

//tencia N° 94

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, veintidós de febrero de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva esta causa caratulada: **"AA - UN DELITO DE ABUSO SEXUAL - CASACIÓN PENAL" IUE 2-22344/2020**, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por la Defensa técnica del imputado AA [a cargo de las Dras. Virginia de los Santos Caprielian y Andrea Jacqueline Bravo Silva] contra la sentencia definitiva N° 21, de fecha 20 de marzo de 2023, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno.

RESULTANDO:

I.- Por la mencionada, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno [Sres. Ministros Dres. Torres (r), Reyes y Merialdo (i)] falló: *"Revócase la sentencia definitiva recurrida, y en su mérito, condénase al acusado como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual agravado a la pena de tres (3) años de penitenciaría, con descuento de las medidas cautelares cumplidas, y pago a la víctima como reparación patrimonial un monto equivalente a doce ingresos mensuales o doce salarios mínimos en su defecto. Declárase su inhabilitación para ejercer la*

patria potestad así como su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas y privadas relativas a las áreas de la salud, educación y en definitiva todas aquellas que impliquen trato directo con niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores en situación de dependencia, por el plazo de diez años (...)" (fs. 197-224).

Por su parte, la Dra. Graciela Eustachio extendió discordia por cuanto concluyó que corresponde confirmar la sentencia apelada (fs. 224 vto.- 226 vto.).

A su vez, el pronunciamiento anterior emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 35° Turno [juicio oral a cargo del Dr. José Luis Nicola] por sentencia N° 140, de fecha 15 de junio de 2022, había fallado: "*Absolviendo al acusado AA del delito que se le acusa. Consentida o ejecutoriada, expídase testimonio si se solicitare y fecho, oportunamente, archívese (...)" (fs. 128-148).*

II.- En tiempo y forma, la Defensa del imputado interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el "*Ad Quem*" (fs. 232-250). Los agravios esgrimidos fueron los siguientes.

Manifestó que existió una errónea valoración de la prueba que desencadenó en un

absurdo evidente.

En primer término, apuntó que resulta absurdo y grosero que se haya condenado por el relato exclusivo de la víctima -quien no identificó a su agresor- y sin que existiesen otros elementos que dieran cuenta de que los hechos ocurrieron en la forma en que lo expresó Fiscalía.

Argumentó que para poder condenar en función del relato de la víctima, lo que dice debe ser corroborado con otros elementos probatorios en la causa, que, en este caso, no existieron.

Criticó la ausencia del tío de la víctima, quien no fue llamado a declarar, pese a que habría sido quien develó el nombre de AA.

Señaló que es absurdo que el Tribunal haya afirmado que de haberse practicado el reconocimiento, la víctima habría identificado a AA. Apuntó que es arbitrario, puesto que tal reconocimiento no existió y se trata de una mera especulación. Además, agregó que no tenían relación, sino que apenas se conocían de vista del barrio.

También resulta absurdo que el Tribunal haya concluido que lo identificó "por cuanto lo había visto en pleno accionar delictivo y lo conocía del barrio", ya que, como dijo, confunde al

imputado con otra persona que no se ha logrado identificar.

En síntesis, la Defensa expresó que el Tribunal condenó en base a conjeturas y especulaciones, vulnerando principios de objetividad e igualdad entre las partes.

Mencionó las declaraciones de BB, CC, DD, EE y su tío FF, para reiterar que, por los horarios que refirieron los testigos, no era posible que la víctima conociera a AA.

Cuestionó que nunca se encontraron la campera marrón ni el gorro de lana que mencionó la víctima, por lo que no puede vincularse al imputado con el delito por las prendas de vestir.

En cuanto al relato de la madre de la víctima, criticó que expresara que ella se acuerda de todas las caras, sin embargo, no pudo describir a la persona que a la que hacía referencia.

También señaló que es absurdo que se acuse a AA si ella dice que subió al puente para ver quién era y que no lo pudo reconocer porque se escondió.

Refirió que resulta absurda la conclusión a la que arriba el Tribunal con respecto a que a la víctima le haya llamado la atención la llegada al barrio de AA, puesto que el barrio

Conciliación ha tenido un aumento exponencial de habitantes, por lo que es especulativo pensar que una adolescente pueda identificar a la totalidad de los residentes de un barrio o zona.

Alegó que el Tribunal valoró las declaraciones testimoniales únicamente en lo que beneficia a la teoría del caso de la fiscalía, pero no para analizar los hechos alegados por la defensa.

También criticó que el Tribunal reprochara la falta de espontaneidad, parquedad y vaguedad de los testigos propuestos por la Defensa, puesto que se trata de personas que nunca antes declararon en un juicio oral y se encontraban nerviosos por la situación.

Expresó que los testigos fueron contestes en que AA se mudó y nunca más regresó al barrio e insistió en que la víctima no proporcionó una descripción física sobre el imputado, más allá de si portaba campera y gorro de lana.

Por último, manifestaron que resulta absurdo que el hecho de haber abandonado el barrio sea un indicio de culpabilidad, puesto que es una afirmación infundada y prejuiciosa.

Finalmente, también le causó agravio la pena fijada, por cuanto la considera excesiva. En este sentido, indicó que el Tribunal no

contó con ningún informe de peligrosidad del imputado ni cualquier otro elemento que permita justificar una pena de tres años, que se considera sumamente elevada. Por el contrario, los testigos manifestaron que el comportamiento del imputado es bueno, que nunca tuvo problemas con nadie, era muy educado y, además, se trata de un primario absoluto, por lo que, en subsidio, solicitó que la pena no supere los 10 meses de prisión.

III.- Por providencia N° 208, de fecha 18 de abril de 2023 (fs. 251), se confirió traslado del recurso a la Fiscalía interviniente quien lo evacuó y bregó por su rechazo (fs. 256-261).

IV.- Por interlocutoria N° 273, de fecha 12 de mayo de 2023, se resolvió franquear el recurso de casación interpuesto.

V.- La causa fue recibida en esta Corporación el día 18 de mayo de 2023 (nota de cargo de fs. 266).

VI.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde desestimar el recurso movilizado (dictamen N° 000122 de fecha 17 de julio de 2023, que obra a fs. 270/279 vto.).

VII.- Por decreto N° 866, de fecha 25 de julio de 2023 (fs. 281), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

VIII.- Encontrándose las voluntades de los miembros de este Colegiado en posiciones antagónicas, la Causa fue puesta a consideración del Acuerdo jurisdiccional de fecha 21 de diciembre de 2023.

En el mencionado, se resolvió que este Sr. Ministro sea el redactor de la presente.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, con el concurso de voluntades de las Sras. Ministras Dras. Martínez, Minvielle y de este Sr. Ministro redactor, irá a amparar el recurso de casación movilizado y, en su mérito, anulará la recurrida y dispondrá la absolución del imputado Torres Saravia.

Por su parte, los Sres. Ministros Dres. Pérez y Morales, extenderán discordia por cuanto estiman que corresponde desestimar el recurso movilizado, siendo todo ello así por lo subsiguiente

II.- De modo preliminar, corresponde precisar que en autos no se encuentra cuestionado que el abuso sexual haya existido. En efecto, en virtud de los agravios introducidos por la Defensa, en esta instancia resulta excluido del debate que la adolescente Fernández, de 17 años de edad en

aquel momento, padeció un ataque sexual por parte de dos hombres el día 9 de octubre de 2019 mientras volvía de acompañar a su abuela a la casa de su hermana.

Desde un comienzo, la discusión giró en torno a si el imputado de autos fue el autor del mismo. En otras palabras, si AA abusó -o no- sexualmente de GG el día 9 de octubre de 2019, próximo a las 17 horas, mientras caminaba por la intersección de las calles Cardinal y Picaflor del barrio Conciliación.

En primera instancia, el "A Quo" concluyó que tal extremo no quedó acreditado, en cambio, la Sala debidamente integrada, al resolver el recurso de apelación concluyó lo opuesto (la Dra. Eustachio extendió discordia).

Pues bien, de esta forma, lo que ahora debe juzgarse es si la prueba rendida en autos resulta suficiente -más allá de toda duda razonable- para demostrar la participación del imputado en la comisión del delito de que se lo acusa.

III.- Establecido lo anterior, y tal como se adelantó, para los Sres. Ministros que conforman la presente mayoría, se acogerá el agravio introducido por la Defensa que guarda relación con la errónea valoración de la prueba.

Así, para las Sras. Ministras Dras. Martínez y Minvielle el razonamiento

probatorio de la Sala es absurdo y arbitrario. Por su parte, para el redactor, el razonamiento de la Sala no es compartible, sin necesidad -tal como se dirá- que el recurrente deba acreditar que el error en la valoración por parte de la Sala sea absurdo o arbitrario.

A continuación, y en base a cada una de las posturas se pasará a brindar los argumentos por los cuales la mayoría estima que el agravio debe ser estimado.

(a.1) Posición de las Sras. Ministras Dras. Martínez y Minvielle sobre la valoración del material probatorio en materia de casación penal a la luz del NCPP.

