

//tencia No.60

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, tres de abril de dos mil veinte

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: **"AA - ADOLESCENTE INFRACTOR - CASACIÓN"** e individualizados con el **IUE 439-104/2018**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación deducido contra la sentencia definitiva de segunda instancia SEF-0011-000097/2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia nro. 5, de 21 de noviembre de 2018, dictada por la Sra. Juez Letrada de Adolescentes de 2do. Turno, Aida Vera Barreto, se falló:

"Declarando a AA no responsable de la autoría de un ilícito gravísimo de homicidio muy especialmente agravado que le imputa la Fiscalía y en su mérito, ABSUELVO, declarando el cesa de su detención (...)" (fs. 93/99).

II) Por sentencia definitiva identificada como SEF-0011-000097/2019, de 18 de junio de 2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno, integrado por los Doctores Eduardo

Cavalli, Mirian Musi y Alicia Álvarez, redactada por la Dra. Musi, se falló:

"Revocando la sentencia de primera instancia y en su lugar disponer que el adolescente AA es autor responsable de una infracción gravísima a la ley penal, tipificada como delito de homicidio muy especialmente agravado, imponiéndole como medida socioeducativa privativa de libertad su internación en INISA por el plazo de tres (3) años (..)"
(fs. 121/127).

III) La defensa oficiosa del adolescente interpuso recurso de casación (fs. 138/143) y, en síntesis, expresó:

La sentencia impugnada infringió el art. 140 del C.G.P.

En cuanto a las declaraciones del testigo protegido, manifestó que al disponer ante la Policía dijo: *"yo no vi a nadie, solo por comentario de un vecino sé que fue por parte de un masculino vistiendo campera color roja y gorro"*. En el Juzgado, 2 días después, expresó exactamente lo contrario, por lo cual su declaración no puede ser considerada.

En cuanto a las declaraciones de la novia del fallecido, BB, el Tribunal incurre en una "petición de principio", ya que da por

sentado lo que tiene que demostrar: que el asesino era AA.

En el reconocimiento la testigo demostró claras dudas entre AA y otro sujeto. Pero al oír el nombre del indagado, manifestó estar confundida, ya que expresó saber previamente el nombre del supuesto autor del homicidio (dijo concretamente: "*me habían dicho la persona que era*"). Finalmente, reconoció al adolescente AA como autor.

En cuanto al informe del laboratorio químico, cabe señalar que no fue ofrecido como prueba en la acusación fiscal, tal como dispone el art. 127 lit. e del C.P.P.

Recién fue presentado en la audiencia de juicio oral y no era conocido por la defensa, violando así lo dispuesto en el art. 268.4 del C.P.P., lo que impidió interrogar a los peritos que lo realizaron.

Sobre el mérito de la prueba, resulta inexplicable, a criterio de la defensa, que en la pericia presentada por el Sr. Fiscal se encontraran cationes de dos sustancias (bario y antimonio) en ambas manos de AA por un disparo supuestamente efectuado por él más de 35 horas antes. Tal plazo excede seis veces la "ventana horaria" que permite la práctica eficaz de la prueba.

La ciencia y la lógica sugieren que no debería haberse encontrado rastro alguno de esas sustancias en las manos de AA, dado el extenso lapso transcurrido desde que se efectuó el disparo que se le atribuye.

Por otra parte, tal como surge del informe psicológico de fs. 15, AA impresiona una edad cronológica inferior a la que figura en su fecha de nacimiento, revelando grandes dificultades en su funcionamiento intelectual. Sus olvidos e inconsistencias, ratificados por la Psicóloga (fs. 16), son consecuencia de su retraso intelectual.

Los únicos testigos confiables (la sobrina del dueño del almacén y el hijo del almacenero), no mencionan la cicatriz de AA en el cuello proveniente de una rapiña de la cual fue víctima 7 meses antes del homicidio de autos. Y a AA no lo veían por el barrio hacía unos 3 años aproximadamente.

Quienes describen al asesino, lo hacen como una persona parecida al "AA", que conocieron de niño, unos 40 cm más bajo y con un jopo rubio, siendo que AA no tiene jopo ni claritos rubios.

