctima, ese objeto clave para la elucidación del caso.

Denuncia diversas falencias de la instrucción y, en definitiva, sostiene que los elementos probatorios disponibles no sustentan debidamente la conclusión a la que arribó la Sala.

Concluye que la Fiscalía fracasó en acreditar plenamente el accionar del imputado en su pretensión. Es decir, que fuera una de las personas que ejecutó los actos típicos que provocaron la muerte de DD.

(ii) Vulneración del principio acusatorio con desprecio del derecho de defensa.

Indica que se le imputó un reproche penal a su defendido en mérito a hechos concretos que no fueron alegados por el Ministerio Público en la acusación.

La actuación jurisdiccional por fuera de los límites de la requisitoria fiscal le causa agravio. En efecto, el *ad quem* le impuso a AA una condena modificando los hechos oportunamente imputados por el acusador.

El hecho de que el Tribunal se haya apartado de los hechos atribuidos por el Fiscal en su imputación, determinó que el derecho de defensa del imputado se haya visto gravemente afectado. En tal sentido, cuando se contesta la acusación Fiscal, la defensa se articula sobre la base de los hechos que le son

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

concretamente atribuidos al imputado, por lo que si la Sala se aparta de esos hechos está desconociendo el derecho de defensa en juicio.

Concluye que la atribución realizada por el *ad quem* sobre la base de hechos que no fueron manejados en la acusación deducida, supuso un desconocimiento del derecho de defensa.

(iii) Violación del principio de congruencia.

Expresa que la Sala ultrapasó los límites de lo revisable en segunda instancia, en atención al contenido de los agravios planteados en el recurso movilizado por la Fiscalía. Por tal motivo, se vulneró el principio de congruencia que ordena al juzgador ceñirse no solo al objeto del proceso, sino también, en segunda instancia, al contenido de los agravios.

C.- Por último, la representante del Ministerio Público se agravia (fs. 239-251), por entender que la sentencia incurre en una errónea aplicación del Derecho al mantener la decisión de primera instancia de absolver a CC.

En tal sentido, efectúa los siguientes cuestionamientos:

(i) Errónea valoración del material probatorio (violación de lo establecido en el artículo 141 del CPP).

La recurrente postula que la prueba diligenciada, valorada por separado y en conjunto, determina que conforme al baremo de la sana crítica deba concluirse que el Sr. CC participó en los hechos por los cuales fue acusado y, en definitiva, ameritan su condena en los términos oportunamente solicitados en la requisitoria fiscal.

Aduce que la referencia que funda la absolución de CC es ponderada para condenar a AA, lo que muestra a las claras una errónea valoración de la prueba en torno al primero. Dice que la Sala señala pero no recoge como elemento de peso, el hecho de que AA y CC hayan sido detenidos, minutos después del hecho, a unos mil novecientos metros del lugar, en una moto negra, luciendo vestimentas y calzado, chalecos verdes y cascos (uno de ellos blanco), con las características que habían recibido los agentes oficiales aprehensores, con un arma con indicios de haber sido disparada y con dinero sujeto con una pinza, una bufanda (en el mes de noviembre) entre otros efectos. Tampoco pondera el hecho de que se les haya incautado el arma de fuego, los guantes de látex, ni el llamativo hecho de que la detención se produce tras una persecución a la moto, luego de que sus ocupantes advirtieran la presencia policial.

Dice, concretamente, que la Sala consideró que la no exhibición de los efectos incautados a los testigos impide el ingreso al debate, lo que, no solo no fue cuestionado, sino que los mismos fueron introducidos

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

como prueba material y así referida por los funcionarios policiales intervinientes.

Afirma que la declaración de los policías intervinientes, sumada a la del testigo FF, son suficientes porque dan cuenta de las circunstancias en que se produjo la detención de AA y CC cuando circulaban en moto y pretendieron escapar de la persecución policial. La descripción del testigo FF, quien presencié el hecho delictivo, refirió a la presencia de dos personas que vestían ropas oscuras, cascos blancos (uno con vira hacia atrás), extremo que coincide no solo con la información que recibió la policía y permitió la detención de AA y CC, sino que coincide con los efectos incautados, registrados e introducidos como prueba material.

En definitiva, sostiene que se violentó el artículo 143 del CPP porque se realizó una valoración ilógica de la prueba producida en autos.

(ii) Errónea aplicación del artículo 271.5 del CPP.

En este orden, indica que la Sala aplicó erróneamente la previsión que contiene el artículo 271.5 del CPP que establece: <<Los documentos, informes, objetos secuestrados, grabaciones y elementos de prueba audiovisual solo podrán ingresar al debate previa acreditación de la parte que lo propuso>>.

Dicha norma se enmarca en la audiencia de juicio, en concreto, en la producción de prueba. La Sala entendió que al no haberse exhibido a los testigos los bienes incautados a CC, no se logró la certeza procesal exigida para el dictado de sentencia condenatoria. Pero tal apreciación no guarda relación con la norma invocada, ya que los objetos secuestrados fueron ingresados al debate en tanto se incorporaron como prueba material, la que, además, surge relevada fotográficamente por Policía Científica.

Por lo tanto, incluidos e ingresados en juicio en forma correcta, han de ponderarse y valorarse, como se consigna en el numeral anterior, en forma conjunta con los demás medios de prueba obrantes en autos. De esta manera, resulta inexorable la conclusión de que CC participó, conjuntamente con AA, en la comisión del homicidio que les ha sido imputado.

En definitiva, brega la Representante del Ministerio Público se case la sentencia de segunda instancia en cuanto mantuvo la absolución de CC y, en su lugar, se lo condene en los términos solicitados en la requisitoria fiscal, como autor de un delito de asociación para delinquir en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de homicidio muy especialmente agravado a la pena de veintiocho años de penitenciaría con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo las prestaciones legales accesorias de rigor.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

III.- Por Providencia No. 101/2019, de 7 de marzo de 2019 (fs. 261), se ordenó sustanciar los recursos movilizados mediante los traslados correspondientes.

IV.- Por Interlocutoria No. 176/2019, de fecha 4 de abril de 2019, el *ad quem*, no hizo lugar al recurso de casación interpuesto por Fiscalía y, a su vez, ordenó franquear los recursos movilizados por las defensas de AA y BB.

Interpuesto recurso de queja por denegación de casación por parte de Fiscalía Letrada Departamental de Atlántida, el *ad quem* ordenó formar pieza (IUE: 498-2/2019) y se elevó a esta Corporación.

Y por Sentencia Interlocutoria No. 1.488/2019 de fecha 5 de agosto de 2019, la Suprema Corte de Justicia hizo lugar al recurso de queja, mandando a la Sala que proceda a sustanciar el recurso de casación deducido por Fiscalía.

V.- Los autos fueron elevados ante esta Corporación el día 24 de julio de 2019 (fs. 338). Asimismo, se dejó constancia que, el día 4 de septiembre de 2019 se recibieron del *ad quem*, las fichas 498-2/2019 y 498-6/2019, acordonándose ambas a la presente causa.

VI.- El expediente y sus agregados pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde desestimar los recursos movilizados por las defensas de autos (Dictamen No. 00478 de 10 de Octubre de 2019, obrante a fs. 361/370).

VII.- Por Decreto No. 2087 de fecha 4 de Octubre de 2019 (fs. 374), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, acordándose ésta en legal forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia irá a desestimar los recursos interpuestos por ambas defensas y acogerá el recurso de casación movilizado por el Ministerio Público, condenando a CC como se establecerá en el dispositivo y mandando en forma previa librar orden de aprehensión a su respecto, cometiendo al tribunal de primera instancia la correspondiente orden de ingreso a establecimiento de reclusión una vez que sea habido, siendo ello así por lo subsiguiente.

