

Sentencia N° 160

**Ministro Redactor:
Doctor Luis Charles**

Montevideo, 20 de Abril de 2017.

VISTOS:

Para Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia, estos autos caratulados: "**S., G.- Reiterados delitos de tráfico de personas especialmente agravados en reiteración real con reiterados delitos de fraude.- IUE: 2-42066/2015**", venidos a conocimiento del Tribunal, en mérito al recurso de apelación en subsidio interpuesto por los Sres. Defensores Particulares, Dres. Gumer Pérez y Pedro Algorta y también por la Sra. Fiscal Letrado en lo Penal de 5° Turno, Dra. Ana Telechea contra la Interlocutoria N° 4711 del 19 de noviembre de 2015, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 16° Turno, Dra. Julia Staricco.

RESULTANDO:

I) Se dispuso el procesamiento sin prisión y con medidas sustitutivas de G. S., por reiterados delitos de Tráfico de personas especialmente agravados, en reiteración real, con reiterados delitos de fraude (Sentencia Interlocutoria N° 4711, del 19 de noviembre de 2015 (fs. 148 a 175).

II) El Sr. Defensor Particular (fs. 193 a 214 vto.), se agravió por entender que se ha efectuado una errónea

valoración de la prueba y una incorrecta interpretación de los hechos acaecidos, lo que ha determinado que la tipificación prima facie atribuida al encausado no encuadre en la especie.

En tal sentido destacó que dicha tipificación no condice con la verdadera plataforma fáctica efectivamente acaecida sobre los hechos que se ventilan en autos, considerando asimismo que tampoco resulta coherente ni guarda relación con los principios rectores del “indubio pro reo” y el principio de inocencia que amparan al enjuiciado.

Cuestionó que en las resultancias de la impugnada se tome casi en su totalidad el informe que realizó el sumariante en el expediente administrativo que formó el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Afirmó que la denuncia, así como el informe del Instructor sumariante, es conjetural, pero la misma remite al análisis de todo el expediente, sin efectuar el desglose pertinente de las pruebas en que se funda. Sostuvo que el referido informe está plagado de un subjetivismo flagrante, que carece de respaldo probatorio y sustento jurídico.

Después de objetar la investigación, la interpretación de las actividades administrativas y hacer referencia a la escasa oportunidad de acceder a las mismas, concluyó que existe una nueva oportunidad de comprender el accionar pro activo y siempre lícito, apegado a la ley del encausado, que es un funcionario ejemplar de casi veinte años de carrera diplomática, calificado siempre por sus superiores en el rango más alto de la correspondiente escala en todos los ítems, quien además

ingresó por concurso y así fue que ascendió. También señaló que la tipificación realizada es un acto de injusticia que traería solo consecuencias funestas, negativas e irreversibles y haría prácticamente imposible que pueda reinsertarse normalmente en la sociedad.

III) El Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5º Turno (fs. 216 a 217) se agravió por entender que debió imputársele al encausado también el delito de cohecho calificado, ya que del propio relato efectuado surge que el mismo desempeñándose como empleado público, representando a nuestro país hizo un uso indebido de los recursos económicos que se le proporcionaban para el desempeño de su función en forma decorosa.

También se agravió por entender que el enjuiciamiento debió ser con prisión.

IV) La Sra. representante del Ministerio Público evacuó el traslado conferido, respecto a los recursos interpuestos por la Defensa, de fs. 298 a 302.

Manifestó que si bien cuando recurrió la decisión de enjuiciamiento, afirmó que debía imputársele al encausado el delito de cohecho calificado, un análisis más acabado de la calificación jurídica de su conducta, la lleva a concluir que es correcta la calificación que realizó la Sede al imputar un delito de Fraude.

En lo que hace a la valoración de la prueba, sostuvo que se han reunido elementos de convicción suficientes para la

iniciación de proceso penal al encausado.

V) La Defensa del encausado evacuó el traslado conferido de los recursos interpuestos por la Fiscalía de fs. 307 a 314. Afirmó que no existe semiplena prueba de cohecho ni de fraude ni mucho menos del delito de tráfico de personas.

Destacó que las actuaciones administrativas cumplidas carecen de todo valor probatorio en este proceso penal, ya que no fueron ratificadas por el sumariante ni por las personas que en ella prestaron su declaración. Además son inconclusas pues el acto administrativo que recomienda la destitución en base a este informe todavía no fue notificado.

Por otra parte señaló que se refutaron con certeza y precisión todos los cargos que se le hicieron en el expediente administrativo, sin que esto hubiera sido tenido en cuenta en la impugnada.

VI) La "a quo" consideró los agravios, mantuvo su resolución con expresión de fundamentos y franqueó la apelación (Decreto N° 1806 del 04 de mayo de 2016, de fs. 322 a 327).