IV) Conferido traslado del recurso fue evacuado por el Fiscal Letrado de Adolescentes de 2º Turno y por el Sr. Fiscal de Corte quienes, por los fundamentos que expusieron, solicitaron

su rechazo (fs. 150/153 y 173/177, respectivamente).

V) Recibidos los autos por la Corte (fs. 160), por decreto nro. 1998/2019, de 3 de octubre de 2019, se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fojas 171 vto.).

VI) Concluido el estudio, se acordó el dictado de la presente sentencia para el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus integrantes naturales, anulará la recurrida y absolverá al adolescente de responsabilidad, en mérito a los siguientes fundamentos.

II) Sobre el extemporáneo ofrecimiento de prueba por la defensa.

Conjuntamente con su recurso de casación, la defensa del adolescente pretende incorporar un documento (contenido en un soporte digital, CD).

El ofrecimiento de esa prueba resulta extemporáneo.

La casación es un recurso en el cual se revisa la aplicación del derecho y, por tanto, no resulta posible diligenciar prueba en su tracto (cf. sentencia de la Suprema Corte de Justicia nro. 666/2018, entre otras).

III) El régimen de la casación en materia de adolescentes infractores.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 75 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el proceso en que se investigue la responsabilidad de un adolescente se ajustará a lo establecido por ese Código y, en forma subsidiaria, por lo dispuesto en el Código del Proceso Penal, ley nro. 19.293. Por lo cual, resultan de aplicación al caso las pautas interpretativas elaboradas para el recurso de casación en materia penal.

IV) En cuanto al régimen legal de la errónea valoración de la prueba como causal de casación en el nuevo Código del Proceso Penal, ley 19.293.

El contenido del recurso de casación deducido versa sobre la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Apelaciones interviniente. Por tanto, corresponde reiterar los argumentos desarrollados en la sentencia 39/2020 en la cual se expusieron las posturas de los distintos integrantes de la Corporación y que son trasladables al caso.

1) En cuanto a la errónea valoración de la prueba como causal de casación en el CPP, ley 19.293.

En el C.P.P. vigente a partir de 2017, ley 19.293, 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 de esa norma, la Corte considera que el alcance del régimen de valoración de la prueba como causal de casación que rige las causas tramitadas bajo el C.P.P., es el mismo que rige para las causas civiles. En el mismo sentido se expidió un reciente estudio sobre el punto (Laura Doninalli y Claudia Flores: "*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 N° 19.293-*", Tomo 2, FCU, año 2019, págs. 71 y sgtes.).

2) La exigencia de valoración absurda o arbitraria para que proceda el recurso de casación.

A) Los Ministros Doctores Eduardo Turell, Bernadette Minvielle y la redactora, respecto de la casación fundada en errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, adhieren a la posición que entiende que dicha

causal se reduce a los supuestos en los cuales se violen las tasas legales en hipótesis 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 grosera e infundada de la valoración realizada (criterio sostenido por la mayoría de la Corporación en sentencias 408/2000, 52/2010, 4248/20, 594/2013, 640/2017, entre otras).

En este punto corresponde destacar que las reglas de la sana crítica son reglas legales de valoración de la prueba, según el claro tenor literal del artículo 270 Código General del Proceso. Por lo tanto, en cuanto normas de Derecho, no están excluidas del control casatorio.

Sucede que, la sana crítica, por su contenido conceptual, imbuido de las reglas de la razón y de la lógica, se viola o desconoce en hipótesis de absurdo o arbitrariedad y no por la mera discordancia en la valoración o juicio de hecho.

B) A criterio del Doctor Tabaré Sosa, la valoración probatoria realizada por parte del Tribunal de alzada no resulta excluida del control casatorio.

Señala Hitters (citando a Bolaños) que: "*...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 profundas 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 si 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" (Hitters, Juan Caros, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2da ed., Ed. LEP, La Plata, 1998, ps. 459-460).

A juicio del Doctor Tabaré Sosa, 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 Caros, Ob. Cit. pág. 460).

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

Una transgresión a las pautas legales de valoración probatoria previstas por el artículo 140 del Código General del Proceso constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en los artículos 270 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, Rev. Col. Abog. Urug. No. 137, págs. 6 y ss.).

Realizada la precisión que antecede, el Dr. Sosa Aguirre considera, al igual que los demás integrantes de la Corporación, que la Sala infringió las reglas relativas a la valoración de la prueba (artículos. 140 y 141 del C.G.P.), tal como se lo pone de manifiesto en el considerando IV de esta decisión.