II.- Que, a los fines de abordar los agravios planteados, corresponde señalar que tal como surge del "Considerando" III (fs. 214 vto.-215 vto.), la Sala que examinó el mérito, tuvo por acreditado: *<<el día 03 de noviembre de 2017 a la hora 13.00 aproximadamente, dos personas abordaron a DD, quienes con la finalidad de concretar el apoderamiento por sustracción de cosas muebles ajenas, mediante violencias y amenazas, le efectuaron un disparo desde muy corta distancia (aproximadamente un metro), provocándole las lesiones informadas por el Médico Forense las que en definitiva determinaron su*

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

fallecimiento (Protocolo de Autopsia que luce en sobre acordonado). Emerge además que desde el teléfono celular de BB, se envió una foto al móvil de AA, en la que DD aparece sentado en el automóvil Fiat Uno, matrícula AQL XXXX, de color blanco, cuando aguardaba a su cuñada EE, quien se hallaba cobrando los importes correspondientes en distintas agencias de loterías y quinielas. La foto fue sacada con el celular de BB, en circunstancias en que la víctima estaba aguardando frente al local de ésta, quien no le pagó. Una hora después del hecho, BB denunció ante las autoridades policiales, el extravío de su teléfono celular, el que a la postre fue ubicado en su propia casa. Por otra parte, aproximadamente quince minutos después del hecho, funcionarios policiales detuvieron a CC y AA incautándoles entre otros efectos un revólver con residuos de disparos (aunque no se dice si son recientes, ni se probó si la bala que dio muerte a la víctima fue o no disparada por dicha arma). También se incautó un broche apretando dinero. Además los mismos lucían guantes de latex celestes. Al respecto no se aseguró que los vestigios que tenían los mismos fueran de pólvora (prueba de parafina). Si bien CC negó cualquier participación en el hecho, AA en cambio, admite que había sido contratado por "la señora BB" para hacer un trabajo, que era marcar un vehículo hasta cierto punto, el trabajo dice que era para otra gente por lo que cumplió con el mismo y se fue para atrás sin saber lo que pasó. Niega haber participado en el hecho. BB denunció el extravío de su celular una hora después de la muerte de DD. No se probó que la bala que quedó alojada en el cuerpo de la víctima, hubiera sido disparada por el arma incautada>>.

III.- Ahora, la Corte procederá a analizar los recursos de casación movilizados por los penados BB y AA, desde que tales medios impugnativos, en buena medida convergen y, por lo tanto, justifican su tratamiento de manera conjunta.

A.- En cuanto a los agravios sobre la valoración del material probatorio alegados por los dos recurrentes:

lo medular de los agravios planteados por los mencionados encausados se centra en cuestionar la valoración de los elementos probatorios en los que se fundó la condena.

En mérito de lo que antecede, corresponde abordar los aspectos de orden básicamente adjetivo que regulan el análisis que, sobre la valoración del material probatorio, es posible hacer en la casación penal a la luz del nuevo código NCPP.

(i) A juicio de los Sres. Ministros Dres. Minvielle, Martínez, Tosi y Turell, el Código del Proceso Penal, vigente a partir del 1º de noviembre de 2017, implicó un cambio relevante en relación a la errónea valoración de la prueba como causal de casación en relación al anterior régimen procesal penal del Decreto-Ley No. 15.032.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En efecto, el artículo 270 inciso segundo del anterior Código del Proceso Penal de 1980 (Decreto-Ley No. 15.032) establece: <<*No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos*>>.

En función de esa norma, la Corte y los estudios especializados entendieron que, de regla, los hechos son intangibles en casación y que debía estarse a los datos por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula. Así, se dijo en numerosas ocasiones por la Suprema Corte de Justicia, que la función de la Corte en casación es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado como tal para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado (Sentencias Nos. 50/1994, 486/1996, 219/2002, 85/2009, 202/2010, 648/2012, entre muchas otras). No obstante, aún con esa redacción, un sector doctrinario y jurisprudencial -al que se afilian los Dres. Tosi y Minvielle- admitía la posibilidad de censurar la valoración probatoria en casación en los supuestos de <<absurdo evidente>>.

En el todavía reciente nuevo ordenamiento procesal penal de la Ley No. 19.293, la regulación legal de la cuestión se modificó sustancialmente al no haberse reiterado un mandato legal como el del artículo 270 inciso segundo del CPP de 1980, Decreto-Ley No. 15.032.

En el CPP vigente a partir de 2017, Ley No. 19.293, en su artículo 142 se prescribe: <<(Valoración de la prueba). Las pruebas serán valoradas por separado y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

El tribunal indicará concretamente el o los medios de prueba que constituyan el fundamento principal de su decisión>>.

A su vez, al regularse el recurso de casación, en el artículo 369 se establece: <<(Remisión y particularidades). Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso (...)>>.

A partir del marco normativo descrito, el régimen de valoración de la prueba como causal de casación que rige las causas tramitadas bajo el nuevo CPP es el mismo que rige para las causas civiles.

En el mismo sentido se expidió un reciente estudio sobre el punto (Cfme. Doninalli, L y Flores, C: <<El recurso de casación en el Proceso Penal>>, publicado en: VV.AA., Alejandro Abal Oliú –Coordinador-, <<Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal -Ley No. 19.293->>, Tomo 2, FCU, Montevideo, 2019, págs. 71 y ss.).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Esta precisión se impone en atención a las particularidades que tiene la errónea valoración de la prueba como causal de casación, que determinan que no cualquier error en la valoración de la prueba sea revisable en casación, sino solo aquellos de una gravedad exorbitante por suponer un absurdo evidente o una arbitrariedad manifiesta.

No obstante lo anterior, considera el Sr. Ministro Dr. Tosi que el antedicho régimen general no es aplicable a casos como el aquí planteado, en los cuales una persona es condenada por primera vez en un proceso penal en segunda instancia, en los cuales rige el régimen especial que dirá.

En efecto, en estos casos, el encausado se encuentra en una particular situación jurídica –la de ser titular del derecho a la doble conformidad judicial- lo cual, en ausencia de reglamentación legal de ese derecho fundamental, impone a la Corte interpretar y aplicar las normas y criterios jurisprudenciales sobre el recurso de casación de forma de asegurar el respeto a tal derecho.

Considera el Sr. Ministro Dr. Tosi que la jerarquía normativa de este derecho hace insoslayable su invocación y aplicación en el caso.

De este modo, el referido Ministro sigue el criterio que, respecto a esta misma cuestión, y ante un derecho positivo similar al nuestro, ha esgrimido, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Cabe señalar que en el mismo sentido se han pronunciado prestigiosos órganos como la Corte Constitucional de Colombia, así como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto al concepto del derecho a la doble conformidad judicial, su naturaleza de derecho fundamental y su rango normativo, el Dr. Tosi se remite a las consideraciones efectuadas en la Sentencia No. 39/2020, de fecha 5 de marzo de 2020, así como a los desarrollos efectuados en reciente estudio doctrinario sobre el punto en el que se abordan ampliamente tales aspectos (Cfme. Taró de la Hantý P.: <<El derecho fundamental a la doble conformidad judicial en materia penal en el Uruguay. Notas sobre su noción, procedencia y aplicación>>, Judicatura, T. 67, Cade, Montevideo, noviembre de 2019, págs. 115-143).

En necesaria síntesis, el contenido esencial de este derecho consiste en poder impugnar la primera sentencia de condena en materia penal sin limitación alguna en cuanto a las causales de impugnación, o sea, la posibilidad de revisar todos los aspectos del fallo (normativos, fácticos y probatorios).

Este contenido esencial del derecho a la doble conformidad judicial es incompatible con la regla general de la casación previamente señalada, conforme con la cual, la causal de errónea valoración de la prueba está condicionada a que se denuncie y verifique un error grosero en la valoración, un absurdo o

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

arbitrariedad manifiestos.

Esa incompatibilidad entre el derecho a la doble conformidad judicial y el régimen de la casación penal, en lo que a la aplicación de la llamada <<teoría del absurdo evidente>> refiere, impone a la Corte –siempre a juicio del Ministro Dr. Tosi- la imposibilidad de aplicar en este tipo de casación penal, en el que se impugna una primera condena dispuesta en segunda instancia, la regla general anteriormente reseñada.

De este modo, en supuestos en los que el encausado es titular del derecho a la doble conformidad judicial, situación de todo imputado en un proceso penal que es condenado por primera vez en segunda instancia, no corresponde la aplicación al proceso penal de la restricción procesal que condiciona la procedencia del error en la valoración de la prueba como causal de casación a los supuestos de absurdo o arbitrariedad manifiesta.

De otro modo, se violenta un derecho procesal del mayor rango normativo, como lo es el derecho a la doble conformidad judicial, el cual tiene como uno de sus contenidos esenciales el posi-bilitar al encausado en un proceso penal la impugnación de la primera condena dictada en su contra, sin ninguna limitación en cuanto a las causales de impugnación.