En lo inicial, recuerdan las mencionadas Ministras que ha dicho esta Corte que: *“(...) 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 comparación al anterior régimen procesal penal del Decreto-Ley No. 15.032. A saber, en el C.P.P. 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 este 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.)" (Cfme. sentencias Nos. 57/2021 y 111/2021).

Las antes nombradas estiman que la causal de errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, se reduce a las hipótesis en las que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, como en el caso, cuando corresponda aplicar el sistema de la sana crítica y se incurre en absurdo evidente por lo grosero e infundado de la valoración realizada (Cfme. sentencias

Nos. 594/2013, 452/2013, 273/2013, 4248/2011, 52/2010, 441/2017, 1094/2019, entre muchas otras).

Las Sras. Ministras Dras. Martínez y Minvielle participan del criterio conforme al cual la errónea valoración de la prueba como causal de casación -en sede civil y penal- presenta ciertas particularidades en nuestro ordenamiento jurídico: no cualquier error en la valoración puede ser invocado como error de derecho revisable en casación, sino solo aquellos errores groseros, que configuren un absurdo evidente o una arbitrariedad manifiesta.

En este punto, la Corte ha sostenido desde larga data, con base en el artículo 270 del CGP, lo siguiente: *"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas de admisibilidad o de valoración de la prueba, al ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado. Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la*

prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador. A mayor abundamiento: el ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible” (Cfme. sentencias Nos. 829/2012, 508/2013, 484/2014, 593/2017 y 647/2018 entre otras).

El criterio antedicho impone, lógicamente y legalmente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba.

La primera condición requerida es que quien recurre en casación debe denunciar, alegar un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improponible. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está

condicionada a ninguna fórmula sacramental, más si se requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación.

En segundo lugar, la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado.

(a.2) A continuación, y bajo tales bases, ambas Sras. Ministras pasarán a dar respuesta a la solución del presente caso.

A su juicio, la Defensa ha cumplido con alegar la existencia de "absurdo evidente" en la valoración de la prueba y que los razonamientos probatorias se han apartado groseramente de la sana crítica.

No sólo por la utilización precisa de estos términos en su recurso -lo cual por sí solo no sería suficiente-, sino gracias a un profuso, prolijo y ordenado análisis de la prueba producida en autos, mediante el que indicó qué medios probatorios se habrían valorado de forma absurda, en qué consistió esa valoración irracional realizada por el Tribunal, el motivo por el cual resulta absurda y, finalmente, cuál

era la única conclusión razonable posible.

Así las cosas, el primero de los requisitos se encuentra cabalmente cumplido y corresponde analizar si, en el caso, efectivamente nos encontramos ante un error grosero o si se trata de la mera disconformidad de la recurrente con respecto al juicio de hecho al que arriba el Tribunal.

Y, en cuanto al segundo requisito, las Sras. Ministras estiman que también se cumplió en el caso de autos.

Veamos.

i. El Tribunal concluyó que resultó suficientemente acreditada la participación del Sr. Torres, en virtud de los siguientes argumentos:

A) Respecto de la prueba de cargo.

Pese a que no se realizó un reconocimiento del imputado por parte de la víctima, consideró que su ausencia no resulta determinante, ya que *“la joven no iba a individualizar a alguien distinto a Torres”*, puesto que *“en lo previo había visualizado de manera recurrente por un lapso aproximado de dos meses”* (fs 218 vto.).

En este sentido, la Sala hizo hincapié en que la víctima ya conocía previamente, de vista, a quien luego fue su atacante: *“relató que*

denunció 'a un muchacho, sé que se llama Ángel porque me lo dijeron, pero en realidad no lo conozco... él vivía en un lavadero ahí cerca de mi casa a dos cuadras...' Y aclaró que no lo conocía personalmente 'solamente de vista, cuando venía de estudiar, justo la parada está por su casa y yo pasaba por ahí'" (fs. 219).

El Tribunal agregó que *"... de su relato emerge que pudo visualizar con absoluta claridad el rostro de un individuo que ya conocía por verlo de manera cotidiana, que la abordó por un tiempo apreciable, todo lo cual le permitió retener con seguridad sus rasgos principales. Por lo que no cabe dudar que se trata de una identificación que transmite un altísimo grado de confianza, el necesario e imprescindible para desacreditar la presunción de inocencia que ampara al acusado"* (fs. 221 vto./222).

De manera sucinta, se puede decir que, a juicio del Tribunal, la declaración de la víctima -único elemento con el que se cuenta para poder condenar-, resulta suficiente, puesto que esta ya conocía a su agresor de forma previa.

En este sentido, el Tribunal hizo hincapié en que la víctima conocía previamente de vista a quien la agredió y que, en la medida en que el delito se cometió a plena luz del día, a cara descubierta y de una forma tal en que tuvo tiempo

suficiente de reconocerlo, no caben dudas de que la persona a quien ella señala fue su agresor.

B) Respecto de la prueba de descargo.

A juicio del Tribunal, la coartada del imputado no resultó creíble, puesto que las declaraciones fueron parcas y vagas, señaló que sugieren, pero no demuestra, la existencia de otra persona de rasgos similares al acusado y que viviría atrás de la plaza que está junto al puente en que se produjo el ataque.

Por otra parte, le restó valor convictivo a sus declaraciones, en tanto valoró como sospechoso que tantas personas recordaran con tanta claridad dónde se encontraban y qué habían hecho el 9 de octubre de 2019 sobre las 16:00 horas, lo que, a su juicio, resta verosimilitud.

ii. Pues bien, como se adelantó, a juicio de las Sras. Ministras Dras. Martínez y Minvielle, se ha logrado demostrar que el razonamiento probatorio del Tribunal resultó absurdo o arbitrario, puesto que de la prueba diligenciada no existe forma posible de concluir, con el grado de certeza exigido por nuestro legislador, que el Sr. Torres fue partícipe del delito.

De la correcta valoración

del material probatorio allegado a la causa, estiman que no se ha alcanzado el grado de certeza procesal necesaria para dictar una sentencia de condena.

En efecto, si bien la Sala dictó una sentencia con sólidos fundamentos jurídicos, falló en una etapa fundamental del razonamiento probatorio, que es no haber analizado de qué manera y con qué fehaciencia se asocia la persona cuyos rasgos físicos la víctima conoce, con el nombre de quien es imputado en esta causa.

Las Sras. Ministras Dras. Martínez y Minvielle comparten plenamente con el Tribunal que no caben dudas de que la víctima se encuentra plenamente capacitada para reconocer a su agresor, puesto que ya lo había visto antes en las inmediaciones del barrio y se había fijado en él porque le había molestado en anteriores oportunidades con algunos comentarios y que, como el delito se cometió a plena luz del día e implicó un forcejeo en que la víctima fue manoseada y besada, alcanzó a distinguir su rostro.

De esta forma, es claro que si la víctima tuviese que reconocer físicamente a su agresor lo podría hacer con la precisión y seguridad que el Tribunal expresa.

Ahora bien, la falencia

del razonamiento, grosera y patente, es que la víctima nunca llegó a reconocer si el nombre que un tercero le dio para hacer la denuncia se correspondía con la persona de su agresor.

No hubo ninguna instancia en la que GG pudiese verificar que el nombre dado era el nombre de a quien ella había visto previamente y estaba segura que abusó de ella. No surge de su declaración que antes del juicio realizara comprobación de tipo alguna; tomó el nombre dado y lo denunció.

Naturalmente, esto no se le puede reprochar a la víctima, ni a su familia. Sin embargo, la Fiscalía debía haber solicitado que se realizara una rueda de reconocimiento o exhibición de fotografías que permitiera comprobar que, efectivamente, nombre y persona coincidían, medida elemental que no se cumplió.

Por otra parte, no se aportaron datos físicos que permitan identificar algún rasgo distintivo de su persona tales como la altura, peso, tez, color de cabello, o alguna característica peculiar que permitiese cotejar el relato del episodio de abuso con la persona imputada. Los únicos datos con los que se cuenta es que vestía campera marrón y gorro de lana, los que nunca fueron encontrados.

iii. Y entonces, ¿cómo

llega el Sr. AA a ser imputado en esta causa?

Está claro que la víctima no conocía el nombre de su agresor, sólo su presencia física, al punto tal de que al momento del develamiento del abuso la víctima no tenía un nombre para identificarlo.

Al declarar en forma anticipada en Cámara Gesell, se le preguntó a la víctima sobre la identidad del denunciado y expresó: *“sé que se llama AA porque me lo dijeron, porque en realidad no lo conozco”*; luego agregó que sabía que *“él vivía con unos de ahí, con unos del lavadero, un lavadero cerca de mi casa, a dos cuadras”* y, finalmente, manifestó que su tío se dirigió al lavadero a hablar y volvió con el nombre (Pistas 6 y 9).

Por tanto, el único elemento con que se cuenta para vincular el nombre de AA con la presencia física del atacante -y, por lo tanto, dictar sentencia de condena- es la tarea de averiguación de un tío, que no declaró.