3) El Doctor Luis Tosi, en cambio, estima que el asunto debe ser resuelto en aplicación del régimen especial en supuestos de condenas

dictadas por primera vez en segunda instancia. Derecho fundamental a la doble conformidad judicial.

El Doctor Luis Tosi comparte lo señalado precedentemente, en cuanto a cuál es el régimen aplicable en general a la errónea valoración de la prueba como casual de casación en el ámbito del C.P.P. vigente a partir del año 2017.

Sin embargo, considera que tal régimen no es aplicable a casos como el aquí planteado, en los cuales una persona es condenada por primera vez en un proceso penal (o equiparable como lo es el de adolescentes que infringen la ley penal) en segunda instancia, en los cuales rige el régimen especial que dirá.

En efecto, en estos casos, el encausado se encuentra en una particular situación jurídica -la de ser titular del derecho a la doble conformidad judicial- que, en ausencia de reglamentación legal de ese derecho fundamental, impone a la Corte interpretar y aplicar las normas y criterios jurisprudenciales sobre el recurso de casación, de forma de asegurar su respeto. Considera que la jerarquía normativa de este derecho hace insoslayable su invocación y aplicación en el caso.

De este modo, el Sr. Ministro Tosi sigue el criterio que respecto a esta

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

La cuestión planteada presenta cierta novedad en nuestro Derecho, razón por la cual el Ministro Tosi estima que se impone realizar las consideraciones que se formulan seguidamente.

3.a) En cuanto al derecho a la doble conformidad judicial.

El derecho a la doble conformidad judicial es un derecho fundamental consagrado expresamente en instrumentos normativos de la mayor jerarquía (concretamente, en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 literal "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); se trata de una categoría jurídica reconocida y aplicada tanto en el sistema interamericano de derechos humanos como en el sistema de derechos humanos de fuente internacional (cf. Taró de la Hanty, Pablo, *"El derecho fundamental a la doble conformidad judicial en materia penal en el Uruguay. Notas sobre su noción, procedencia y aplicación"*,

Judicatura, T. 67, Cade, Montevideo, noviembre de 2019, págs. 115-143).

Estamos ante un derecho humano de fuente constitucional y convencional, vigente en nuestro país, del cual es titular toda persona sometida a un proceso penal en calidad de imputada; su contenido esencial consiste en la facultad de su titular de impugnar (íntegramente) la primera condena dictada en su contra. De este modo, se garantiza que para poder imponerse a una persona una condena penal deba mediar la conformidad sucesiva de dos tribunales distintos (cf. ob. cit., pág.116).

Se lo ha identificado con el derecho a la doble instancia, categoría jurídica con la que tiene algunos puntos de contacto, pero con la cual no puede asimilarse, por tratarse de categorías jurídicas distintas (cf. ob. cit., pág. 116).

Recapitulando entonces, se señala en el estudio citado, en términos que el Doctor Tosi comparte, que *"estamos ante un derecho que: (i) tiene el más alto rango normativo, al tratarse de un derecho humano consagrado expresamente en disposiciones internacionales que Uruguay aprobó sin reservas al respecto (artículo 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en adelante PIDCP] y el artículo 8.2 literal 'h' de la Convención Americana*

sobre Derechos Humanos [en adelante CADH]), lo cual permite caracterizarlo también como una norma de rango constitucional; (ii) tiene un contenido jurídico claramente perfilado, tanto en el sistema internacional de derechos humanos como en el interamericano, así como en países como Argentina y Colombia, que lo reconocen y aplican con base en el mismo marco normativo que rige en nuestro país; y, (iii) carece de reglamentación legal explícita" (ídem anterior).

El contenido esencial de este derecho consiste en poder impugnar la primera sentencia de condena en materia penal sin limitación alguna en cuanto a las causales de impugnación, deben poder revisarse todos los aspectos del fallo (normativos, fácticos y probatorios).

Así lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos (Observación General N° 32, párrafo 48), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cf., por ejemplo: *Caso Mohamed vs. Argentina*, sentencia de 23 de noviembre de 2012, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 92), la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-792/14, del 29 de octubre de 2014, párrafos 5.3 y 5.4) y la Suprema Corte de la Nación argentina (sentencia del 20 de setiembre de 2005, causa "Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa", considerando 21).