En esta Sede, citadas las partes, pasaron los autos a estudio (Decreto N° 466 de fs. 346) y se acordó Sentencia en forma legal.-

CONSIDERANDO:

I) La Sala con la unánime voluntad de sus miembros naturales, revocará la Sentencia Interlocutoria recurrida, ya que los agravios de la Defensa, logran conmover la decisión

adoptada, no recibíéndose en consecuencia los agravios formulados por la Fiscalía.

II) En el aspecto formal corresponde señalar que en la tramitación las partes han contado con las garantías del debido proceso.

Sin embargo, se observa que no se cumplió con lo preceptuado por Acordada 252/65.

También se observa el impropio subrayado a lápiz que se le efectuó al escrito de apelación interpuesto por la Defensa (fs. 125 y siguientes).

III) Es menester recordar, que el Derecho Penal, debe determinar si existió ilicitud en una acción desplegada por el autor de aquella, ésto es, si la conducta del agente se adecua a una norma penal, que sanciona dicho proceder, para lo cual se requiere por imperio legal, que existan elementos de convicción suficientes (C.P.P. Art.118) o, acudiendo al precepto constitucional, semiplena prueba de ello (Carta Art.15).

En ese sentido corresponde destacar, de acuerdo a lo expuesto por Vélez Mariconde que la decisión de enjuiciamiento constituye, ni más ni menos, que un juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la imputación.

Por tal razón, el artículo 125 del Código de Proceso Penal requiere la existencia de un hecho delictivo y de elementos de convicción suficientes como para juzgar que determinado sujeto tuvo participación en el mismo.

Los requisitos reclamados por el artículo 125 ponen en evidencia la función instrumental que cumple la instrucción presumarial en el proceso patrio.

La exigencia de "...suficiente..." que constituye la nota distintiva de la prueba reunida para procesar a un individuo, debe ser correlacionada en la requerida para condenar que no es otra que la plena prueba.

Esa suficiencia requerida lo es en relación a los elementos de convicción, es decir, suficientes probanzas que persuadan que el indagado tuvo participación en el delito.

Se trata de establecer la necesidad o no de un desenvolvimiento ulterior de los procedimientos en que, sobre principios parcialmente distintos a los de la etapa presumarial, se profundiza, desarrolla o amplía la instrucción ya cumplida.

En el caso concreto, corresponde señalar que la decisión sobre el mismo, no puede ir más allá de lo que emerge de la prueba diligenciada judicialmente, en perjuicio del encausado. Tampoco es posible dejar abierto el procesamiento hasta el diligenciamiento de las probanzas aportadas o que se aporten durante la tramitación de la causa.

IV) La Sala entiende que se debe revocar la recurrida, pues son de recibo los agravios esgrimidos por la Defensa, ya que no se han reunido elementos de convicción suficientes que habiliten la iniciación de un proceso penal al encausado.

Se trata de una indagatoria deficitaria, en la cual se "judicializó" una investigación administrativa, lo que determinó que en base a las parcas declaraciones de tres testigos y la del

indagado se dispusiera el enjuiciamiento de G. S. G..

Sin embargo resulta evidente que no declaró en Sede Judicial, con las debidas garantías, la denunciante en el Ministerio de Relaciones Exteriores Sra. A. S., quien puso de manifiesto su vínculo con el encausado y las supuestas irregularidades que éste tenía en el ejercicio de su cargo.

Tampoco se citó a la Sede Judicial, al funcionario que actuó como sumariante, D. R., lo que carece de toda explicación lógica y racional, pues habiendo dirigido la instrucción administrativa, debió ser indubitablemente interrogado sobre la misma.

Sin embargo la investigación judicial se limitó a la ratificación de la denuncia que realizó la Dra. P. E. (fs.115), a las manifestaciones del “Oficial del caso” Comisario R. P. (fs. 116 a 118), quien luego de leer el expediente administrativo narró a la Sede Judicial lo que surgía del mismo.

A ello se agrega las declaraciones de los ciudadanos chinos T. S. (fs. 119 a 120), T. X. (fs. 121), T. X. (fs. 122), todos domiciliados en el Departamento de Rivera, en la misma finca sita en la calle Agraciada XXXX.

Sus testimonios son absolutamente coincidentes en lo relativo a que conocieron en República de Corea, al ciudadano chino J. J., titular de una agencia de turismo, a quien le dieron el pasaporte y se los devolvió con la visa respectiva, cobrando por esto a cada uno de ellos la suma de U\$S 5000.

Los ciudadanos chinos mencionados fueron los únicos

localizados de un grupo mucho más numeroso que habrían obtenido la visa. En efecto, se habrían emitido 76 visas a ciudadanos chinos, con la excepción consagrada en el Art. 6 de la Circular 130/96, habiendo ingresado 40 personas al territorio de la República sin que ninguna de ellas registrara salida.

También se interrogó al encausado (fs. 123 a 127 y 132 a 140) y se agregó el expediente administrativo.