Ante la ausencia de una rueda de reconocimiento o exhibición de fotografías que le hubiese permitido a la víctima unir *“nombre con cara”*, era fundamental que esta persona pudiese explicar cómo consiguió el nombre, con quién habló en el lavadero, qué preguntó y qué le dijeron.

La presencia de esta persona en juicio era indispensable para que las partes pudieran preguntar y repreguntar, de forma tal de conocer las circunstancias en que se proveyó el nombre para acusar al ahora imputado, puesto que resulta indispensable conocer la calidad de la información y su grado de verosimilitud.

La falta de esta declaración, unida al resto de las falencias en la prueba de cargo, conlleva a que no exista certeza sobre si, efectivamente, el nombre conseguido se corresponde con quien abusó sexualmente de GG.

iv. Y bien, las carencias relevadas derrumban el argumento central sobre el que se edifica la sentencia recurrida, que es la seguridad inicial que tenía la víctima sobre la identidad de su agresor.

Este poder convictivo que le atribuye el Tribunal cae desde el momento en que no se trae a AA al proceso por la apariencia física conocida por la víctima, sino por la identificación de un nombre que brindó un tercero, que carece de elementos que acrediten si coinciden con la persona del imputado y que la víctima nunca llegó a corroborar, si persona y nombre coincidían.

En consecuencia, la

arbitrariedad, el error grosero o manifiesto del Tribunal yace en el salto lógico e infundado que realiza al trasladar esta seguridad de la acusación por conocer la apariencia física a la sindicación de la persona que fue imputada en autos por su nombre y apellido.

En efecto, no existe prueba, ni elemento periférico que permita corroborar lo declarado por la víctima; en autos sólo se encuentra la declaración de esta de que “alguien le dijo que se llamaba así” y nada permite corroborarlo.

v. En la medida en que no existió ninguna instancia procesal, ni extraprocesal, en que la víctima tuviese la oportunidad de corroborar que el nombre de AA se corresponde con la persona que ella conocía de vista, ni existen elementos que permitan asociarlos fehacientemente, concluyen las Dras. Martínez y Minvielle que resulta absurdo y arbitrario, considerar que se encuentra plenamente probado que fue el Sr. Torres quien abusó sexualmente de la víctima.

El Tribunal omitió por completo el análisis de que la sindicación de Torres fue en virtud de que se le aportó un nombre (que no conocía) y no de la apariencia física (que sí conocía).

Por tanto, faltó un eslabón fundamental en la cadena del razonamiento probatorio de la Sala, que justifica el acogimiento del

recurso interpuesto.

vi. A su vez, las falencias probatorias impiden reanalizar la cuestión desde otra óptica, puesto que, como se dijo, no existe forma de vincular con certeza al Sr. Torres con el abuso sexual cometido a la víctima.

Si la Fiscalía pretendía obtener una sentencia de condena, era fundamental que existiese alguna actividad probatoria extra, que permitiese vincular el nombre con la apariencia física conocida por la víctima o, al menos, arrojar luz sobre la forma en que su nombre fue conseguido.

Estas falencias, ahora infranqueables, impactan directamente sobre cuál es el grado de certeza que se tiene al respecto de su participación.

La Corporación se ha pronunciado en relación al estándar de certeza necesario para condenar, señalando que: *“Nuestro nuevo Código del Proceso Penal exige, como estándar de prueba, la plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del delito y la responsabilidad del imputado (artículo 142.1) y que, en caso de duda, debe absolverse al imputado (artículo 142.2) ello, como puede verse, es una referencia explícita a la máxima del ‘más allá de toda duda razonable’.* Dicho estándar tal como está

cristalizado normativamente adolece de vaguedad e indeterminación. Ello determina que no sea claro cuáles exigencias precisas impone el estándar de prueba del más allá de toda duda razonable (Cf. Jordi Ferrer Beltrán: 'El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias', en AA.VV.: 'La prueba en el proceso', cit., pág. 106), lo que no impide que el operador judicial -en esta caso, la Corte-, en el caso en concreto, delimite tales requisitos" (sentencia N° 39/2020).

Por su parte, Palacio expresa al respecto que, *"Mientras la certeza se caracteriza como el estado psicológico del juzgador en cuya virtud éste llega a abrigar la plena convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho incriminado y de la participación o no del imputado en su producción, la probabilidad entraña, en cambio, una suficiente aproximación a ese estado, que excede, por lo tanto, a la apreciación de una mera posibilidad. La duda, por el contrario, aparece conformada cuando el juez, frente a la ausencia o insuficiencia de prueba, no se encuentra en condiciones de formular un juicio de certeza ni de probabilidad, positivo o negativo, acerca de los mencionados extremos" (PALACIO, L., "La prueba en el derecho penal", Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 14).*

El estándar de prueba "más allá de toda duda razonable", que recoge el actual proceso penal vigente implica que *"la prueba debe haber alcanzado el umbral en el que la duda sobre la culpabilidad del imputado sería irrazonable. Se trata de un estándar exigente, de espíritu garantista, que intenta minimizar las condenas de inocentes. Naturalmente, queda abierta la cuestión interpretativa acerca de qué se deba entender por duda 'razonable', pero la idea detrás del estándar es clara: un umbral alto, que proteja al imputado"* (CANALE, D. TUZET, G., *"La justificación de la decisión judicial"*, Palestra, Lima, 2001, pág. 71).

Y bien, en este contexto, para las Sras. Ministras Dras. Martínez y Minvielle no alcanza a existir una justificación razonable, con la verisimilitud y garantías suficientes, de que la persona que la víctima sabe que fue su abusador, sea efectivamente quien se llama "AA".

La prueba de cargo no resulta suficiente para concluir su autoría. Bien puede que haya cometido el delito, como que no.

Por tanto, ante este panorama, no se ha alcanzado el grado de certeza procesal necesario para que se dicte una sentencia de condena en su contra y corresponde disponer su

absolución.

(b.1) A juicio del redactor, el agravio de la Defensa fue correctamente introducido, pues guarda relación con la errónea valoración de la prueba por parte de la Sala y, la consecuente vulneración del artículo 142 del CPP al haberse condenado al imputado sin que se hubiera alcanzado la plena prueba.

Sobre la errónea valoración de la prueba en el marco del recurso de casación, este Sr. Ministro sustenta una posición diversa a la sostenida por los restantes integrantes de este Alto Cuerpo. En tal sentido, se ha dicho que no es requerimiento para el recurrente acreditar que el error en la valoración por parte de la Sala deba ser absurdo o arbitrario.

Así, en sendos pronunciamientos se ha dicho: *"...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 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.

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.).

(omiss)

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 demostrarla 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 (Cf. FERRER BELTRÁN, J. <<La valoración racional de la prueba>>, Marcial Pons, Madrid, 2007, Págs. 52 y ss.)” (Cfme. sentencia N° 92/2020, entre muchas otras).

(b.2) Y bien, entrando de lleno en el caso concreto, se toma nota que, en cuanto a su agresor, surge del pendrive en el cual consta la declaración anticipada de la víctima, lo siguiente, “Pta. ¿Tu hiciste una denuncia? ¿A quién denunciaste? Cta. A un muchacho, sé que se llama AA porque me lo dijeron, en realidad no lo reconozco, solo de ahí del barrio. Él vivía con uno de un lavadero. Un lavadero cerca de mi casa, a dos cuadras, el apareció y se quedó

viviendo ahí... mi tío había preguntado porque no lo habían visto en el barrio y en el barrio nos conocemos todos... mi tío fue y preguntó quién era y el muchacho del lavadero le dijo que era sobrino de él que lo habían echado del barrio en el que estaba y él se había hecho cargo... pta. ¿Tú lo conocías? Cta. No, solamente de vista, cuando venía de estudiar, la parada está por su casa y yo pasaba por ahí... pta. ¿Cuánto tiempo hace que tú lo estabas viendo en la vuelta? Cta. uno o dos meses... pta. ¿tu familia lo conocía? Cta. Sí de vista. Pta. ¿Tenías algún tipo de vínculo con él? Cta. No. Pta. ¿Y tus familiares? Cta. Tampoco (...). Pta. ¿Qué recordás de ese momento, de la persona esta, AA, como estaba vestido? Cta. Tenía una campera marrón... Pta. ¿Le viste bien la cara? Cta. Sí. (...) había otra persona más, pta. ¿Ese no lo identificas? Cta. No. (...) era de día... Pta. ¿esta situación pasó alguna otra vez? Cta. No, después que le habíamos hecho la denuncia él se sentaba enfrente a mi casa, en los bancos, con otros amigos y miraban para dentro".

Expresó que la persona además de una campera tenía un gorro de lana. Remarcó que "andaba todo el tiempo en la vuelta". Además, declaró: "Pta. ¿Alguna vez hablaste con él? Cta. No. Pta. Habíamos dicho que tu tío era el que... fue que dijo que este muchacho estaba ahí, donde vivía. Cta. Sí fue

el que habló con el muchacho del lavadero. En confianza mi tío fue a lavar el auto y el hombre le contó”.