A criterio del Dr. Tosi, este contenido esencial del derecho a la doble conformidad judicial es incompatible con la regla general de la casación civil, aplicable en el ámbito del novel proceso penal como se señaló, según la cual la causal de la errónea valoración de la prueba está condicionada a que se denuncie y verifique un error grosero en la valoración, un absurdo o arbitrariedad manifiestos.

Esa incompatibilidad entre el derecho a la doble conformidad judicial y el régimen de la casación penal, en lo que a la aplicación de la llamada "teoría del absurdo evidente" refiere, impone a la Corte -siempre a juicio del Dr. Tosi- la imposibilidad de aplicar en este tipo de casación penal, en el que se impugna una primera condena dispuesta en segunda instancia, la regla general reseñada en el considerando 2.A de esta sentencia.

Y ello es perfectamente ajustado a lo establecido en la norma de remisión contenida en el artículo 369 del C.P.P., ley 19.293, toda vez que impone acudir a la regulación civil del C.G.P. "en lo pertinente"; esto es, en lo que sea compatible con las particularidades del proceso penal. Y dentro de esas particularidades, se encuentra el derecho a la doble conformidad judicial, derecho subjetivo

perfecto constitucional y convencional propio del derecho procesal penal.

En efecto, como se desprende de la descripción que de esta particular situación jurídica está realizando el Ministro Tosi, surge claro que se trata de un derecho que rige, únicamente, en el ámbito del proceso penal.

En este sentido, señala Taró de la Hanty al respecto:

"(...) parece claro que el ámbito natural de aplicación del derecho a la doble conformidad judicial es el del proceso penal.

Ello se desprende sin esfuerzo del tenor de las disposiciones recién transcritas, que reconocen el derecho a toda persona 'inculpada' o 'declarada culpable' de un delito. Y así se lo ha entendido en el ámbito del Comité de Derechos Humanos de la ONU y en el de los países en los que este derecho ha sido reconocido y aplicado que hemos analizado.

El Comité de Derechos Humanos expresó en su Observación General N° 32, adoptada en julio de 2007 que el derecho previsto en el artículo 14 numeral 5 'no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil ni a ningún otro

procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional' (párrafo N° 46).

También en la Argentina parecería que se reconoce como ámbito de aplicación de este derecho, únicamente, al fuero penal, tal como surge de las obras relativas a ese país consultadas (Maier, Fedel, Olavarría, Tiezzi, Bichara y la jurisprudencia por ellos citada). Lo mismo podemos señalar respecto de Colombia (cf. sentencia C-792/2014 de la Corte Constitucional y la obra citada de Torrado Verjel)", (ob. cit., pág. 124).

3.b) En cuanto a cómo incide el derecho a la doble conformidad judicial en el trámite de un recurso de casación.

De este modo, a juicio del Dr. Tosi, resulta por demás claro que la norma de remisión contenida en el artículo 369 del C.P.P., en supuestos en los que el encausado es titular del derecho a la doble conformidad judicial, situación de todo imputado en un proceso penal que es condenado por primera vez en segunda instancia, no comprende la aplicación al proceso penal de la restricción procesal que condiciona la procedencia del error en la valoración de la prueba como causal de casación a los supuestos de absurdo o arbitrariedad manifiesta.

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

Esta posición, señala el Ministro Tosi, asegura el respeto a un derecho fundamental de los encausados en materia penal que no ha recibido tutela hasta la fecha en nuestro país, al mismo tiempo que coloca a la jurisprudencia de la Corte en línea con los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Colombia o la Corte Suprema de Justicia argentina.

4) Los Ministros Eduardo Turell, Bernadette Minvielle, Tabaré Sosa y la redactora estiman innecesario pronunciarse sobre la procedencia del derecho fundamental a la doble conformidad judicial.

En el caso, se alegó y verificó un supuesto de valoración probatoria absurda, razón suficiente para fundar la decisión a la que se arriba, así como determina la innecesariedad de emitir pronunciamiento sobre el punto.

V) En cuanto a la errónea valoración de la prueba.