V) No se ha cumplido en el caso una investigación en forma, con la finalidad de determinar las supuestas responsabilidades penales del encausado, en los hechos por los que fue denunciado. Tampoco en su caso, otros eventuales apartamientos a sus deberes funcionales con trascendencia o repercusión penal.

Todo se ha limitado casi exclusivamente a tomar por válido desde el punto de vista del derecho penal material, el informe realizado en el expediente administrativo sustanciado en el Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue agregado a esta causa.

Sin embargo tales actuaciones no fueron ratificadas en la sede a-quo, pues como se ha señalado no prestó testimonio en la misma ni la denunciante ni el funcionario sumariante.

Además en las referidas actuaciones administrativas no ha recaído una decisión firme. En tal sentido es sumamente importante destacar que los hechos que se pretenden probar con prueba documental trasladada, no pueden haber sido objeto de impugnación para que tengan validez en el traslado,

ya que sino han pasado en autoridad de cosa juzgada, no tendrían eficacia en la determinación de la existencia del hecho ilícito como en la participación del imputado en el mismo.

Corresponde destacar que la prueba trasladada en materia penal es inaplicable si se considera que han sido vulnerados principios fundamentales consagrados en el ordenamiento constitucional, afectando las garantías del debido proceso legal.

Tal como señala Barrios de Angelis “producir es no sólo crear, sino también llevar y procurar, por lo que el aporte es, también, producción; pero hemos distinguido entre ambos conceptos, solamente para separar la adquisición por el proceso de la prueba antes llamada *preconstituída* (formada antes y fuera del proceso), a la que corresponde el aporte -caso de los documentos- y producción- para la formación del medio al tiempo y dentro del proceso- caso del testimonio y del dictamen pericial; asimismo, caben en la producción la inspección judicial y la reconstrucción, que puede efectuarse fuera de la sede del tribunal, como la prueba que realiza el tribunal comisionado, o la prueba por informe” (El Proceso Civil, Volumen I página 219 y siguientes).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el art. 6 del C.P.P. permite invocar el art. 145 del C.G.P., que consagra el traslado de prueba de un proceso obviamente judicial a otro. Pero la investigación o en su caso el sumario administrativo, cuya evidente finalidad es el determinar eventuales responsabilidades administrativas, no es judicial ni asimilable.

No puede reputarse prueba trasladada y valorarlo a efectos del procesamiento; su sola incorporación no legitima lo actuado como para ser incorporado a la causa judicial y ser útil como elemento de convicción.

En efecto, lo administrativo no vincula a lo penal, esto más allá de que aquella vía se encuentre o no ejecutoriada y esto conforme lo previsto en los arts. 28 y 29 del CPP. en la redacción dada por la Ley 16.162, que refiere a las acciones civiles pero que es perfectamente aplicable al caso.

VI) El informe realizado en el expediente administrativo fue controvertido, no habiendo recaído la resolución definitiva del caso en esa vía. Ello no obstante se lo ha incorporado a esta causa penal prácticamente como único medio probatorio, sin ni siquiera haberse ratificado en forma, lo que lo priva de todo valor, no permitiendo en consecuencia iniciar en base a el un proceso penal.

En el mismo sentido debe tenerse en cuenta que la declaración del “oficial del caso” también carece de toda eficacia probatoria, es prácticamente un testigo de oídas, no realizó ninguna investigación sino que examinó el expediente administrativo.

En el caso mal se podrían haber reunido elementos de convicción suficientes que habiliten la iniciación de un proceso penal a S. G., cuando no se ha llevado a cabo una mínima investigación judicial.

No se ha determinado en debida forma, la relación

circunstanciada de los hechos y la participación del encausado en los mismos y esto por la sencilla razón que no ha habido una averiguación responsable dirigida al esclarecimiento de la situación. Todo se ha hecho depender de lo realizado en vía administrativa, pero al estar esto controvertido sin resolución firme y no haber sido incorporado en la debida forma, no se puede dictar una decisión de enjuiciamiento, máxime si a esto se agrega el escaso trabajo realizado judicialmente.

En su mérito se revocará la impugnada con el alcance correspondiente a su naturaleza

Por los fundamentos expuestos, el **TRIBUNAL**

FALLA:

REVÓCASE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA, EN SU MERITO SE DISPONE QUE LA LIBERTAD PROVISIONAL QUE USUFRUCTÚA EL ENCAUSADO G. S. G. DEVENDRÁ DEFINITIVA EJECUTORIADA QUE SEA LA PRESENTE, CLAUSURÁNDOSE LAS ACTUACIONES A SU RESPECTO.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.-

Dr. Angel M. Cal Shabán
Ministro

Dr. Luis Charles
Ministro

Dra.Gabriela Merialdo
Ministra

Esc.Fernando Durán Sánchez
Secretario Letrado