Ahora bien, desde ya se adelanta que la Defensa del imputado logró sembrar la duda razonable requerida por nuestro ordenamiento para disponer la absolución. Más aún, la estrategia procesal llevada a cabo por Fiscalía determinó la sucumbencia de su acusación, pues no debe dejar de señalarse que en nuestro país, tanto con el CPP1980 como con el CPP2017 rige el principio de la prueba basado en la libertad de los medios probatorios, lo cierto es que Fiscalía, si bien acreditó que el ilícito acaeció, no logró desembarazarse de la carga relativa a la plena prueba que acredite la responsabilidad del imputado en el reato.

En segundo lugar, corresponde precisar que la discusión no debe centrarse en si el relato de la víctima es creíble o no. Eso no se encuentra en discusión, por lo menos a esta altura del proceso.

Lo que corresponde abordar aquí es si del relato de la víctima y, en especial, si del cúmulo probatorio se desprende que el sujeto que fue sujetado al proceso fue el que cometió el ilícito en cuestión.

Y, a los efectos de dar

respuesta a dicha interrogante debemos comenzar por analizar la declaración de la víctima antes transcripta.

De lo medular se desprende que la víctima, cuando ocurrió el hecho, no identificó a su agresor por ningún nombre. Quien brindó la identificación fue el tío de la víctima -quien ni siquiera declaró en juicio-.

A partir de tal extremo, no existe posibilidad de concluir que efectivamente el imputado de autos sea el agresor.

En otras palabras, la víctima contó lo sucedido a su tío. Ahora, a partir de allí todo se vuelve deducción o probabilidades, pues cómo la víctima contó a su tío y éste identificó a la persona no luce acreditado en obrados.

Más aún si el único elemento que se logró describir con relación al sujeto es la campera marrón y un gorro de lana.

Reiteramos, no se está cuestionando que el relato de la víctima sea equivocado. Simplemente, se deja constancia que con la prueba reunida en la causa no se puede concluir -sin caer en la duda- que el reo fue el que cometió el ilícito.

De la declaración anticipada de la víctima no se logra identificar cómo el tío de ésta asoció -a partir de su relato- que el

imputado era quien cometió el ilícito. No hay dicho alguno en ese sentido.

Tal como correctamente sintetiza la Sra. Ministra discorde, Dra. Eustachio: *“En la declaración anticipada refirió que el nombre de AA le fue proporcionado por su tío el que aparentemente habría ido a averiguar al lavadero. Por consiguiente, la víctima no individualizó a su agresor como AA, lo dijo porque fue lo que le informó su tío, el que no declaró como testigo en el juicio, por ende, tampoco puede saberse con certeza por qué éste concluyó que la persona que habría abusado de su sobrina era el imputado y no otros de los jóvenes que vivían en el lavadero, pues conforme expresa la víctima ‘él vivía con unos de ahí, con unos del lavadero, un lavadero cerca de mi casa a dos cuadras’”*.

Tampoco se saneó dicho punto con la declaración del tío o el reconocimiento del imputado, pues ambos medios de prueba no fueron utilizados por la Fiscalía actuante. Sobre el punto, se permite recordar que aquí no se cuestiona que tales medios faltaron, sino que con el cúmulo obrante no se puede cumplir con la exigencia prevista en el artículo 142 del CPP, el cual dispone: *“No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba de la que resulte racionalmente la certeza del*

delito y la responsabilidad del imputado".

Así, no se tiene el honor de compartir las conclusiones de la Sala por cuanto *"lo razonable es inferir que en la rueda (o galería de fotografías) la joven no iba a individualizar a alguien distinto a AA, a quien en lo previo había visualizado de manera recurrente por un lapso aproximado de dos meses",* dado que, ello parte de una premisa que no quedó acreditada en autos. En efecto, individualizaría a AA si efectivamente es el sujeto que vio en forma reiterada, pero no existe elemento alguno que permita concluir que el sujeto que vio reiteradamente sea el imputado de autos dado que no se logró hilvanar el relato de la víctima con el sujeto que se presentó por parte de Fiscalía como autor del reato.

Tal como se señaló en la Discordia antes mencionada, *"no surge probado con razonable certeza que GG haya identificado al acusado: no puede considerarse que lo identificó por su nombre por lo que referí en el párrafo anterior (se lo informó su tío), tampoco describió sus rasgos físicos lo que - aunque mas no sea- hubiera permitido verificar si coincidían con los del imputado; el lugar donde dice que su victimario vivía (lavadero) surge probado que no es donde se domiciliaba el acusado al momento de los hechos y por último, de su propia declaración resulta que en el*

lavadero vivían o paraban otros jóvenes, no surgiendo explicado por qué el tío le informó a GG que sería AA el agresor y no otro”.

En definitiva, la prueba de cargo reunida no permite concluir que el autor de los hechos que cimentan la acusación sea el imputado de autos. En otro orden, si bien la Defensa no tiene la carga de probar, pues el imputado es inocente hasta que recaiga sentencia condenatoria en su contra, la actitud asumida por la Defensa al ofrecer prueba sirvió para coadyuvar a cimentar la duda razonable, pues los testigos propuestos dan cuenta que el imputado no vivió en el lavadero -del cual se hace caudal en la acusación- y que justamente a raíz de la amenaza sufrida por un hermano de la víctima se debió ir del barrio (véase declaración de EE, II, JJ y testimonio del propio padre del acusado en tal sentido).

Tal como sintetiza el “A Quo”: *“AA se tuvo que ir del barrio por razones de seguridad, porque tenía temor debido a una amenaza que habría sufrido de parte de un hermano de GG. Esto ocurrió en el mismo mes de octubre de 2019 y según los testigos, AA no volvió y no podía volver al barrio. Las declaraciones de los testigos fueron coincidentes e, incluso, al momento de tener que concurrir a una Seccional Policial, el acusado denunció otro domicilio,*

no el de su tío, por lo que cobra relevancia lo alegado por la Defensa de AA en cuanto a que el autor del hecho es otra persona, no el acusado. De este modo, como se relevó anteriormente, EE declaró que AA vivió en su casa hasta el mes de octubre de 2019, 'en octubre sé que fue... el día que él vino con miedo y dijo que lo habían... amenazado con un revólver y él vino desesperado corriendo para mi casa' (audiencia de 4 de mayo de 2022, pista 4, minuto 2:03 y ss). Agrega que su marido le preguntó qué le había pasado y AA 'le comentó eso, de que alguien le había dicho de que él se había metido con una de las hermanas y que lo había correteado de ahí' (pista 4, minuto 2:29 y ss). II en la misma audiencia, declaró que AA, no se fue 'lo fueron... porque los hermanos de GG lo corrieron con un arma' y que el padre se lo llevó (audiencia de 4 de mayo de 2022, pista 8, minuto 5:30 y ss), y que después de ese hecho ya no fue más al barrio (misma pista, minuto 6:10 y ss). Luego, interrogada por Fiscalía, reitera que los hermanos de GG lo 'corretearon con un arma', y que su padre 'lo sacó del barrio', por una 'cuestión de seguridad, de su vida' (pista 9, minuto 3:40 y ss). FF declaró que AA estuvo hasta octubre de 2019 viviendo en su casa, aunque no recuerda bien la fecha en 'que pasó eso' (audiencia 18 de mayo de 2022, pista 2, minuto 4:00 y ss). Este testigo, KK, declara que se llevó a su hijo

del barrio, porque este recibió amenazas de muerte por parte del hermano y padre de GG, en su presencia, por lo que AA pasó a vivir en Teniente Rinaldi 5321 esquina San Martín (audiencia de fecha 30 de mayo de 2022, pista 4, minuto 2:13 y ss). Que ese fue el motivo de por qué lo trasladó a otro lugar (pista 10, segundo 0:28 y ss). En el mismo sentido declaró LL, en tanto expresa que AA se tuvo que ir del barrio porque los familiares de la persona que denunció lo amenazaron, luego no siguió viviendo en la zona, 'no podía estar ahí' (audiencia 18 de mayo de 2022, pista 7, minuto 7:43). Asimismo, la testigo MM, que expresa que en el año 2019 el acusado 'se tuvo que ir, mismo en octubre, yo sé que para noviembre no estaba', que lo acusaron de que había 'manoseado a una muchacha del barrio' y los hermanos lo habían amenazado, después de eso AA no volvió 'nunca más' (audiencia 18 de mayo de 2022, pista 10, minuto 6:00 y ss). Estas declaraciones, se condicen con las del Cabo NN, en cuanto a que AA denunció, al momento del acta recabada el 26 de octubre de 2019 un domicilio diferente, esto es, su domicilio era Manzana 33, solar 9, Km 28.800 barrio autódromo (audiencia 18 de mayo de 2022, pista 5, minuto 4:19 y ss), lo que se condice con lo alegado por su Defensa, esto es, que poco después del hecho no vivía en la zona, pasando primero a vivir con su madre en esta dirección y luego con su tía paterna en

Camino Teniente Rinaldi".