1) A juicio de los Sres. Ministros, Dres. Eduardo Turell, Bernadette Minvielle, Tabaré Sosa y la redactora, el razonamiento probatorio de la Sala debe ser calificado como absurdo o manifiestamente arbitrario desde que se basa en elementos endebles para justificar la atribución de responsabilidad al adolescente AA.

El Sr. Ministro Dr. Tosi, por su parte, considera que el razonamiento probatorio de la Sala no fue ajustado a derecho y podría caberle el calificativo de absurdo o arbitrario, aunque no estime necesario tal grado de irregularidad para que la casación resulte procedente, tal como se expuso *supra*.

2) Reseña de la prueba considerada por el Tribunal para atribuir responsabilidad al adolescente.

- **Declaración de un testigo protegido:**

En lo relevante, declaró:
"yo al muchacho lo veo desde una ventana lateral, lo veo encapuchado, con actitud sospechosa". Surge, asimismo, que no le vio el pelo el día del homicidio y que lo conocía del barrio. "Después lo dejó de ver hasta que paso lo que paso. La última vez que lo vi

tenía mechitas amarillas (...) La estatura 1 metro 60 (...) Con una cicatriz en el pescuezo".

A posteriori, a través de una galería fotográfica, reconoce al formalizado de autos entre 9 fotos.

- Reconocimiento efectuado por la novia del fallecido (BB):

La testigo indicó al tiempo de realizar el reconocimiento: *"estoy en duda si es el dos o el cuatro", "estoy más segura que es el dos", "tenía un gorro y de campera roja", "el tres no es porque es más gordito, aquel es más morocho [se refiere al 5] y este tampoco [refiriéndose al 1], estoy más segura que es el dos".*

Acto seguido cada uno de los sujetos de la rueda de reconocimiento dice su nombre, la víctima menciona: *"ahora estoy confundida", "a mí ya me habían dicho la persona que era" y se pone a llorar. También dice: "yo solo voy a descartar al primero, tercero y al quinto", "me dijeron el nombre y el apellido [refiriéndose a los vecinos del barrio], es el cuatro, AA, se ve que no tenés sentimientos [refiriéndose al defensor de oficio]. Una vez que los ponen a todos de frente... [llora], reconoce al cuatro... no sé cómo explicarlo [llora], es ese [refiriéndose al cuatro]".*

- Declaración del testigo

CC:

Expresó: *"él estaba de campera roja, un gorro, lo vi de espalda, lo corrí una cuadra y no lo vi más, no lo vi frente a frente. Era bajito. Era mucho más bajo que vos [se refiere al defensor de oficio]", concluye que mide aproximadamente 1,40 metros. En el minuto 3:13 sostiene: "nosotros sacando conclusión con mi hermano y eso. Mi hermano me dijo por lo que vos me estás diciendo es el AA... no sé quién es el AA... mi hermano no vio nada".*

- Declaración de la

testigo DD:

Dijo la testigo: *"era un muchachito bajito, se le veía pelo rubio a través de la gorra, campera roja, gorrita negra, (...) no sé quién es esa persona (...) el muchachito parecía uno de los muchachos que paraba hace un tiempo atrás en el barrio (...) el AA".*

- Residuos de Pólvora en

las manos del adolescente:

El Tribunal concluye que la propia defensa a fojas 109 reconoce la existencia de restos de pólvora en las manos del adolescente, según informe de fojas 22/23.

- Declaración del

adolescente presunto infractor:

Obra en los audios la declaración del adolescente en el juicio oral acompañado de su hermana.

3) Análisis de los medios de prueba producidos en autos.

A) **Ineficacia de la declaración del testigo protegido.**

En carácter de aclaración preliminar, corresponde decir que llama poderosamente la atención que no luzcan en autos los motivos por los cuales la Sede entendió que debía tener tal rótulo.

Sin perjuicio de lo anterior, a fojas 70 luce declaración del mismo testigo en Sede policial (18 de julio de 2018, hora 11:51) en la cual al preguntársele si llegó a avistar a los autores, contestó: *"no, yo no vi a nadie solo por comentario de un vecino sé que fue por parte de un masculino vistiendo campera color roja y gorro"*.

En el caso, el representante del Ministerio Público no hace el menor esfuerzo para justificar el cambio en la declaración del testigo.