Por lo expuesto, concluye el Sr. Ministro Dr. Tosi que en casos como en el presente, donde el encausado ha sido condenado por primera vez en segunda instancia, la causal de errónea valoración de la prueba no está condicionada a la verificación de un supuesto de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta.

(ii) Por su parte, para el redactor el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restricti-vamente, ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal y por ende su infracción puede alegarse en el proceso de casación, en este proceso de impugnación que se ventila ante el grado supremo de la jerarquía judicial.

Sobre la valoración de la prueba en materia casatoria penal al amparo del CPP (1980), ya se tuvo la oportunidad de emitir pronunciamiento, plasmando tal criterio, en Sentencias Nos. 1405/2019 y 1406/2019 de esta Corporación (entre otras) -algunos de cuyos párrafos se citarán <<supra>>.-

Similares conclusiones adoptaba ya el suscripto en hipótesis en las cuales el recurso de casación movilizado lo era al amparo de los artículos 268 y siguientes del Código General del Proceso –para causas cuya segunda instancia provienen de los Tribunales de Apelaciones en materias diferentes a la penal (véanse algunos casos en que debió integrar éste máximo órgano jurisdiccional por haber sido sorteado para integrarlo como Ministro de Tribunal de Apelaciones, entre otras No. 800/2014, No. 1.918

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

/2017; e integrando ya esta Corte, Sentencias Nos.: 1.446/2019 y 1.433/2019 entre otras).

Sobre el punto, se ha sostenido, en conceptos trasladables:

<<...la valoración probatoria realizada por el órgano de alzada no resulta, en principio, excluida del control casatorio.

En tal sentido, señala HITTERS, en cuanto a "... la problemática del control de la aplicación de las reglas de la sana crítica en casación. En efecto, tiempo atrás se planteó la duda de si dichos preceptos son 'normas jurídicas' o 'simples reglas lógicas' que gobiernan el pensamiento; y la temática no es puramente ateneísta, sino que tiene profunda raíces prácticas, ya que si pudiéramos encarrilar a estas reglas dentro de la primera corriente –la tesis normativista- su infracción entraría fácilmente dentro de los limbos de la inaplicabilidad de ley o doctrina legal (art. 279 del cód. de Proced. Civil y Com. De la Prov. de Bs. As.); en cambio sí nos adscribimos a la otra postura –la tesis directista al no constituir dichos esquemas otra cosa que pautas o simples consejos de prudencia, su violación para entrar en el ámbito casatorio debe llegar al extremo del absurdo o de la arbitrariedad" (cf. HITTERS, Juan Carlos: "Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación", LEP, 2ª Edición, La Plata, 1998, págs. 459/460).

(omiss)

"El error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen "verdaderas leyes o normas de prueba, y por ende su infracción podía [puede] alegarse en casación..." (cf. HITTERS, Juan Carlos: "Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación", pág. 460).

(omiss)

En conceptos trasladables, citando a DE LA RÚA concluye que: "La sana crítica es, pues, un sistema consagrado por las normas jurídicas; su infracción viola éstas..." (cf. DE LA RÚA, Fernando, "El recurso de casación", Víctor P. De Zavalía -Editor-, Buenos Aires, 1968, pág. 405).

A partir de lo anterior, a diferencia de la mayoría –añade el Dr. Tabaré SOSA- y, en la medida en que se ha invocado como causal de casación la vulneración o errónea aplicación del art. 140 del C.G.P., es posible ingresar al análisis de la hipotética infracción a las reglas legales de la sana crítica, sin requerirse la concreción de supuesto de absurdo evidente.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En efecto, una transgresión a las pautas legales de valoración probatoria previstas por el art. 140 del C.G.P. constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en el art. 270 del C.G.P. y primera parte del art. 277.3 “ejusdem”, aun cuando la infracción no pueda ser calificada como grosera, arbitraria o absurda (cf. VAN ROMPAEY, Leslie: “Casación y las Reglas de la Sana Crítica” en Tribuna del Abogado, No. 137, marzo-mayo, Montevideo, 2004, págs. 6 y ss.)>>.

Para la materia penal con referencia al Código anterior, se observaba en tal orden de ideas, que sin detenernos en el problema epistemológico que supone determinar qué se entiende por verdad de los hechos en el proceso y cuándo, en qué condiciones y con qué medios puede ser alcanzada, para interpretar el significado y alcance normativo de <<hechos dados por probados>> cuya discusión en casación obturaría *ab initio* el texto del inciso 2 del artículo 270 del CPP, es decisivo tener en cuenta que es el principio de inmediatez procesal lo que ha llevado a que en casación no pueda controlarse la valoración de la prueba, pero sólo entendida como limitación referida al proceso interno del juez; nada obtura controlar la expresión que el juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de la sentencia. Ello es así, como baluarte garantista, que haga realidad el derecho a la prueba que debe reconocerse a las partes.

Forzoso es significar que se aceptan los certeros conceptos de BINDER BARZIZZA (<<El proceso penal>>, ILANUD FORCAP, San José, Costa Rica – 1991, Págs. 80-81) cuando enseña:

<<En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica cuanto señalar que, por lo general, está ligado a sistemas procesales más respetuosos del sistema de inmediatez.>>

Aquí el problema es el siguiente: el juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y, sobre la base de esa observación directa ha dictado un fallo, en el que construyó los hechos” y determinó o definió el derecho aplicable al caso. Ese fallo se materializó en una sentencia que, como hemos visto y corresponde a las garantías judiciales mínimas, debe estar fundada, es decir, expresar los razonamientos que permitieron al Juez arribar al fallo. ¿Cómo controlar ese fallo sin afectar el principio de inmediatez? He aquí el problema.

Tradicionalmente, el recurso de casación “respondió” circunscribiéndose al control de la aplicación del Derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. De ahí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso “técnico”, limitado a las “cuestiones de derecho”.

Sin embargo, la evolución de la conflictividad social y las propias necesidades políticas de un mayor control hicieron evolucionar al recurso de casación hacia formas más amplias, capaces de ejercer un

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

mayor control.

No obstante, el recurso de casación tiene un límite que ha sido, hasta ahora, infranqueable: ejerce, fundamentalmente, un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos ya que, por imperativo del principio de inmediación, no puede ir más allá. Esto da lugar a dos consecuencias principales.

La primera consiste en que el recurso de casación es, fundamentalmente, un recurso que solamente anula (“casa”) la sentencia de primera instancia (“reenvío”). En circunstancias excepcionales, es decir, cuando el error en la aplicación del Derecho es tan evidente que no se necesita prueba para tomar la decisión –por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito que no existe-, el juez revisor puede dictar un nuevo fallo directamente, sin “reenvío”.

La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba entendida como proceso interno del Juez. Lo único que puede controlar es la expresión que el Juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de su sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto>>.

Entonces, como los jueces de conformidad al artículo 174 del CPP, deberán apreciar la eficacia de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica; << puede afirmarse que el criterio de valoración de la prueba penal deberá ajustarse a las “reglas de la sana crítica” concebidas como las reglas del correcto entendimiento humano, suma de lógica y de experiencia vital, según la imperecedera concepción de Eduardo J. Couture, sin cortapisas ni predeterminaciones legales de especie alguna>> (Cfe. BERMUDEZ MASTRANGELO, Víctor; los medios de prueba en Curso sobre el Código del proceso penal. Ley 15032. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, página 319).

Dicha pauta, a juicio del redactor, coloca a la sana crítica como una regla legal y de conformidad al artículo 270 inciso 1 del CPP el recurso de casación puede fundarse << en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma>>.

Y cabe observar que las reglas del raciocinio, como explica FAIRÉN GUILLÉN (<<Reglas de la sana crítica y casación>>), en Revista de Derecho Procesal 1991, 1 -española- pág. 14) no se aplican en “pura conciencia”, antes bien, debe ésta formarse racionalmente.