En definitiva, de lo que viene de señalarse, para el redactor la prueba de cargo reunida no permite concluir que más allá de toda duda razonable el imputado AA sea el autor de los hechos que se dieron por probados. Asimismo, si bien la prueba de descargo presenta algunas falencias (tal como pone al descubierto el Tribunal, pues la supuesta persona similar al imputado que andaba merodeando en el barrio ni por asomo ha quedado acreditada), lo cierto es que mínimamente la Defensa logró -con los testimonios ofrecidos en juicio- señalar que Torres no vivió en el lavadero en cuestión.

En palabras de Cafferata Nores: *"entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar a la duda en sentido estricto, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, siendo todos ellos igualmente atendibles. O más que equilibrio, quizá sea una oscilación, porque el intelecto es llevado hacia el sí y luego hacia el no, sin poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraigan suficientemente,*

como para hacerlo salir de esta indecisión pendular"
(CAFFERATA NORES, J., "La prueba en el proceso penal",
Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 7).

Tal como sintetizan Baytelman y Duce, pero enteramente trasladable a nuestras latitudes: "el estándar de la duda razonable no zanja la cuestión -todavía los jueces deberán dotar a la expresión de contenido específico- pero sin duda es un estándar alto para la prueba del fiscal y ofrece un piso desde el cual desarrollarlo jurisprudencialmente: si los jueces tienen una duda acerca de la culpabilidad del sujeto y esa duda es razonable, la ley los obliga a absolver, con independencia de qué es lo que ellos creen fuera de dicho estándar. Aun si los jueces tienen la sospecha de que el acusado es culpable, pero les cabe una duda razonable, deben absolver. Y al hacerlo así, estarán cumpliendo a cabalidad su rol social de controlar la actividad del Estado y proteger a los individuos de una maquinaria estatal ineficiente, errática o arbitraria. Curiosamente, aunque no ha habido realmente desarrollos muy precisos en nuestro país en torno al estándar necesario para condenar, la idea de que el estándar requerido por el proceso penal es más exigente al de otras áreas del derecho, es completamente parte de nuestro sistema; esa es la razón por la cual la sentencia penal hace fuerza en lo civil, pero no

viceversa: porque el estándar de convicción que requieren las cuestiones civiles es más bajo, menos exigente que el estándar exigido por la condena penal. Luego, es perfectamente posible ser absuelto en el procedimiento penal pero, por los mismos hechos, ser condenado en un procedimiento civil. ¿Cuál es la lógica de esto? Precisamente el hecho de que el procedimiento penal exige un estándar de convicción mucho más alto para la condena. La elaboración en la práctica del estándar de duda razonable no es una mera decisión técnica, sino que tiene la máxima importancia política desde el punto de vista de los valores del sistema: mientras más bajo el estándar -mientras menores las exigencias probatorias que los jueces le hagan a la fiscalía- será más fácil condenar a los culpables, aunque serán mayores también las posibilidades de condenar erróneamente a personas inocentes. Al contrario, mientras más alto el estándar estaremos minimizando las posibilidades de condenar erróneamente a un inocente, aunque se dificultará también la condena de los culpables. El justo equilibrio entre estos dos valores constituye el verdadero tema de fondo detrás del estándar de convicción de un sistema penal" (ÍBIDEM, pág. 47; a mayor análisis véase entre otros (TOMMASINO, A. "Principios, Derechos y Garantías en el Proceso. Ejecución Penal", Segunda Ed., FCU, 1990, pág. 60).

En consecuencia, constatada la duda razonable, la única respuesta que brinda nuestro ordenamiento es la absolución.

(c) En definitiva, por diversos fundamentos, los Sres. Ministros Martínez, Minvielle y el redactor conforman la presente mayoría que permite concluir que el agravio sobre errónea valoración de la prueba deba ser acogido y, en consecuencia, anular la recurrida.

IV.- La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (artículos 56.1 y 279 del CGP).

Por los fundamentos expuestos y en atención a lo establecido en los artículos 368 y 369 del Código del Proceso Penal y lo dispuesto en los artículos 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DEL IMPUTADO, Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA, DISPONIÉNDOSE SU ABSOLUCIÓN.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.

**TENGA PRESENTE EL JUZGADO "A
QUO" QUE DEBERÁ EFECTUAR LAS COMUNICACIONES PERTINENTES.**

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DIS-

COR-

DES,

por

cuanto, entendemos que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto, sin especial condena procesal, conforme con los fundamentos que a continuación se expresan.-

1.- En primer lugar, los suscritos Sres. Ministros consideran que deben realizarse algunas apreciaciones a lo expresado por las Defensoras en el recurso interpuesto.

En ese sentido, las defensoras afirman que: "El Tribunal, habilitado por

normas que no se acompañan a los principios de Derecho Penal y menos al nuevo sistema procesal penal, se integra, apartando a la Ministra discorde con el objetivo de obtener una condena” (fs. 233 - Punto 11 del recurso).

Tal afirmación deviene equívoca en todo sentido y conlleva un desconocimiento absoluto de cómo debe formarse la voluntad de un órgano colegiado. A saber, en cuanto a la formación de la voluntad del órgano colegiado, conviene distinguir adecuadamente cuando se produce discordia total y parcial.

Pereira Campos, citando las enseñanzas de Colombo y Gelsi, señala que en el proceso de formación de la sentencia existen cuestiones que no son dependientes de ninguna otra (cuestiones base) y cuestiones que, por lo contrario, son dependientes. Cita como ejemplo de cuestión no dependiente el caso de la responsabilidad civil, es decir, si se configura o no la responsabilidad en un caso dado, y de cuestión dependiente, la reclamación por daño moral, lucro cesante, intereses, costas y costos. Concluye el autor citado, que si de la votación del órgano colegiado no se produce acuerdo sobre la cuestión no dependiente, la discordia es de naturaleza total, debiéndose integrar el tribunal para que el Ministro

sorteado se pronuncie sobre ella después del examen de todo el litigio y de tomar posición sobre todos los puntos o cuestiones. Si en cambio, en la votación del órgano colegiado se produce acuerdo sobre la cuestión no dependiente y discordia sobre las dependientes, esta discordia es de naturaleza parcial y se debe resolver por la mecánica del art. 201 del CGP (Cf. autor citado, publicado en LJU, sección doctrina, pág. 120).

Perera, en la misma línea de pensamiento, afirma que para diferenciar una de otra hay que atender a la naturaleza de la cuestión. La discordia total supone un desacuerdo o falta de coincidencia sobre lo principal, o sea confirmar o revocar. La parcial opera cuando la falta de acuerdo se refiere al caso de existir una acumulación de pretensiones y hay coincidencia sólo sobre una y no sobre las restantes, o bien, apunta a los casos de cuestiones dependientes, por ejemplo, hay conformidad sobre la sentencia de la responsabilidad civil y se discrepa respecto de uno de los rubros indemnizatorios (autor citado, Apelación y Segunda Instancia, págs. 122-123) (Cfme. sentencia N° 8/2005).

En el caso particular de autos, la discordia de la Dra. Eustachio fue total y ello por cuanto consideró que debía absolverse al imputado del delito atribuido. A raíz de ello, lo que

correspondía conforme a derecho era que, a efectos de que se formara la mayoría del órgano (tres votos conformes), se sorteara entre los distintos Ministros de Tribunal, y ello fue lo en definitiva terminó aconteciendo. Por tanto, de manera alguna, puede sostenerse que ha existido algún tipo de violación a los principios del Derecho Penal, cuando la voluntad del órgano decisor fue conformada en debida y legal forma.

Realizada la precisión que antecede, corresponde ingresar al análisis sustancial del recurso de casación interpuesto.

2.- Sin lugar a dudas, estamos ante un caso de los llamados "difíciles" y tal como lo afirma Atienza *"la distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como teorías estándar de la argumentación jurídica"* (Cfme. Atienza, Manuel; *"Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos"*, pág. 246).

El problema del litigio planteado en autos, no radica en la existencia del delito en cuestión, ya que surge probado en debida forma que la víctima fue interceptada y manoseada por dos individuos que se acercaron a ella. Lo discutido en el asunto, radica en determinar si el imputado Torres fue partícipe o no del mismo.

En tal sentido, las Defensoras Públicas, Dras. Virginia de los Santos y Andrea Bravo, fundan el recurso de casación en la errónea valoración de la prueba por parte de Sala, esgrimiendo que el Tribunal incurre en una valoración absurda y arbitraria de grado manifiesto.

Por otra parte, el escrito recursivo centra sus agravios en la violación del artículo 142 del CPP, la Defensa entiende que no se alcanzó la certeza jurídica necesaria para el dictado de una sentencia condenatoria, y ante la existencia de una duda razonable, corresponde la absolución del Sr. Torres.

El último punto de agravio se centra en el *quantum* de la pena.

En el orden antes detallado, se analizarán los agravios esgrimidos por la Defensa.

3.- Error en la valoración de la prueba.

3.1.- A juicio de los suscritos Sres. Ministros, en los procesos regidos por el nuevo Código del Proceso Penal, la causal de errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, se reduce a los supuestos en los que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, en el caso de que corresponda aplicar

el sistema de la sana crítica, cuando se incurra en absurdo evidente, por lo grosero e infundado de la valoración realizada (Cfm. sentencias Nos. 452/2013, 594/2013, 441/2017, 1094/2019, 217/2022, entre otras).