Es sabido que un testigo puede dar razones válidas para salvar su contradicción entre lo que declaró en Sede policial y lo que declaró

ante el Tribunal, pero, en el caso, tal justificación solo puede ser imaginada, ya que el acusador público no hizo ningún esfuerzo por descubrirla.

B) Ineficacia de la diligencia de reconocimiento de la novia del fallecido.

En la diligencia de reconocimiento se perciben dos grandes momentos.

En la etapa previa a que cada uno de los sujetos de la ronda de reconocimientos dijera su nombre, la testigo afirmó que era el sujeto identificado con el número dos [el adolescente de autos tenía el número cuatro].

Una vez que cada uno de los individuos que integraban la rueda de reconocimiento dice su nombre en voz alta, la testigo direcciona su reconocimiento al número cuatro.

Asimismo, la joven declara que en el barrio le dijeron el nombre de quien había sido el presunto autor.

En definitiva, el reconocimiento efectuado carece de todo valor probatorio, dado que al decir sus nombres la joven identificó a la persona por los dichos de los vecinos del barrio.

C) Las declaraciones testimoniales no conducen a identificar a AA como autor

del homicidio.

De la declaración del testigo CC se desprende que nunca le vio la cara al presunto autor [a pesar de que lo persiguió por la cuadra del comercio]. Asimismo, al preguntársele por la estatura, lo describe como mucho más bajo que el defensor, 1.40 metros aproximadamente (sobre el punto recordemos que el adolescente mide 1,75 metros [foja 79], cinco centímetros menos que el defensor).

La testigo DD lo describe como bajito y con pelo rubio (extremo que no condice en forma alguna con las fotos de autos).

D) El informe de laboratorio químico identificado como 535-18-j-c (fojas 50-53) debe ser calificado de inadmisibles.

La Fiscalía incurrió en una grave irregularidad en la forma de agregación del medio de prueba, la cual pretende subsanar mediante una argumentación que no puede ser atendida.

Tanto el Fiscal Letrado actuante como el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación pretenden decir que la incorporación de dicho informe pericial se solicitó en la acusación como "Pericia balística".

Esa lectura no se condice con lo que surge de autos.

Ambas pericias son pruebas diversas.

La pericia balística obra agregada a fojas 46-49 bajo el nombre de "Informe de balística forense", nro. 2907/2018 y fue realizada por el perito criminalista Yubert Campos el 19 de julio de 2019.

La pericia química se practicó sobre residuos en las manos del adolescente imputado, obra agregada a fojas 50-53 bajo la denominación de "informe de laboratorio químico nro. 535-18-j-c", luce fecha 2 de agosto de 2018 y fue realizada por los peritos Jesús Castro Valdez y Ángel Vignioli.

No caben dudas de que se trata de dos pruebas diferentes.

En el auto de apertura a juicio se estableció: *"Prueba pericial: Carpeta de relevamiento fotográfico del protocolo de autopsia que se incorporará con la declaración del Cabo Víctor Juvencio González Pérez, quien será citado a través de la Dirección Nacional de Policía Científica; Carpeta de informe de balística forense no. 2907/18 que se incorporará con la declaración del Sgto. Yuber Iván Campos Flores, quien será citado a través de la Dirección Nacional de Policía Científica; Autopsia del*

Depto. de Medicina Forense ITF, efectuada a la víctima EE, que se incorporará con la declaración de la médico forense Jacqueline Cano".

No existe ninguna referencia a la pericia química, ni a la declaración de los peritos Jesús Castro Valdez y Ángel Vignioli.

Es probable que la Fiscalía haya omitido culpablemente señalar este medio de prueba en su acto de acusación.

Ante tal omisión se pretendió hacer "aparecer" el informe químico en la audiencia de juicio (una vez precluida la oportunidad de ofrecer pruebas). En el minuto 01:50, pista 1, denominada "Fiscalía pruebas" del registro de audio por sistema AUDIRE se hace referencia como "Prueba B - informes de balística y de laboratorio químico" y se pide declaración de peritos por el art. 268.3 C.P.P.

Según expresa el Fiscal en la audiencia, en la pista de audio nro. 2, denominada: "Acuerdos probatorios", "como prueba pericial, el relevamiento fotográfico que se incorporó con la letra A, poder relevar, si la defensa estuviera de acuerdo, la declaración del cabo Víctor Juvencio Rodríguez Pérez y del respectivo técnico que firma el laboratorio químico-biológico, incorporado en la carpeta de balística forense que se identifica con la letra B (...)