Hace más de treinta años, en el año 1987 con una claridad meridiana GELSI BIDART decía: << Hemos sostenido en otra oportunidad que en el recurso de casación la Suprema Corte puede revisar de qué manera se ha aplicado la norma que impone al juez la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, por tratarse de una disposición jurídica y por ende, ingresar directamente en la órbita competencial de la S. Corte. Las disposiciones de la casación, se refieren al “material de hecho” (a.280)

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

que existe en el expediente y atenerse a los hechos probados en el mismo. Pero si resulta que se dan por probados hechos por la aplicación inadecuada de la norma jurídica, la S. Corte puede y debe hacer la aplicación de ésta que corresponde. ¿De dónde surge que la S. Corte debe velar por la correcta aplicación de algunas normas jurídicas y no de todas? ¿Qué disposición concreta lo establece?. No se trata de “discutir los hechos dados por probados en la sentencia... que se tendrán por verdaderos (a. 270 inc.2) sino de establecer si “los jueces” han apreciado la eficacia de la prueba “de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (art. 174)>> (Conforme: BIDART, GELSI; Casación penal: garantías procesales y sana crítica, Revista uruguaya de Derecho procesal, año 1987, número 4, editorial: Fundación de Cultura Universitaria, página: 523).

A nuestro juicio, lo expresamente previsto en el inciso 2 del artículo 270 del CPP -<<No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos>>- no colide en forma alguna con el mandato previsto por el codificador en el artículo 174 del CPP al exigirle al Magistrado que valore las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.

Dicha norma no se encuentra exceptuada de forma alguna en su control en casación y puede ser objeto de agravio dado que a nuestro entender la sana crítica es una regla legal y procesable ante esta Corporación al amparo del artículo 270 del CPP <<existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma>>.

También se dijo en diversos fundamentos de voto (régimen CPP 1980), lo que cabe ratificar integralmente en este caso donde rige el NCPP, que la posición antes sostenida <<... encuentra total asidero en la reciente legislación sobre el recurso de casación en el nuevo Código del Proceso Penal. En tal sentido, como se sostuvo en sentencia 212/2017 de esta Corporación: “Agrega el Dr. Pérez Manrique que su posición se ve reforzada por ser doctrina más recibida y por haberse aprobado el régimen casatorio similar al C.G.P. al establecer el artículo 372 de la Ley No. 19.293 que: “Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso>>.

En función de lo anterior (examen de ambos regímenes procesales), es pertinente recordar también que el universo de las pruebas judiciales no está inserto en un ámbito imperturbable, ajeno a los valores y a las concepciones sobre la sociedad y el proceso. Basta observar que la verificación de los hechos en sede jurisdiccional cambia según las visiones de la sociedad que se encuentra detrás de todo problema procesal y detrás de cualquier solución técnico-jurídica para resolverlo. Los principios que han de regir y sus particularizaciones no son abstracciones definibles dentro de categorías absolutas sino realidades cuyo perfil verdadero se observa a la luz del contexto de valores en que se encuentra inserto el legislador y el intérprete. No puede desconocerse que la norma del art. 270 inc. 2 fue generada en el año 1980, como mecanismo de control y con sus también conocidas finalidades. Hoy en contexto

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

democrático y republicano, estrictamente garantista y respetuoso con los derechos fundamentales, el criterio hermenéutico de cualquier texto legal en materia probatoria no puede ser otro que el evolutivo a la luz de la actual realidad.

Por último, la solución técnico-jurídica que postula el hoy redactor, se robustece y aumenta su relieve si se tiene presente, además que, las concepciones más modernas sobre valoración racional de la prueba y el derecho a ésta como exigencia jurídica de racionalidad, señalan, como lo hace JORDI FERRER BELTRÁN, que el derecho a la prueba se integra de cuatro elementos fundamentales que no pueden desconocerse: a) a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; b) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas y d) la obligación de motivar las decisiones judiciales (Cfme. FERRER BELTRÁN, J. <<La valoración racional de la prueba>>, Marcial Pons, Madrid, 2007, Págs. 52 y ss.).

Como consecuencia de lo dicho y atento a que el régimen de valoración de la prueba como causal de casación en el NCPP es el que rige para las causas civiles, es que concluye el redactor que la valoración en causas tramitadas ante el Nuevo Código del Proceso Penal no puede limitarse a hipótesis de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta.

Resumiendo, para el redactor la solución básicamente es idéntica tratándose de recursos movilizados, ya sea al amparo del CGP, CPP (1980) o NCPP (2017) por los motivos anteriormente reseñados.

(iii) Habiendo examinado el aspecto procesal concerniente a las eventuales limitaciones de la Corte para revisar los aspectos relacionados con la valoración del material probatorio, la misma entrará ahora al estudio de los motivos de sucumbencia alegados *in folios*.

BB cuestionó la inferencia probatoria de la Sala sobre la identidad del emisor de los mensajes de texto recibidos en el teléfono de AA.

No es de recibo el agravio ya que se considera que dicha inferencia probatoria está sólidamente fundada en diversos elementos probatorios, que se incorporaron válidamente al juicio oral, a saber:

(a) BB conocía a AA y que ésta había concertado con ella la realización de un <<trabajo>> consistente en <<marcar>> el vehículo en el que circulaba la víctima del homicidio.

Véase que AA declaró en el juicio que: <<Visitaba a CC de vez en cuando, conocí a la Sra. BB y ta que un día llegó a decirme que había un trabajo para hacer. Mi trabajo era marcar un vehículo hasta cierto punto... era para otra gente ese trabajo y está yo marcaba el trabajo dos o tres cuadras, volvía para atrás y... no se lo que pasó después... me encontré a CC en el camino pero yo no participé de ese

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

homicidio, a mí me dijeron marcá el auto y más nada, no participé>> (Pista 10 de la audiencia del 9 de mayo de 2018 a partir del minuto 1:20).

Como surge de esos dichos, resulta inconcuso que AA declaró que BB le encargó el <<trabajo>> de <<marcar>> el vehículo. En cualquier caso la fotografía, su envío al declarante y el acontecer a posterior, indican que quien marcaba el vehículo era BB y que transmitió el dato sobre la identidad de la víctima del delito a sus compañeros, para que efectuaran el asalto.

(b) Las fotografías de la víctima que le fueron enviadas a AA se tomaron desde dentro del local comercial de la madre de BB, razón por la cual se puede inferir sin mayor duda el pleno conocimiento de la actividad de cobro que se llevaba a cabo por los ocupantes del vehículo y por consiguiente la existencia de efectivo en su poder.

(c) BB denunció el extravío del celular una hora después de perpetrado el homicidio de DD.

Ante este cuadro fáctico, la inferencia que realizó la Sala resulta racional y plenamente ajustada al baremo de la sana crítica (artículo 143 CPP).

Se trata de indicios concordantes, concurrentes, contemporáneos, graves, lógicos e inequívocos que a todas luces demuestran por la vía de la sana crítica -que es el régimen de aplicación para valorar la prueba presuncional, [véase sentencia de fecha 24/VIII/1944 publicada por BENGEOA en su obra Sentencias Judiciales, edit. Independencia, Montevideo, 1946, págs. 271/279]

La hipótesis acusatoria quedó debidamente probada mediante elementos plurales, coincidentes y concordantes, que unen lógicamente y racionalmente el punto de partida y la conclusión probatoria. Dan cuenta que BB estaba en conocimiento del delito que se iba a perpetrar y colaboró identificando a la víctima.

En esta inteligencia, hay plena prueba por indicios. Esto se da, ha dicho la jurisprudencia, cuando existe un cúmulo coherente que revela según el curso ordinario de las cosas la culpabilidad del imputado (véase LJU caso 15.588 -Tribunal Penal 1º 12/2006-).

Tal como sostuvo el tribunal antes citado: <<en su expresión de agravios, la defensa recurre al viejo y manido sistema de fraccionar la prueba para quitarle convicción. Pero fracasa. Enseña Manzini que: "... Si se tienen varios indicios con relación al hecho que se trata de probar, debe tener cuidado el Juez de valorarlos en su conjunto y no aisladamente, recordando que las cosas que singularmente consideradas no prueban, reunidas sí prueban, y que es uno de los más usados artificios de la Defensa, precisamente, el de aislar los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene del conjunto" (Cf. Tratado..., t. II, p. 486; Sent. De la Sala 62/97). En el mismo sentido F. Gorphe, al decir que, esta

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

prueba (la indiciaria) vale mucho menos por el significado de cada indicio en particular, que por el del conjunto de ellos: "allí donde uno sólo no alcanza a ser probatorio, una pluralidad concordante es concluyente". Expresa el referido jurista que: "A menudo, decía Bentham, dos motivos que aislados no pesan más que una pluma, al encontrarse juntos pesan como una rueda de molino sobre el acusado". Y agrega: "con mayor razón cuando se encuentran en un cierto número..., a medida que es más elevado el número de hechos que concuerdan, menos podrán atribuirse a un juego engañoso del azar" (Cf. "La Apreciación Judicial de las Pruebas" P. 263 y 362)>> (LJU c. 15.371, Tribunal Penal 1º 191/2004).

Por añadidura, la hipótesis alternativa de la recurrente resulta absolutamente desajustada a la realidad. No resulta mínimamente verosímil la afirmación de que fue otra persona quien le envió la foto del vehículo de la víctima a AA, cuando este último admitió que había hablado previamente con BB del <<trabajo>> de <<marcar>> el vehículo en el que transitaba la víctima. Habría que pensar que "alguien" tomó su celular y "justamente" envió esa foto a AA momentos antes del homicidio, participando de igual forma que la que le correspondía hacer a BB, lo que no es atendible racionalmente.

Véase también que la denuncia del extravío del celular (que a la postre e <<insólitamente>> fue hallado en su casa) una hora después del crimen, descarta el mínimo ajuste a la realidad de la coartada ensayada.

En este orden de ideas y atendiendo a principio de no contradicción, la aceptación de una hipótesis sobre la ocurrencia de un hecho (en este caso del envío de los mensajes de texto con fotografías por parte de BB a AA), exige descartar las hipótesis rivales sobre los mismos hechos (Cfme. Gascón Abellán, M.: <<Los hechos en el Derecho>>, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 221 y ss.).

En suma, resulta jurídicamente justificada la conclusión de la Fiscalía relativas a que BB envió los mensajes de texto a AA momentos antes de haberse perpetrado el crimen, elemento que la convierte en coautora, porque se trata de una acción sin la cual el homicidio no se hubiese podido cometer (artículo 61 Numeral 4º del Código Penal). La co-autoría por acto material indispensable se configura cuando es elemento determinante el carácter decisivo de la conducta en la realización del delito (Véase LJU caso 14.898 -Tribunal Penal 1º 173/2003-)

(iv) En cuanto a la valoración de los elementos probatorios para condenar a AA, la Corte coincide con el enfoque realizado por la Sala en lo Penal ya individualizada *in folios*.

En efecto, no puede ignorarse que el penado admitió que BB lo contactó para <<marcar>> el vehículo en el que circulaba la víctima. Momentos antes del homicidio recibió un mensaje de texto con la foto de la víctima y circulaba en moto, como todos los testigos declaran que lo hacía el homicida de DD.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Además, admitió que estuvo en el lugar del hecho y fue detenido por la policía 15 minutos después del homicidio, luego de persecución. Por ende, no puede aseverarse –como se consigna en el recurso en examen- que no exista un solo elemento probatorio que respalde la conclusión sobre la culpabilidad del imputado, todo lo contrario, de autos surgen elementos de juicio suficientes y aptos para respaldar la conclusión adoptada.

Y por otra parte, no puede obviarse que el recurso de casación movilizado apunta a cuestionar las deficiencias de la instrucción de la Fiscalía más que a controvertir el razonamiento probatorio de la Sala que le condujo a la conclusión sobre su culpabilidad.

En definitiva, en este punto la conclusión de la Sala resulta jurídicamente justificada.

B.- Sobre el agravio de BB que denuncia la violación del principio de congruencia por parte de la Sala.

En primer lugar y en relación con la denuncia por la violación al principio de congruencia, la Sra. BB expresó que el Tribunal no debió analizar su defensa consistente en la denuncia del extravío del celular, calificándola como <<coartada esgrimida>> ni poner en tela de juicio su verosimilitud.

Añadió, que no debió detenerse en su estudio, en virtud que la Fiscalía no se agravió por la valoración de ese elemento probatorio, que efectuó la sentenciante de primera instancia.

Consigna que la Fiscal apelante no se agravió del hecho de que la denuncia de hurto o extravío del celular haya sido hecha una hora después de los hechos, por lo que entendió, pacífica-mente, que el celular podía haberse extraviado y que la denuncia podía haber sido hecha con una hora de diferencia. La Sala, de este modo, violentó el principio de congruencia por expedirse sobre un extremo no planteado por la recurrente.

A juicio de la Corporación, no le asiste razón a la recurrente en su planteo.

En primer lugar procede destacar el basamento o contenido del escrito recursivo por el que la Fiscalía interpuso el recurso de apelación.

En tal sentido, en su escrito consignó: << [la sentencia impugnada] expresa que la Fiscalía “no hizo cuestión” respecto a que la madre de BB dijo que su hija había extraviado el celular. Asombra a esta representante que tan destacado magistrado realice estas expresiones cuando la Fiscalía claramente cuestionó que la denuncia de extravío fue realizada una hora y media después del hecho. Eso es suficiente cuestionamiento y reitero no se entiende como el sentenciante no lo visualiza y tampoco tiene en cuenta que quien declara en beneficio de BB, ES SU MADRE. Esto no es creíble y bajo el examen

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

de la “sana crítica”, esto es, lo que BB intentó construir para exculparse cuando tomó conocimiento del crimen cometido por sus amigos. La afirmación que hace la Sede cuando dice que no existe un solo medio probatorio no es cierto, sino todo lo contrario. A juicio de la Fiscalía está determinado y PROBADO que BB, estaba dentro del local, sacó la fotografía y la envió a AA desde su celular, además del resto de los mensajes que envió al mismo>> (fs. 85; las mayúsculas lucen en el original).

La mera lectura del recurso de apelación planteada en el pasaje extractado, sin necesidad de entrar a analizar la corrección de la aprehensión cognoscitiva del Ministerio Público y limitándonos a la plataforma fáctica relevada, la misma por sí exime de toda otra fundamentación para el descarte del agravio por palmario desajuste a los hechos.

C.- Sobre el agravio planteado por la Defensa de AA que denuncia vulneración del principio acusatorio y del derecho de defensa.

En este punto, denunció que el Tribunal se fundamentó en extremos fácticos no planteados oportunamente en la acusación de los que no pudo defenderse.

Observa la Suprema Corte de Justicia que lo mínimo que podía reclamársele a la Defensa recurrente para que su cuestionamiento resultara suficiente es que indicara cuáles fueron esos extremos fácticos que la Sala introdujo, que no habían sido manejados por la Fiscalía en su acusación.

Esta Corte considera que hace falta que el quejoso ponga de manifiesto necesariamente los errores que atribuye en su embate ya que para el redactor y en palabras de HITTERS <<la expresión de agravios constituye la clave de bóveda para la apertura de la actividad controladora del superior>> (HITTERS, J.C., <<Técnica de los recursos ordinarios>>, Ed. LEP La Plata, 2000, pág. 441).

En efecto, el recurso en examen incumple con los requisitos formales que debe tener el recurso de casación (artículo 273 CGP aplicable por la remisión contenida en el art. 369 del CPP).

Como lo ha dicho la Corte, la ley procesal tiende a asegurar la garantía de la defensa en juicio y la efectividad de los derechos sustanciales, por lo que el proceso debe ser instrumental para su tutela y no un fin en sí mismo. Ello lleva a descartar exigencias adjetivas demasiado rígidas o excluyentes. Sin embargo, no puede obviarse, en orden a la fundamentación del recurso de casación, que la ley impone determinados requisitos para su progreso. Como ha dicho la Corporación, se requiere a la hora de plantear un recurso de casación de: <<...un mínimo de rigor formal, de motivación del recurso y de claridad y precisión en su fundamentación y exposición, son sin duda exigibles en un recurso extraordinario y supremo como es la casación...>> (Cf. Sentencia No. 280/1997).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En la especie, el recurso adolece, en este punto, de defectos formales tan severos en orden a su fundamentación y claridad, que sellan definitivamente su suerte. Como enseña nuestra doctrina, en el recurso de casación es menester: <<...que se indique el error y la correcta solución de la situación jurídica objeto de la sentencia que se recurre. La invocación debe ser clara y no mera referencia o crítica general>> (Cfme. Vescovi, E.: <<Derecho Procesal>>, T. VI (2ª parte), Idea, 1985, pág. 198).

En suma, es en atención a los defectos formales que posee el libelo impugnativo por el que se introdujo el agravio, la razón por la cual debe ser desestimado.

D.- En cuanto al agravio de AA (que denuncia incongruencia de la sentencia por entender que la Fiscalía no se agravió del descarte de los elementos que condujeron a su incriminación), a juicio de la Corte, tampoco le asiste razón a la Defensa en su planteo.

En efecto, en su memorial de agravios, la Fiscalía sí se agravió por la falta de consideración de los extremos que, finalmente, condujeron a la Sala a condenar a AA. En tal sentido, consignó la representante del Ministerio Público en su escrito de apelación:

<<El momento de la aprehensión tiene varias particularidades que no fueron tenidas en cuenta: a) la Fiscalía probó que AA y CC fueron detenidos por la policía, luego de intentar darse a la fuga en dos oportunidades portando un arma de fuego y ellos no probaron porqué huían de la policía. Tampoco fue tenido en cuenta por la Sede. B) las características físicas, de la moto, prendas que vestían son coincidentes. C) portaban dinero con una pinza o aprieta papel, tal como lo describió la testigo y víctima EE y tal prueba no fue cuestionada por la Defensa y NO fue tomada en cuenta por el Juez. d) Como ya se expresara no ocurrieron otros hechos que ameritaran un despliegue policial similar en el lugar de los hechos, ese día y a la hora en que ocurrieron. El acusado AA expresa en audiencia de juicio que debía marcar a las víctimas y la pregunta lógica que surge es: ¿para qué andaban con un arma? ¿Por qué huía de la policía? ¿Marcar víctimas, para qué? Claramente a nuestro juicio se trata de una excusa con la intención de exculparse del homicidio>>, (fs. 84 vto. y 85).

De modo y manera que es de toda evidencia, lo que no es de dudar, que la marca del vehículo ya había sido realizada por BB y debidamente puesta en conocimiento de AA. Cabe preguntarse: ¿Qué sentido puede tener que el <<trabajo>> de AA se limitara a seguir por dos o tres cuadras al vehículo?; ¿A quién pasarán el dato de tal seguimiento y con qué fin?

Entonces, no se puede sino concordarse con la parte acusadora, en el sentido de que el encausado intentó colocarse en la mejor posición, ejerciendo de tal manera su derecho a la defensa material. Pero si bien tal postura procesal es ciertamente válida, hundiéndose sus raíces en el derecho de no auto incriminarse, no por ello en la hora de decidir se debe estar necesariamente a tales manifestaciones.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Recuerda el redactor el principio de la indivisibilidad de la confesión ya establecido en el Código de Instrucción Criminal en su art. 241, donde jurisprudencia de fuste -antigua pero plenamente vigente- señalaba la inaplicabilidad cuando las manifestaciones del imputado son inverosímiles o emerge prueba en contrario (LJU caso 3.261)

A juicio de la Corte, basta con leer este extracto del recurso de apelación, para descartar de plano que se le pueda imputar incongruencia a la Sala en su decisión, por los motivos apuntados por la recurrente.

IV.- Habiendo desechado los recursos antes analizados, la Corte entrará ahora a examinar los agravios articulados por la Fiscalía actuante, aunque en orden inverso al que fueron planteados.

En primer lugar se examinará la alegada violación a lo previsto en el art. 271.5 del CPP, que disciplina la forma de introducción de prueba al juicio oral y, posteriormente, el agravio relacionado con la valoración del material probatorio.

A.- Sobre la forma de incorporación de la prueba material al juicio oral y el artículo 271.5 del CPP.

El motivo de sucumbencia que denuncia que el Tribunal aplicó erróneamente el artículo 271.5 del CPP, a juicio de la Corte resulta en parte de recibo.

En efecto, dicho precepto se relaciona con la forma en que debe ingresar la prueba material al juicio oral y establece: <<Los documentos, informes, objetos secuestrados, grabaciones y elementos de prueba audiovisual solo podrán ingresar al debate previa acreditación de la parte que lo propuso>>.

Lo relevante en el juicio oral normado por el Código vigente, es que la prueba material se introduce según lo que llaman la teoría del caso que alegue cada una de las partes y éstas tienen la carga de escoger el medio idóneo como un testigo o un perito idóneo para introducir la prueba. Por ejemplo, la que se señala como el arma homicida recogida en la escena del crimen, no ingresa según se postula, como tal al juicio sino por medio del testimonio de quien levantó la evidencia en el momento de su hallazgo. Es decir que la prueba material ingresará al juicio a través de los testigos o peritos. Véase al respecto: Nicora, G.: <<Kiss (Keep it simple stupid!). Técnicas de comunicación y persuasión ante el jurado>> en AA. VV.: "Estudios sobre el sistema penal adversarial (Compilador: Gonzalo Rúa), ediciones Didot, Buenos Aires, 2018, especialmente, págs. 130/131).

Ahora bien, es claro que los dichos de las partes de por sí no son prueba. Se señala que única forma de contextualizar la prueba material, de explicar su importancia para el caso y precisar el por qué de su incorporación en un momento concreto, es a través del relato de un testigo o un perito. Como dicen Baytelman y Duce, no podemos estar seguros de que los elementos materiales (armas, documentos

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

etc.) que las partes pretenden introducir al juicio son lo que estas efectivamente afirman que son. En el juicio no hay confianzas preestablecidas, el Fiscal tiene la carga de acreditar sus dichos y el Defensor las suyas; no hay concesiones para nadie (Cfme. Baytelman, A. y Duce, M.: <<Litigación penal. Juicio oral y prueba>>, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, pág. 164).

Ahora bien, estima la Corte que bajo estas premisas, corresponde examinar lo que ocurrió en este caso:

(i) La prueba material, le fue exhibida a los policías que intervinieron en el caso y estos la reconocieron (declaraciones en la audiencia del 11 de abril de 2018).

(ii) El relevamiento fotográfico de los objetos consta en la carpeta técnica (véase sobre blanco). Los policías fueron interrogados en la audiencia y reconocieron los objetos que les fueron incautados a los imputados al momento de su detención (prendas de vestir, pinza de apretar el dinero; el arma; los chalecos y hasta la propia motocicleta).

En consecuencia, no puede compartirse la conclusión de que esta prueba no haya ingresado al proceso, porque los policías –que también son testigos- declararon y acreditaron la prueba material consistente en los objetos que llevaban los imputados CC y AA.

Cabe subrayar, que al no poder comprobar esas declaraciones con las de los restantes testigos, el potencial probatorio de la prueba material no llegó a su máxima expresión. Pero no puede negarse que los funcionarios policiales acreditaron que los objetos materiales incautados a los imputados CC y AA, cuyo registro fotográfico obra en la carpeta de la Policía Científica, se corresponden con los que tenían en su poder los imputados al momento de su detención.

En definitiva, es en parte de recibo el agravio sobre la errónea aplicación del artículo 271.5 del CPP, porque no puede soslayarse el valor probatorio que tiene la prueba material reunida que ingresó conforme al régimen legal aplicable, por medio de la acreditación realizada con los funcionarios que declararon como testigos.

La Corte está conciente que el no haberseles exhibido esos elementos a los testigos presenciales del homicidio impide corroborar que fueran los objetos que portaban al momento de cometer el homicidio, empero, no puede soslayarse que los objetos hallados en poder de los detenidos coinciden razonablemente con la descripción que dieron los testigos del crimen (por ejemplo: el color del casco; las características de la moto; el porte de chalecos; el calzado deportivo, etc.).

Así, esta Suprema Corte de Justicia considera que tales probanzas no pueden ignorarse y deben valorarse en el cúmulo coherente de circunstancias demostrativas de que según el curso ordinario de

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

las cosas, resulta necesario tener por ciertos determinados hechos y acciones.

Por último y para el redactor, no es dable soslayar una esencial puntualización en cuanto a que, se estima, la culpabilidad del acusado debe quedar acreditada “en el juicio”, ya que es en dicho acto donde se cumplen las garantías de oralidad, contradicción, inmediación, publicidad, etc. debiendo subrayarse la necesidad de que la prueba se practique efectivamente en el juicio oral porque el modelo constitucional del proceso penal lo que exige son actividades preliminares cortas y juicios orales pulcra y detalladamente realizados (ciertamente completos, profundos, ordenados, con máxima diligencia de parte de sus actores), no pudiendo incurrirse en los llamados “juicios de un cuarto de hora” porque la celeridad y la falta de dilaciones deben predicarse del largo camino que va (por ejemplo) de la formalización hasta que se celebra el juicio oral y no de éste.

B.- En cuanto a la valoración del material probatorio para imponer una condena a CC.

Cabe señalar en tal sentido que al margen de las observaciones realizadas sobre el ingreso de la prueba material al juicio oral antes relevadas, a juicio de la Corte existen suficientes elementos probatorios, también válidamente ingresados al proceso, que demuestran la culpabilidad del imputado CC, con el grado de certeza legalmente requerido por la ley procesal penal en el artículo 142.1 NCPP, que para el redactor, contiene una fórmula medianamente aceptable y adecuada a las normas de superior jerarquía.

Bueno es precisar aquí en relación al principio <<*in dubio pro reo*>> y sin perjuicio de los temas relativos a si integra las reglas de interpretación en materia penal y su control en sede casatorio, lo real y concreto es que únicamente cuando se configura falta o ausencia de certeza procede beneficiar al enjuiciado o procesado y debe absolvérselo, extremo que evidentemente no se da en la especie. Subraya nuestra jurisprudencia que el principio sólo es aplicable caso de dudas y como derivado del principio de inocencia (cf. LJU s. 135.075 -Tribunal Penal 3º 33/2005).

A la luz de todo lo anterior, la Corte determina que la conclusión probatoria de la Sala de mérito, sin perjuicio de las ya relevadas posiciones sobre valoración de la prueba penal y casación, no ha sido de conformidad con la sana crítica y con razonabilidad de juicio.

En tal sentido, soslayó lo dispuesto en el artículo 271.5 del CPP y además, la conclusión a la luz de los elementos probatorios que válidamente ingresaron al juicio oral, no resulta razonable.

En efecto, la cuestión no debe centrarse en que la prueba material no haya sido acreditada (que para la Corte, como se consignara *supra*, lo fue con la declaración de los policías), sino que por el contrario, el punto está en las limitaciones al resultado probatorio de esa acreditación al no haberse efectuado también con otros testigos (extremo que la Sala soslaya).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Es de ver que por ejemplo, los policías acreditaron que el <<aprieta>> papeles -que se corresponde con la fotografía No. 73 de la carpeta de prueba- estaba en poder de los detenidos y les fue incautado. Ahora bien, el no haber acreditado ese objeto interrogando a la cuñada de la víctima (testigo), que conocía el <<aprieta>> papeles que este portaba y que estaba junto a la víctima en el momento del homicidio, impidió comprobar que coincidiera exactamente.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que dicha testigo no indicó elemento alguno que colocara a dicho <<aprieta>> papel con una significación individual que lo excluyera del común y corriente.

Está probado que los imputados llevaban ese objeto cuando fueron detenidos, pero no que fuera concretamente el de la víctima (aunque en función de lo dicho resulta altamente cierto que sí lo fuera).

Otro tanto ocurre con la ropa y los cascos. La descripción de los testigos sobre la ropa que vestían los imputados y de los cascos que llevaban coincide con la que, según declaran los policías, llevaban al momento de su detención y les fue incautada (véase en tal sentido el relevamiento fotográfico). Ahora bien, el hecho de no haber acreditado esos objetos con los demás testigos presenciales del homicidio, para corroborar que fueran los de los acusados, fue un desajuste en debida producción de prueba, empero, existe la prueba legalmente exigida para dictar sentencia condenatoria respecto a CC.

Certeza razonada basada en medios de prueba positivos y probados que reducen los riesgos de error a proporción ínfima como lo entiende la jurisprudencia patria (v.g. LJU s. 134.041 -TAP 1º 185/2004-).

En consecuencia, a juicio de la Corte, el recurso movilizado por Fiscalía debe ser amparado, sin perjuicio de reconocer que la producción de la prueba de la acusación no haya sido lo eficiente y diligente que el caso imponía.

Con otra puntualización importante de parte del redactor: la misma radica en dejar expresa constancia que considera para todos los casos que la prueba de cargo debe ser suficiente, es decir, apta en sí misma para obtener racionalmente la convicción acerca de la culpabilidad del acusado, rechazando radicalmente toda actividad probatoria de cargo "mínima".

Corresponde ahora un somero repaso de los elementos que determinan la responsabilidad de CC en el homicidio de DD. Son los siguientes:

(i) CC fue detenido conjuntamente con AA, a solo 15 (quince) minutos después del hecho y a unos dos mil novecientos metros del lugar. El homicidio fue cometido en el Balneario San Luis y la moto pilotada por CC y AA fue detenida, después del homicidio, en el empalme entre la Ruta Interbalnearia y la Ruta 103 (frente a la entrada del balneario Guazuvirá).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

(ii) La detención se produjo luego de una persecución policial; los detenidos pretendieron escapar del accionar policial; comportamiento típico de quien ha cometido un hecho contrario al orden jurídico.

(iii) Los policías que declararon como testigos reconocieron los objetos que les fueron incautados a los detenidos. A saber: un casco, -como el que los testigos dijeron que portaba el homicida- (ver fotos 46 y 47); guantes de látex que llevaban puestos los detenidos; dinero y un “aprieta” papeles (ver fotos de 73, 75 y 76 de la carpeta de la Policía Científica).

(iv) Al momento de su detención, portaban un arma (que no se logró comprobar que fuera el arma homicida por también defectos en la instrucción). Se constató también que uno de los detenidos tenían residuos de disparo de arma de fuego en las manos (ver informe del laboratorio químico en la carpeta blanca de documentación fechado el 23 de enero de 2018).

(v) Por otra parte, la relación personal entre AA, BB y CC quedó también comprobada porque AA declaró que había conocido a BB por medio de CC. Y si BB propuso a AA realizar un hecho delictivo, a la luz de lo anteriormente expuesto, resulta razonable inferir que CC también pudo tener su participación en atención a dicha relación.

(vi) Las características de la motocicleta que fue incautada coinciden con la que tenía la de los homicidas, según declararon los testigos.

De cuanto viene de exponerse fluye de modo incontrastable un cúmulo de elementos, que permiten sostener más allá de toda duda razonable que CC fue quien acompañó a AA a perpetrar el homicidio de DD.

La valoración realizada por la Sala, que desatiende a todo este cúmulo probatorio carece no solo de virtualidad jurídica sino del mínimo poder convictivo y puede calificarse -según sea la óptica sobre casación y prueba- como absurda o como violatoria de las reglas legales de la sana crítica.

No puede sostenerse razonable ni lógicamente la no participación de CC ante este cuadro indiciario que apunta indudablemente a su plena responsabilidad.

Mediante el razonamiento basado en indicios, presunciones judiciales o de hombre (*presuntio hominis*), es posible que el aplicador del Derecho llegue, partiendo de uno o más hechos conocidos, a dar por probado un hecho desconocido que tiene relación precisa y directa con aquél o aquellos. A diferencia de las presunciones legales -tanto las absolutas como las relativas- donde el fundamento de la conclusión presumida es una norma jurídica, la clave en el razonamiento presuncional, está en las máximas de la experiencia. Éstas, reflejando regularidades empíricamente observadas permiten

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

conectar un hecho conocido con el hecho desconocido (Cfme. Gascón Abellán, M.: <<Los hechos...>>, cit., pág. 151).

Como bien enseña Taruffo, el indicio demuestra un hecho secundario, que sirve para establecer, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del hecho principal (Cfme. Taruffo, M.: <<La prueba de los hechos>>, Trotta, Madrid, 2002, pág. 456).

Siguiendo las enseñanzas de Döhring, <<Habiendo muchas señales probatorias de un mismo punto, cada una de ellas tendrá que ser examinada, como primer paso, en cuanto a su valor intrínseco. Es cierto que el averiguador no puede perder de vista tampoco en las primeras etapas su efecto conjunto>> (Cfme. Döhring, E. <<La prueba su práctica y apreciación>>, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1986, pág. 347).

Como expresa Devis Echandía: << una vez hecho el estudio comparativo de los indicios y conraindicios, si se concluye que los segundos no desvirtúan el mérito de los primeros, se debe proceder a examinar la coordinación que en el conjunto de aquéllos tengan las varias unidades que lo componen, para adquirir un concepto claro y seguro acerca de si efectivamente son concurrentes y armónicos, es decir, si ensamblan como piezas de un rompecabezas o como los hilos trenzados de un cable, de tal manera que demuestren unívocamente la conclusión que debe adoptarse, sin que subsistan dudas razonables>> (Cfme. DEVIS ECHANDIA H. <<Teoría General de la Prueba Judicial >>, Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1972, Pág.689. En igual sentido, AQUINO M. <<Los indicios>> en Curso Sobre el Nuevo Código del Proceso Penal, IUDP, Volumen 1, FCU, 1ª edición, Montevideo, 2018, pág. 628).

En cuanto a su adecuación al estándar de certeza requerido, este ha sido debidamente alcanzado. En efecto, un parámetro clave para evaluar la solidez de una inferencia probatoria en orden a quebrar el estado de inocencia, es compararla con las hipótesis alternativas que plantea la Defensa. En especial, corresponde evaluar que tan plausibles son esas hipótesis alternativas para determinar si dejan una duda razonable que determine que quepa mantener el estado de inocencia en lugar de optar por la hipótesis de la acusación. Como señala González Lagier, en el razonamiento probatorio es fundamental que existan una pluralidad de indicios, que tengan relación con el hecho a probar, que tengan armonía y concordancia, que el enlace entre los indicios y los hechos constitutivos de la hipótesis se ajusten a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, de modo que se eliminen las posibilidades alternativas, las hipótesis alternativas. A su vez es menester que no existan conraindicios que posibiliten desbalancear el razonamiento en sentido contrario (Cfme. González Lagier, D.: <<Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal>> en AA. VV.: <<El Derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho>> ARA, Lima, 2010, págs. 312 a 321; en igual sentido Nieva Fenoll, J.: <<La duda en el proceso penal>>, Marcial Pons,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Madrid, 2013, págs. 78 y ss.).

El descarte de las hipótesis alternativas aparece sencillo en este caso. Cabe pensar simplemente: ¿por qué CC huía de la policía junto a AA 15 minutos después del homicidio?; ¿por qué llevaban puestos guantes de látex?; ¿por qué llevaban un arma que había sido disparada poco tiempo antes en atención a los rastros de pólvora hallados en las manos de uno de los detenidos?

Estas preguntas quedan sin una respuesta adecuada y, por más que el imputado CC se escude en su estado de inocencia, los elementos probatorios disponibles permiten inficionarlo.

En definitiva, tal como sostuvo el TAP 2º <<El examen detenido y armónico de los elementos probatorios, como se ha sostenido reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia, llevan a descartar su análisis como piezas desvinculadas o aisladas que podrían hacer pensar en falta de contundencia, o aún más, de poder probatorio pleno.

En efecto, se debe tomar en cuenta el conjunto de pruebas e indicios recogidos para evitar su apreciación en dispersión que los haga aparecer como irracionales. Como sostiene Gorphe “El sentido y la fuerza convictiva de esos elementos anárquicos nace, precisamente, de su enlace y de su consideración global” (De la apreciación de las pruebas, pág. 257).

En idéntico sentido Manzini sostiene “... Si se tienen varios indicios con relación al hecho que se trata de probar, debe tener cuidado el juez de valorarlos en su conjunto y no aisladamente, recordando que las cosas que singularmente consideradas no prueban, reunidas sí prueban, y que es uno de los más usados artificios de la Defensa, precisamente el de aislar los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su conjunto...” (Tratado T.II, pág. 486 citado por T.A.P. 1er. C. 943 R.D.P. No. 11 pág. 526).-

Los indicios son un medio probatorio hábil y como dice el artículo 216 del C.P.P. son “las cosas, estados o hechos, personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer, en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho objeto del proceso...” y agrega “... para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial, deberán relacionarse con el hecho o circunstancia que tiendan a probar, ser inequívocos y ligar lógica e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria”.-

En definitiva la apreciación de la prueba debe quedar librada a las reglas de la sana crítica que Couture definió como “reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia” (R. D. J. Y Administración No 10)>> (Cf. Sentencia No. 316/2005).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Por lo tanto, concluye la Corte, que a CC debe atribuírsele el delito mencionado en calidad de co-autor.

V.- Ahora bien, en cuanto a la adecuación típica, CC debe responder por el delito de homicidio consecuencial, esto es, homicidio con la agravante muy especial prevista en el artículo 312 numeral 5 del Código Penal. En tal sentido, la Corporación –al igual que el Tribunal respecto a los otros dos penados- estima que el homicidio cometido fue como consecuencia de otro delito.

In folios, el delito complejo (así lo califica el Tribunal Penal 2º en LJU c. 13.324 – No. 62/1997- y la igual Sala de 3º T. relaciona que es un solo delito complejo comprensivo de las otras figuras que aparecen agravándolo y el delito anterior queda absorbido -LJU c. 15.342, No. 343/2004-) tipificado evade las reglas de la concurrencia fuera de la reiteración, quedando la rapiña absorbida dentro del delito de homicidio. (Véase: Cairoli, M. <<Derecho Penal Uruguayo>>, T.2, La Ley, 2ª edición, Montevideo, págs. 119 y ss., Sentencias Nos. 131/2019 de esta Corporación y 257/2008, TAP 2º, entre muchas otras).

Por su parte, sobre el delito de asociación para delinquir, la Corte nada dirá al respecto en virtud que la desestimatoria efectuada por la Sala no fue motivo de sucumbencia por parte de la Fiscalía actuante.

Se computarán como agravantes, de consuno con lo relevado por el Tribunal de Apelaciones para los demás enjuiciados, la pluriparticipación, el uso de arma de fuego y el haberse prevalecido de la actividad laboral de la víctima.

Por último, en lo atinente a la pena, conforme con los criterios de individualización del art. 86 del C. Penal, esto es, la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente referida al momento de comisión del ilícito penal, la Corte comparte el guarismo manejado por la Sala para los restantes imputados, al acompasarse con la razonable aplicación de las pautas establecidas en el artículo citado del Código Penal por lo cual arribará a idéntico guarismo respecto a CC.

Sobre el principio de proporcionalidad del castigo, decía Langón:<< *Pena legal será aquella que se encuentre entre los extremos mínimos y máximos fijados para cada tipo de delito, pero pena justa es aquella que retribuye adecuadamente, conforme a las pautas que indica la Ley, la conducta antijurídica y culpable del sujeto, refiriendo a un hecho del pasado del cual es la consecuencia jurídica principal*>> (Cfme. LANGÓN, M. <<Código Penal>>, Tomo I, 2a. Edición pág. 323).

Por los fundamentos expuestos, y en atención a lo establecido en los artículos 119, 368, 369 y concordantes del Nuevo Código del Proceso Penal, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 92/2020

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Desestímansen los recursos de casación interpuestos por las Defensas de BB y AA; ampárase el recurso de casación movilizado por el Ministerio Público y, en su mérito, condénase a CC como co-autor de un homicidio muy especialmente agravado (hipótesis del art. 312 num. 5 del Código Penal) a la pena de veintidós (22) años de penitenciaría, con descuento de la preventiva sufrida, siendo de su cargo los gastos de vestido, alojamiento y alimentación durante el tiempo de reclusión (artículo 105 literal E del Código Penal).

Agréguese en la carátula a “CC”, por así corresponder.

Notifíquese al Sr. Fiscal General de la Nación.

Hecho y sin otro trámite, remítansen los autos al Juzgado de Primera Instancia a los efectos de librar orden de detención respecto de CC (último domicilio surge de fs. 203) y BB (último domicilio surge de fs. 260) a los efectos de proceder al cumplimiento de las sentencias recaídas y a la orden del Juzgado indicado dicho; respecto de AA (por encontrarse a la fecha recluso a disposición de otra causa, según lo que resulta de autos), comuníquese al Juez a cuya disposición está y al Centro de Reclusión respectivo o en su defecto al Instituto Nacional de Rehabilitación, que oportunamente deberá quedar a disposición de esta causa a los efectos del cumplimiento de la condena.

Cométese al Sr. Juez de primera instancia las notificaciones al Fiscal actuante, los Sres. Defensores en el domicilio constituido y a los condenados en el Centro de Reclusión o en el domicilio de conformidad con el art. 116.3 del Código de Proceso Penal.

Oportunamente, publíquese.

Devuélvase.