En términos que resultan trasladables al sub-examine ha sostenido esta Corporación que: *"El Código del Proceso Penal, vigente a partir del 1° 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. 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.). 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" (Cfm. sentencias Nos. 92/2020, 356/2020, 508/2021, 528/2021).

Como señala Colombo, si bien la revalorización de la prueba resulta excepcional, la Corte -en base a la teoría del absurdo evidente- puede hacerlo cuando media error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible. De este modo se abre un nuevo campo para la casación, el cual se admite con un entorno sumamente restrictivo, para realizar y actuar la justicia como último instrumento para evitar la iniquidad del fallo (Cfm. Colombo, E.: "Casación: Teoría del absurdo evidente", RUDP, 1/1983, págs. 57/58).

"Este criterio impone, lógica y legalmente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba (Cfm. Sentencia de la Corte N.º 355/2020): Como primera condición, quien recurre en casación debe, en primer término, denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, mas sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación. Por otro lado como segunda condición se exige que la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado" (Cfm. sentencias Nos. 1.627/2018, 1.104/2019 y 564/2021, entre otras).

Ahora bien, entendemos que el agravio resulta formalmente admisible, desde que la Defensa cumplió con creces la primera de las dos condiciones necesarias, anteriormente señaladas, para el

progreso, en sede de casación, de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba. En tal sentido, la Defensa de AA de manera fundada, denunció un vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que, en caso de ser demostrado, ameritaría su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. No solo se utilizaron en el recurso de casación las palabras "absurdo evidente", sino que se describió un presunto error de la entidad superlativa mencionada, identificó y atacó varios pasajes de la sentencia recurrida, realizando un análisis pormenorizado, ordenado y fundado de la prueba diligenciada en autos y cotejando la misma con la valoración realizada por la Sala. Por ende, la insurgente se desembarazó de la particular carga de alegación que la gravaba.

No obstante, tras el análisis meditado del caso, estimamos que la recurrente no ha logrado cumplir con la segunda condición exigida para el progreso del agravio, dado que su alegación de absurdo o arbitrariedad en la valoración de la prueba no ha sido demostrada. Asimismo, entendemos que la Fiscalía logró derribar la presunción de inocencia que beneficia al imputado, ya que, la prueba de autos resulta suficiente para lograr la certeza jurídica requerida para disponer una sentencia de condena respecto a AA.

3.2.- En primer lugar,

corresponde destacar que, el hecho de que en obrados no se haya realizado el reconocimiento de personas previsto como prueba en el artículo 169 del CPP, no es óbice para que con base al principio de libertad probatoria se puede arribar al dictado de una sentencia de condena. El reconocimiento como tal, no deja de ser unos de los medios que establece nuestro legislador para identificar e individualizar a los imputados en un proceso penal. Ahora bien, ello no habilita que en base al resto del cúmulo probatorio que se diligencia en la causa se arribe a una decisión condenatoria. La elección de los medios de prueba que cada una de las partes ingresara al proceso, se relaciona directamente con la estrategia procesal que decidan llevar en el mismo, pero lo cierto es que no hay norma alguna que obligue a que necesariamente se deba practicar la instancia del reconocimiento con el fin de reconocer a una persona.

Por tanto, puede concluirse que el reconocimiento en fila de personas no es una diligencia obligatoria ni exclusiva ni excluyente.

La crítica esgrimida por la Defensa respecto a la afirmación de la Sala, relativa *"a que de haberse practicado el reconocimiento la víctima habría identificado a Torres"*, debe ser analizada a la luz de la argumentación esgrimida por el Tribunal y no de forma descontextualizada. En ese

sentido, lo que la Sala expuso fue que el solo hecho de que se hubiese practicado el reconocimiento, no implicaba *per se* que la controversia sobre la individualidad del imputado quedaría saldada. Ergo, lo que la Sala remarca es que no puede darse valor de prueba tasada al reconocimiento. Debe tenerse presente además, que *"(...) Si la víctima, o algún testigo presencial del hecho delictivo, conoce a su ejecutor, por ser vecino suyo, o por ser habitante del mismo barrio, o por cualquier otra causa, la identificación en rueda suele devenir innecesaria..."* (Cfme. Climent Durant, Carlos. *"La Prueba Penal"*, págs. 1108,1110 y 1111).

3.3.- Por otra parte, corresponde destacar lo dificultoso que resulta, en estos casos, que existan testigos directos de los hechos, lo que determina la particularidad probatoria en estos delitos. Los hechos no ocurrieron en un ámbito cerrado o en el seno familiar, sino que sucedieron al aire libre, el día 9 de octubre de 2019 a las 17 hs., no hubo testigos que pudieran presenciar efectivamente los hechos ocurridos ni identificar directamente a los autores.

Ahora bien, uno de los elementos probatorios con mayor relevancia es la declaración GG, quien expresó que identificó a uno de

los autores ya que, los mismos actuaron a cara descubierta a plena luz del día y principalmente, identificó al imputado AA, a quien lo había visto en otras ocasiones, lo conocía de vista del barrio, sin perjuicio que desconocía cuál era su nombre.

En tal sentido, como ha expresado el TAP 1° en sentencia N° 559/2022: *“el denunciante es -en sentido amplio naturalmente- un testigo hábil como cualquiera: ‘Lo único que tiene de especial su testimonio es que ha conocido los hechos y lo ha manifestado así antes de comenzar el proceso’.* A la par que la negativa o el silencio del imputado *‘no apareja impunidad... preferir su versión por falta de confesión plena, supondría restringir indebidamente las pruebas disponibles (RUDP 1/1996, c. 284)’ (cfm de la Sala, S.159/2014, 288/2019, entre otros muchos fallos).* Por consiguiente, el argumento que hace foco en que el testimonio de la víctima es insuficiente per se, parte de una premisa errada que inexorablemente conduce a una solución igual de equivocada... a partir de la puesta en marcha del nuevo marco procesal la cuestión de base no ha cambiado...”.

En lo que refiere al reconocimiento, CARNELUTTI, citado por JAUCHEN, ha expresado que reconocer es un conocer de nuevo, esto es, un conocer lo que ya se ha conocido. Es un juicio de

identidad entre una cosa o persona objeto de una primera percepción con aquella que lo es de una segunda o posteriores percepciones. En consecuencia, habrá reconocimiento siempre que se experimente la identidad de una persona, por medio de la indicación de otra que la señala como la misma que ha conocido o visto (JAUCHEN, *"Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial"*, 2020, pág. 447).

En lo que refiere al reconocimiento por parte de víctimas y testigos, tal como lo expresan DIGES y PEREZ-MATA, existen determinados factores circunstanciales a tener en cuenta a la hora de valorar el reconocimiento. En cuanto a los **factores del suceso o del ambiente**, hay una serie de elementos que pueden afectar notoriamente la percepción del reconociente como puede ser: a) **la duración del suceso y tiempo de exposición de la cara del imputado**, cuanto más tiempo dure la comisión de un delito, mayor oportunidad tendrá la víctima de ver y prestar atención a la cara del autor del mismo, sin embargo, la víctima puede que no tenga muchas oportunidades de ver la cara del autor, bien porque el individuo lleve su cara cubierta o cubra la cara de la víctima. En cambio, una exposición breve, si va acompañada de otras condiciones perceptivas desfavorables (ejemplo, malas condiciones de iluminación, muchas personas implicadas

en el delito, violencia del suceso, alto nivel de estrés, etc.) puede tener un efecto muy negativo de la identificación; b) **condiciones de iluminación**, otro factor relacionado con las condiciones de percepción de la cara del autor del delito es la cantidad de luz que hay en el momento en el que se comete el reato; c) **número de agresores**, además de las condiciones ambientales, las características propias del suceso también influyen en la memoria del reconociente, no es lo mismo que el delito lo cometa una única persona o que sean varios los autores, estudios demuestran que un mayor número de agresores tiene un efecto negativo en la identificación posterior de uno de ellos. Ello se debe a que al estar presentes varios rostros y el testigo poseer recursos atencionales limitados, necesariamente el rendimiento se resiente porque hay que dividir esos recursos finitos entre las distintas caras presentes; d) **etnia del autor versus del testigo**, cuando la persona que comete el delito difiere de la etnia del testigo, la identificación posterior puede verse seriamente afectada. Los datos indican un claro sesgo de identificación intra-etnia, esto es, los testigos identifican con más exactitud a sospechosos de su propia étnica que a sospechosos de una etnia ajena a la suya. Dicha dificultad no parece estar relacionado con los prejuicios hacia personas pertenecientes a otros grupos

étnicos distintos del grupo al que pertenece el testigo, pues con independencia de que existan o no prejuicios, las personas siguen mostrando el sesgo de identificación intra-etnia (*"La prueba de identificación desde la psicología del testimonio"* en: *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*. DIGES, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves, Madrid Ed. Marcial Pons, año 2014, págs. 36/42).