Yuber Iván Campos Flores y los funcionarios que firman las resultancias del laboratorio biológico...”.

Esta es la primera vez que la Fiscalía hace referencia al medio probatorio. Asimismo, pretende relevar de su comparecencia a los peritos que no fueron admitidos como medio probatorio en el juicio.

Resulta un tanto burda la postura de la Fiscalía en cuanto pretende subsumir el informe del laboratorio químico en la prueba balística. De igual modo, se impone evaluarla como contraria al principio de probidad (art. 12 C.P.P.), lo cual milita, de igual modo, en contra de su postura.

El supuesto “acuerdo probatorio” no puede tener efecto de convalidar una prueba inadmisibles por razón de forma, ya que fue celebrado fuera de la oportunidad prevista para ello. La posibilidad de arribar a acuerdos probatorios está prevista para la audiencia de control de acusación y, en la medida que en ellos se tienen por admitidos ciertos hechos, su resultado queda consignado en el auto de apertura a juicio (art. 268.3 y 269.1 literal d del C.P.P.).

Los acuerdos probatorios efectuados entre Fiscalía y Defensa deben necesariamente versar sobre hechos y no sobre los medios de prueba, tal

como ocurrió en autos.

Sostiene Viviana Galletto al respecto: *"Aquí debe necesariamente diferenciarse entre hechos y fuentes probatorias. Si bien el giro de los términos "convenciones probatorias" no parece ser el más adecuado en virtud de aquello a lo que se refiere, lo cierto es que, de acuerdo con los principios que rigen el proceso acusatorio, el sentido únicamente puede referirse a acuerdos sobre hechos - no principales, agregamos nosotros - que quedarán excluidos de la controversia y por lo tanto, del objeto de la prueba. En este sentido, podrá acordarse en principio, respecto a circunstancias de tiempo y espacio (por ejemplo, el día 3 de febrero del año 2017, a las 18:00 horas) o lugar (en calle 18 de Julio número 1364), entre otros, pero no a las fuentes probatorias mediante los cuales se quiere hacer ingresar estos hechos, como sería el caso si las partes pudieran acordar que determinado hecho se probara con la declaración de cual o tal testigo".* Galletto, V. "Etapa de preparación del juicio oral en el Código del proceso penal uruguayo desde una perspectiva acusatoria", Revista Judicatura Número 66, año, 2019, Pág. 65-88).

No puede dejar de destacarse la relevancia del ofrecimiento de la prueba en la etapa previa a la audiencia de juicio y su

relación con las posibilidades de control por parte de la defensa.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 268.4 del C.P.P.: *"No podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la defensa no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por la defensa"*.

En referencia a la norma, expresa Ignacio Soba que: *"Ambas (el efectivo acceso y la real posibilidad de control por parte de la defensa) pasan a configurar, así, un requisito de admisibilidad de la prueba en el proceso penal al que habrá de considerar especialmente. A tales efectos el juez puede y debe asumir un importante rol de control, y además, de oficio para garantizar el control de la defensa"* (Soba, Ignacio, *"La audiencia de control de acusación: relevancia de su múltiple contenido y problemas de su sustanciación"*, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, setiembre de 2019, FCU, p. 261).

En cuanto a la relevancia del control de la prueba por parte de la defensa, expresa el Prof. Luis Simón en comentario al art. 268 del C.P.P.: *"Ya se anuncia así la programación del debate en juicio, lo cual se corrobora por el ordinal 4, al vedar la admisión de prueba a la cual no haya*

tenido acceso la Defensa y exigir que tenga posibilidad de control" (Simón, Luis, "La etapa de conocimiento del proceso penal ordinario", Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 2, obra coordinada por el Prof. Alejandro Abal, FCU, 1ra. ed., febrero, 2019, p. 258).

Precisamente, es la audiencia de control de acusación dónde las partes debaten sobre las reales posibilidades de control sobre la prueba, lo cual se verá reflejado en la orden o no de diligenciamiento a disponerse en el auto de apertura a juicio.