3.4.- Del tenor de la declaración de GG, surge que denunció *"a un muchacho, se que se llama AA porque me lo dijeron"* y allí aclaró que no lo conocía personalmente sino que de vista ya que lo veía cuando regresaba de estudiar. En relación al hecho en si mismo, sostuvo: *"... ya estaba él con otro, en el puente, y yo nunca imaginé que me iban hacer nada, porque yo lo conocía a él de vista, porque no lo saludaba ni tenía vínculo"*. A su vez, relató que *"después de la denuncia, él se sentaba enfrente de mi casa ahí en unos bancos y se sentaba ahí con otros amigos y miraban para adentro"* (Pista 9, audiencia 10/04/2022).

A la luz de la declaración de la víctima, es posible arribar a ciertas conclusiones. A saber: a) GG vio a los dos perpetradores del ilícito penal; b) conocía a uno de ellos de vista, ya que pasaba en forma seguida por el lugar donde se

encontraba y c) luego del hecho, volvió a verlo sentado frente a su casa en distintas oportunidades junto a sus amigos.

El relato de la víctima resulta coherente, convincente, veraz y espontáneo, siempre indicó al imputado como uno de los autores, en ningún momento dudó que se tratara de otra persona, además, el relato condice con lo expresado por los demás testigos, a quienes les contó lo sucedido. Tal como lo expresa el Tribunal: *"Ahora bien, de su testimonio se desprende -con claridad- que a quien desde el comienzo sindicó como uno de los protagonistas del ataque, si bien hasta ese momento solo lo conocía 'de vista', no fue a otro que a Torres.*

En tal sentido es una obviedad señalar que quien estuvo sentado en el banquillo como acusado durante el juicio no fue un desconocido elegido al azar, sino, en concreto, un individuo al que sin ambages y desde un principio la víctima señaló como uno de los perpetradores" (fs. 219 vto.).

Asimismo, tal como fue relevado por el Fiscal de Corte al momento de realizar su dictamen: *"(...) el imputado solía chistarle cuando GG pasaba cerca del lugar donde éste se encontraba junto a otros amigos de la zona, camino a su casa. Inclusive*

en la semana previa, cuando volvía de estudiar, se lo cruzó en la parada y como otras veces hacía, la llamaba y le decía 'veni, veni', a lo que aquella hacía caso omiso. Es decir, no solo lo vio más de una vez previo al insuceso, sino que además, el imputado no pasaba desapercibido para ella por lo antes dicho, esto es, a diferencia de los demás jóvenes. AA la molestaba, le decía que se le acerca, la llamaba, sin duda no con buenas intenciones. Precisamente y por tal motivo es que lo identifica sin titubeos, tenía claro que era él, más allá de que no lo conocía ni siquiera por el nombre (...). A ello se agrega que después de la denuncia, GG recibió amenazas de que "la iban a volver a agarrar", los vio por un tiempo en el barrio, todo lo que relató a las profesionales intervinientes (Lic. López y Gaelotti), aunado a que AA junto con otros amigos, se sentaban frente a su casa en unos bancos, mirando para adentro, lo que a ésta le generaba temor y angustia. Es así que se lo señaló a su hermano ÑÑ, quien se le acercó al imputado para pedirle que se fuera (...). Es decir, aún después del insuceso, AA seguía 'molestándola', lo que constituye otro indicio más que refuerza que la joven lo tenía más que identificado, teniendo esta vez como testigo de ello a su hermano, quien en su declaración en el juicio corroboró este extremo (...)" (fs. 275 vto./276 vto.).

La víctima reprodujo su relato, tanto a sus familiares directos (madre y hermano), como a los profesionales que la asistieron.

Su hermano (OO) quien declaró en juicio, aseveró que: "*(...) nos contó que este muchacho como que la manoseó*". Lo mismo expresó su madre (PP), cuando señaló: "*(...) cuando vio dos personas que eran este muchacho eh y otro, la apretaron*".

Ambas declaraciones hacen referencia directa a la figura de "este muchacho", con una clara referencia al imputado que se encontraba en la Sala al momento de la producción de la prueba durante el desarrollo del juicio oral.

Al respecto, debe tenerse presente que el ocasional reconocimiento realizado durante el desarrollo del juicio por parte de los distintos testigos deponentes, es producto de un hecho imprevisible e inevitable y que, teniendo presente los principios de la inmediación de la prueba y de la oralidad que rigen en nuestro sistema procesal penal, no pueden ser ignorados por el Tribunal de Juicio, pues no existe ningún impedimento legal para que una persona que declare en el debate identifique a otra, por su propia iniciativa.

Con ello queremos signi-

ficar que las referencias a la figura de "muchacho", que efectuaron tanto el hermano como la madre de GG, eran directas hacia la persona que se encontraba en calidad de imputado en el presente proceso. Es por ello, que resulta por demás compartible la afirmación de la Sala cuando expresa: "*(...) es una obviedad señalar que quien estuvo sentado en el banquillo como acusado durante el juicio no fue un desconocido elegido al azar, sino, en concreto, un individuo al que sin ambages y desde el principio la víctima señaló como uno de los perpetradores*" (fs. 219 vto.).

En consecuencia, conjuntamente con la declaración de la víctima que sindicó al imputado como uno de los autores del hecho, se agrega las declaraciones testimoniales de su madre y hermano que vieron al imputado antes y durante el desarrollo del juicio oral y que indicaron al "muchacho" como el autor del hecho, conforme el relato de Mariana.

En consecuencia, GG logró identificar a uno de sus agresores, sin perjuicio que en principio desconocía el nombre del mismo, averiguó cómo se llamaba, ya lo conocía de vista del barrio, tenía claro que él la llamaba en distintas ocasiones cuando volvía del Liceo antes de ocurrir los hechos, luego del insuceso la continuaba viendo desde lejos. Todo ello se ve respaldado con lo expresado por la madre y hermano de

GG, lográndose en definitiva la certeza que el Sr. AA fue uno de los participantes en los hechos.

3.5.- Por su parte, la Defensa postuló como teoría del caso que en el barrio donde se desarrollaron los hechos, existía una persona de similares características físicas a las del Sr. AA y que por tanto existía un error en su identificación.

Respecto a la coartada planteada por la Defensa, no resultó probada a raíz de la prueba postulada por la misma. Obsérvese que la Defensa, propuso como prueba para acreditar su teoría del caso la declaración de cinco testigos con el fin de probar que existía en el lugar una persona de similares características físicas a las del imputado.

Todos los testigos fueron contestes en señalar que existía otro individuo de similares características, sin embargo, ninguno de ellos dio elemento alguno para su identificación. En ese sentido, al ser interrogados por la Defensa, todos aseveraron que efectivamente existía otra persona de similares características, pero sin brindar detalles al respecto. Es decir, establecer elementos identificatorios, tales como, nombre, apodo, domicilio, a que se dedicaba, que amistades tenía, que lugares frecuentaba, pero nada de ello paso. Únicamente, la declaración de Suárez que señaló que esa persona "indeterminada" vivía

“atrás de la placita”.

Llama poderosamente la atención que la Defensa en su recurso haya remarcado que le había presentado a la Fiscalía un escrito con nombre de pila, fecha de nacimiento y una foto de una red social para que se investigara su parecido con el imputado (ver fs. 240), no obstante lo cual, tales elementos no surgen incorporados a la causa y por tanto no pueden ser valorados a la hora de acreditar el planteo defensivo. Si bien, como se señaló supra, la estrategia procesal de cada una de las partes es libre, lo cierto es que la no incorporación de tales elementos a la causa, hacen consecuentemente que pierda valor convictivo la teoría del caso postulada por la Defensa. Ninguno de los testigos que la Defensa trajo al juicio hizo referencia concreta a nombre, apellido, red social o fotografía de esa supuesta persona de rasgos físicos similares a los del imputado.

En consonancia con la Sala consideramos que la Defensa no cumplió con acreditar en debida forma que existía otra persona con apariencia física similar a la del imputado y que habría sido la que cometió el delito.

Por otra parte, no tiene mayor incidencia lo expresado por la Defensa en que GG dijo que el Sr. AA era amigo de QQ, cuando en realidad

no era así. Tampoco tiene mayor trascendencia el hecho de que la víctima pensara que el insuceso ocurrió un fin de semana, cuando en realidad había sido un día miércoles, resulta lógico la confusión dado el tiempo transcurrido entre los hechos y su declaración. Otro extremo que expresó la Defensa, pero no resultó acreditado, fue que efectivamente Torres todos los días después de las 18 hs. concurría a la casa de Nélida González.

En lo que refiere a dónde vivía AA, la víctima señaló que era en un Lavadero. Si bien los testigos de la Defensa manifiestan que el imputado se aloja en otro lugar (en el domicilio de su tío FF), surge acreditado que en el lavadero vivía otro de sus tíos (RR) y el imputado lo frecuentaba, por lo cual, resulta entendible que se creyera que estuviera viviendo en dicho lugar.

Por otro lado, no le asiste razón a la recurrente en cuanto expresa que la Sala invirtió las cargas probatorias, de la lectura completa de la sentencia, especialmente a fs. 218 el Tribunal no pierde de vista y así deja asentado, que la carga de probar la identidad de quien cometió el ilícito, es de Fiscalía.

Asimismo, cabe destacar que, en gran parte de su escrito recursivo, la Defensa

recurre al fraccionamiento de la prueba a los efectos de quitarle convicción al razonamiento efectuado por la Sala. La Defensa en lugar de realizar un análisis del cúmulo probatorio, lleva a cabo un análisis individual y aislado del material probatorio. Tal como sostuvo nuestra jurisprudencia: *"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 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). Como hemos dicho mucho antes que ahora siguiendo las enseñanzas de Parra Quijano, "en un proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo salta a la vista, estudio que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado" (PARRA QUIJANO, J., "Manual de Derecho Probatorio", 1ª Ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1986, pág. 8). Como expresa Devis Echandía: "para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una 'masa de pruebas' según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir, 'el tejido probatorio que surge de la investigación' (...) con mucha razón dice Gorphe: 'todo

elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda. Por lo tanto, sólo debemos formar una conclusión luego de haberlos considerados todos y de haber pesado el valor de cada uno'" (DEVIS ECHANDÍA, H., "Teoría General de la prueba judicial", T. I, Ed. Víctor P. De Zavalía. Bs. As. 1972, págs. 305-306).

4.- En lo que refiere al principio de inocencia como estándar probatorio.

4.1.- Como destaca Cafferata Nores, el principio de presunción de inocencia refleja en sí mismo la matriz o el modelo de proceso penal de que se trate y se proyecta automáticamente sobre la dinámica de la prueba: mientras en el modelo inquisitivo para poder castigar la apariencia de culpabilidad se elabora la ficción de presumirla hasta tanto no se pruebe lo contrario, en el modelo acusatorio de proceso, el cual sólo tolera penar la culpabilidad acreditada en el juicio, se parte de la base de la inocencia y expresamente se la presume hasta tanto el Estado pruebe lo contrario (CAFFERATA NORES, José., "Cuestiones actuales sobre el Proceso Penal", Buenos Aires: Editores del Puerto, año 2000, pág. 6).

"En sede penal, el estándar de prueba que se exige es que se pruebe el hecho delictivo más allá de toda duda razonable. No está muy claro, sin embargo, cuando se esta en presencia de

una 'duda razonable' o cuando ésta no existe. A qué tampoco vale un cálculo estadístico. Se trata, más bien, de un criterio indeterminado 'que expresa un principio general que debe ser caracterizado en cada caso en particular'. Sin embargo, 'sigue siendo verdadero que la adopción del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena, debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde, en cada caso, a este nivel de certeza'" (TARUFFO, Michele, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", Boletín Mejicano de Derecho Comparado, Año 2005, pág. 52).

En un sistema acusatorio como el que rige en nuestro ordenamiento jurídico, el juez está obligado a seguir las hipótesis elaboradas por las partes sobre los hechos que generan el proceso, a respetar las prueba presentadas por ellas e incluso, a no plantearse aquellas cuestiones sobre las que existe un acuerdo entre los litigantes. En materia de carga de la prueba, el onus probandi de la inocencia no corresponde al encausado, sino que recae sobre el acusador la prueba de culpabilidad. El cúmulo probatorio allegado a la

causa debe poseer la suficiente aptitud para lograr el pleno convencimiento por parte del decisor de la existencia del hecho y de la intervención del imputado en él. Ahora bien, la Fiscalía tiene la carga en definitiva de destruir el estándar de la duda razonable, para ello es necesario que la hipótesis presentada, además de ser confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles, es decir que estas no se hallen en contradicción con aquella.

Cabe señalar que una cosa es la carga de la prueba y, otra, bien distinta, el *in dubio pro reo*, que, como afirma NIEVA FENOLL, no es en absoluto una regla de carga de la prueba. Simplemente se trata de un principio que obliga a absolver cuando no existe en el proceso una suficiente prueba de cargo, con independencia de las omisiones en que hayan podido incurrir cada una de las partes. Corresponde al acusador la búsqueda de la prueba incriminatoria, sin que ello impida al reo aportar todo aquello que crea conveniente en su defensa (NIEVA FENOLL, Jordi: *"La duda en el proceso penal"*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 42).

Naturalmente, la carga de probar la identidad de quien cometió el ilícito es, siempre y sin excepción, del Estado (Ministerio Público), quien debe acreditar en el juicio, más allá de toda duda razonable, que el acusado efectivamente fue el

perpetrador: *“la actividad probatoria suficiente para destruir la presunción de inocente, debe ser encaminada a fijar el hecho inculcado que constituye el delito y por la otra, la participación del acusado; así, para que la prueba pueda ser considerada de cargo, debe recaer sobre la existencia de los hechos delictivos y sobre la participación en ellos del acusado. Busca por lo tanto evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculcado, sin una consideración racional en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, concomitante a la obligación de determinar la responsabilidad del acusado mediante el suministro de pruebas de cargo aptas y suficientes; de esta forma se mantiene la posición de considerar que dicho derecho humano sujeta a todos los órganos del Estado, al destacar la función del órgano persecutor; y deducir que el acusado no debe probar su inocencia, sino quien acusa debe probar su culpabilidad. Cuando de la actividad probatoria llevada a cabo con las formalidades establecidas en la ley, con respeto las garantías que la Constitución prevé a favor del inculcado es suficiente, al deducirse la culpabilidad del procesado al valorar las mismas, la presunción de inocencia puede afirmarse que ha quedado destruida. Lo cual implica que toda condena debe ir precedida de una suficiente actividad probatoria por parte del acusador, sin que deba existir*

hipótesis normativas que obliguen al inculpado a probar su no participación en los hechos delictivos en estudio" (Miguel Ángel Aguilar López, "Presunción de Inocencia. Derecho humano en el derecho penal acusatorio", págs. 155-156).

Atento a los conceptos antes expuestos, y conforme lo expresado al momento de analizar los medios de prueba, entendemos que en el sub-examine, se obtuvo plena prueba conforme disponen los artículos 142 y 143 del CPP. No se configura el supuesto de falta o ausencia de certeza que pueda beneficiar al imputado, ya que del cúmulo probatorio resultó acreditada la responsabilidad del Sr. AA.

5.- Sobre el monto de la pena.

5.1.- Por último, el agravio relativo a la determinación de la pena tampoco resulta de recibo. La Corte ha reiteradamente sostenido que "*... la Corporación tiene jurisprudencia de larga data en torno a la discrecionalidad que posee el órgano de mérito a los efectos de la determinación del quantum punitivo. Así, se ha expresado reiteradamente que los agravios relativos a la cuantificación de la pena solo resultan atendibles en hipótesis donde la sanción aplicada se encuentra por fuera de los parámetros establecidos para el delito en cuestión (cfme. Sentencias Nos. 53/1990, 54/1992, 86/1992, 254/2015,*

636/2016 y 224/2020, entre otras).

Sin embargo, en la actualidad, esta tesitura requiere de alguna matización. En efecto, en forma reciente, la Corte señaló que no puede afirmarse que todo aquello que implique un juicio discrecional, invariablemente, no resulta revisable en casación. En ese sentido se expidió este Colegiado en Sentencia N° 260/2020 en relación a la facultad del juez de diferir la liquidación de la sentencia al procedimiento previsto en el art. 378 del C.G.P. En otras palabras, no todo lo que es resorte discrecional del juzgador queda fuera de la posibilidad de ser controlado en casación. En este caso, si la determinación de la pena por parte de la Sala hubiera sido arbitrario o vulneratorio del límite de la razonabilidad, podría ser censurado en casación, puesto que la discrecionalidad no es un 'cheque en blanco' para tomar cualquier decisión" (sentencia N° 65/2021).

Expresado esto y partiendo de esa premisa, resulta oportuno sostener, que el criterio adoptado por el Tribunal en el presente caso, a la hora de individualizar la pena, aparece adecuadamente fundado y su justificación es racional, por lo que no puede hablarse en la especie de un ejercicio irrazonable o absurdo por parte de la Sala de sus potestades discrecionales.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que se le tipificó un delito de abuso sexual, encontrándose la pena impuesta adecuada con el baremo regulado por el Legislador. A su vez, fueron valoradas por la Sala las atenuantes y agravantes aplicables al caso. En ese sentido, *"la aplicación de la pena requiere tener presente dos principios básicos: el de legalidad que exige que la pena por el delito esté determinada con certeza en la ley y los imperativos de justicia y utilidad social que propician una pena adaptable al delincuente en particular. La cuantificación que realiza el legislador al establecer el mínimo y máximo de la pena para cada figura penal se complementa con la individualización que formula el Juez actuando con el grado de precisión que requieren las circunstancias del caso concreto (...)"* (Cfm. sentencia N° 113/2019 TAP 3°).

En definitiva, conforme con los fundamentos expuestos, los suscritos Ministros entendemos que corresponde desestimar el recurso de casación impetrado por la Defensa del Sr. AA.

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