No surge de autos que la defensa haya tenido acceso a la pericia cuestionada para su debido control y la Fiscalía no hace el menor esfuerzo por señalar lo contrario.

En sus alegaciones en la audiencia de juicio, la Fiscalía no se funda en la referida prueba. Por tanto, la defensa tampoco debate sobre el punto.

En el juicio oral desarrollado, en su extenso alegato de clausura (29 minutos, 9 segundos) y luego de analizar cuestiones de valoración de prueba, a partir del minuto 8:50, la Fiscalía analiza la prueba de cargo y sostiene tener: *"un reconocimiento y más o menos la mitad de otro*

extraído en condiciones que la defensa ha advertido que ha sido conducido (...)" En efecto, de la Fiscalía no hizo ninguna referencia al informe del laboratorio químico, bastando escuchar los audios del juicio y, en especial, de los alegatos de clausura efectuados.

Por último, llama poderosamente la atención que el ad quem se refiera a *"carpeta de relevamiento fotográfico del protocolo de autopsia, incorporada por declaración de Víctor Juvencio Rodríguez Pérez, carpeta de balística incorporada por declaración del Sargento Yuber Iván Campo y autopsia que se incorpora por la declaración de la Dra. Jacqueline Cano"*, cuando de los propios audios surge que tales personas no declararon en virtud del acuerdo probatorio llevado a cabo por la defensa y la fiscalía, el cual fuere admitido por la Juez actuante.

F) De la declaración del adolescente no surge acreditado elemento incriminatorio alguno.

No puede concluirse que haya existido ninguna prueba de cargo, así como tampoco de descargo.

En efecto, son meras manifestaciones relativas a que ese día se levantó luego del mediodía (una y media de la tarde) y el homicidio fue, en definitiva, en horas de la mañana. En tal

sentido, no existe prueba que acredite que el adolescente se encontró durmiendo toda la mañana.

Sin perjuicio de lo anterior, rige sobre éste el principio de inocencia (artículo 74 literal E del CNA) y en definitiva quien tiene la carga de probar la participación en los hechos es la propia Fiscalía.

4) La valoración probatoria realizada por el Tribunal debe ser calificada como absurda o arbitraria.

En conclusión, no surge plena prueba que permita concluir la participación del adolescente AA en los hechos de autos. Por tanto, de conformidad al artículo 142.2 del C.P.P., no existe certeza procesal y corresponde la absolución.

Como enseña Tommasino [citado por el TAP 1° en sentencia 323/2019]:

"Es exacto que el proceso se propone la plena prueba de la comisión de un delito y de la participación culpable de una determinada persona; pero también lo es que paralelamente se trata de llegar a la conclusión de la imposibilidad de obtener esta certidumbre indispensable, como plataforma obligada de un fallo absolutorio.

Fundamentalmente se trata de investigar la verdad y sancionar al culpable. Pero

no de condenar a cualquier costo, porque comunitariamente, filosóficamente, sigue siendo cierto que por sobre toda otra consideración, debe evitarse hasta donde humanamente ello resulte posible, la condena de un inocente.

Como dice el antiguo proverbio, tan simple como veraz: más vale absolver a cien culpables, que condenar a un único inocente.

Con esta orientación se cumplen los requerimientos del debido proceso que autoriza a absolver por insuficiencia probatoria, y simultáneamente obliga a condenar con suficiente certeza -esto es, plena prueba -, lograda a cabo de un juicio tramitado en condiciones de regularidad instrumental" (Tommasino A. "Principios, Derechos y Garantías en el Proceso", pág. 60).

5) Deficiencias de la labor de la Fiscalía en su actuación en calidad de parte.

No es posible pasar por alto las deficiencias de la Fiscalía en cuanto al procedimiento probatorio, en especial en cuanto a las omisiones en su ofrecimiento y sus burdos intentos de subsanarlo.

Tales deficiencias fueron las que, en definitiva, sellaron negativamente la suerte

de la pretensión ejercida.

VI) Corresponde distribuir las costas de oficio.

Por lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia, por la unanimidad,

FALLA:

ANÚLASE LA RECURRIDA Y, EN SU LUGAR, ABSUÉLVESE AL ADOLESCENTE DE RESPONSABILIDAD.

HONORARIOS FICTOS 20 B.P.C.

PUBLÍQUESE, Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

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

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

**DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

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

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA