

Montevideo, 10 de abril de 2013.

Ministro redactor: DR. JONNY B. SILBERMANN.

SENTENCIA No.61

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de 2ª Instancia estos autos caratulados: "M. A., J. S. - INCENDIO ESPECIALMENTE AGRAVADO POR EL RESULTADO MUERTE DE DOS PERSONAS", Ficha: 354-07/2012;

RESULTANDO:

I) Que por Sentencia Definitiva Nº 74 del 28.5.2012 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Salto de 2º Turno, Dra. Ivón Olivera Kamaid, a cuya relación de antecedentes la Sala se remite, en lo dispositivo falló:

"Declarando a J. S. M. A. como adolescente responsable en calidad de autor de una infracción gravísima a la ley penal prevista como un delito de INCENDIO ESPECIALMENTE AGRAVADO POR EL RESULTADO MUERTE DE DOS PERSONAS, imponiéndose como medida socio educativa privativa de la libertad su internación con medidas de seguridad en dependencias del INAU Montevideo por el plazo de 3 años con descuento de la cautela cumplida, sin perjuicio de su modificación, sustitución o cese. ...".

II) Que la Defensa del adolescente interpuso recurso de apelación agraviándose en lo sustancial pues: del confuso episodio de autos no surge prueba suficiente para entender que su defendido incurrió en el delito por el que se lo condena, basándose en declaraciones contradictorias y poco convincentes referenciando actuaciones del proceso respecto de los mismos.

Por otra parte, la medida socio educativa impuesta es excesiva y desproporcionada (fs. 229 a 231 vto.).

III) Sustanciado el recurso, el Ministerio Público evacuó el traslado conferido rechazando los agravios y abogó por el mantenimiento de la impugnada según desarrollos que expresó en escrito de fs. 233 a 234 vto.

IV) La a-quo franqueó la alzada para ante este Tribunal (fs. 235); recibidos, se dispuso el pasaje de la causa a estudio simultáneo (fs. 239); mediando discordia se convocó a audiencia de sorteo de integración recayendo la suerte en la Dra. Ministro homologa de Primer Turno Dra. María del Carmen Díaz Sierra a quien se le pasaron los autos a estudio (fs.240, 242); manteniéndose la discordia se señaló nuevo sorteo de integración resultando favorecida la Sra. Ministro Dra. Lilián Bendahan (fs.243, 245), se dispuso medida complementaria de oficio y efectivizado con noticia personal de las partes, el Tribunal integrado acordó dictar la presente (fs. 246 a 253).

CONSIDERANDO:

I) El Tribunal integrado y por mayoría legal habrá de revocar la apelada absolviendo al enjuiciado y por lo subsiguiente.

Por de pronto, porque estima que los medios de convicción allegados en la causa no conforman la plena prueba para sustentar la medida socioeducativa impuesta.

II) Ya en ocasión de pronunciarse éste Tribunal por decisión unánime de sus miembros naturales, respecto a la sentencia interlocutoria recurrida que dispuso el inicio del proceso infraccional, advertía (no obstante confirmar la provisoria imputación) la manifiesta necesidad de diligencias probatorias complementarias, cuya relevancia resultaba indispensable para adquirir con grado de certeza, la convicción de ser el adolescente sujeto activo en los hechos de autos (v. Considerando II de la Sentencia Nº 131 del 1.8.2012). Distinguiéndose naturalmente entre la prueba que basta (prima facie) para una provisoria incriminación (elementos de convicción suficientes sobre la existencia del delito y la participación del indagado que se resume en un juicio de probabilidad) y la certidumbre, en ambos casos razonada y consistente, para sostener de futuro una sentencia definitiva de condena (léase medidas socioeducativas), como pacíficamente doctrina y jurisprudencia lo han dejado plasmado axiomáticamente (v. en lo trasladable cs. 321, 322, 323, 325 Revista de Derecho Penal Nº 12; cs. 179,180 Nº 14; 432, cs. 433 Nº 16).

III) En ese orden de ideas, conviene recordar que en el proceso el indagado sigue gozando del estado de inocencia inherente a su condición de ser humano; que no le cabe probar su inculpabilidad, correspondiéndole al Ministerio Público como titular de la pretensión, la carga exclusiva de demostrar inequívocamente la responsabilidad de quien se indica como autor de la infracción gravísima previsto por la ley penal como delito. (arg. Arts. 7, 12, 15, 16, 22, 72, 332 Const.; 2, 4, 6, 9, 70, 71, 74, 76 nums. 3, 8, 12 inc. 4 C.N.A.; v. cs. 879, 881 R.U.D.P. Nº 1/2011.). Derivado de lo anterior, que en ausencia de plena prueba de la culpabilidad del agente constituye deber del Estado proclamar su absolución; y se incluye en ello toda hipótesis que permita realzar los principios rectores antes referenciados, así como el de "in dubio pro reo" y el favorecimiento de dicha posición por déficit instructorio.

IV) Tal es la tesitura que el Tribunal ha puesto énfasis en múltiples precedentes (v. Sent. entre otras Nº 77 del 30.3.2011) que en lo pertinente se transcribe: "...En interpretación estricta de las garantías en general en el Proceso Penal, la Sala arriba a tal conclusión, la que resulta reforzada por los principios propios de la materia: por definición la persona menor de edad debe ser colocada en la misma situación con un plus de protección respecto de los adultos, debe perseguirse la mínima aflicción de los derechos de los adolescentes sometidos a proceso - arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño - y la regla de interpretación establecida en el artículo 3 de la misma o sea la del interés superior del niño impone una visión protectora y garantista de los derechos, artículos 1 a 7, 69, 70, 71, 74 lit. E) del Código de la Niñez y Adolescencia.

En el caso de autos se actúan y potencian los principios generales de in dubio pro reo y favoris minoris en virtud del sujeto involucrado en los hechos, una persona menor de

18 años, con un estatuto especial de protección jurídica dado su carácter de sujeto en desarrollo.

En actuación de tales principios - véase el art. 40.3 lit. b) de la Convención de los Derechos del Niño a título de ejemplo-, partiendo del entendido que el interés superior del niño radica en aquella solución jurídica que respete mejor sus derechos como reiteradamente ha señalado la Sala, entendiendo que el Estado ha cumplido defectuosamente con el onus probandi del delito incriminado se declarará la absolución de N. C. de la imputación de autos y definitiva su libertad en esta causa.

El Ministerio Público tiene la carga de probar para vencer el estado de inocencia, no puede invocar presuntas omisiones de la Defensa - prueba de descargo - para justificar el incumplimiento de su carga procesal de origen constitucional y legal.

En conclusión, ante la falta de prueba de cargo de suficiente entidad, se debe absolver al indagado como afirma ARMANDO TOMASINO en "Principios, Derechos y garantías del Proceso.

Ejecución Penal" FCU1990, 2ª. Ed. pág 60/61).

"Así, pues, necesariamente se debe absolver si el sumario no aporta certeza de culpabilidad del agente; todo supuesto de duda relacionado con el material probatorio, precisamente porque obstruye la obtención de aquella certeza, debe definirse "favor rei" (in dubio pro reo); cuando estas dudas se suscitan, como tantas veces ocurre, por deficiencias de la instrucción sumarial, las consecuencias se reflejan sobre la causa pública (impidiendo alcanzar el ideal de verdad), pero jamás sobre el procesado a quien no incumbe la carga de la prueba de su inocencia, y mucho menos aun colmar los vacíos de una investigación mal realizada..." citándose abundante jurisprudencia al respecto (cursivas en el original). Lo contrario sería contrariar el estado de inocencia reconocido por nuestra Constitución (V. VARELA MÉNDEZ EDGAR, "Garantías constitucionales del proceso penal", R. U. D. P. 2/86 ps. 160/169) y en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; art. 11 párrafo 1 de la Declaración Universal de 1948; artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, Bogotá, 1948; artículo 14 párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y artículo 8 párrafo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.....".

V) Con dicho marco de referencia surge de autos que:

a) el indagado niega su participación en los hechos (fs. 78 a 79 vto.); posición que mantiene en el único careo que a su respecto dispuso la Sede a-quo con el testigo P. Torres (fs. 74);

b) advierte su ajenidad por hallarse a la hora de ocurrencia durmiendo en su hogar y admitió discordias con la familia L. (testigos de cargo) (v. fs. 78 a 79 vto.);

c) la única pericia realizada en su persona no detectó la presencia de elementos o signos materiales (combustibles) utilizados para dar inicio al fuego que incendiara la vivienda que ocupaban las víctimas (fs. 101, 135, 145 y vto.).

VI) La prueba de cargo consiste en los testimonios de tres personas, que son: los hermanos L. y la de J. E. P. T.. Dichos que como se verá no proporcionan (a juicio de la mayoría que suscriben esta sentencia) fehaciencia en los hechos que tienen al adolescente de protagonista.

Respecto a ello, J. R. L. luego de afirmar que fue el antes aludido quién prendió fuego y tiró la botella (con el combustible) para adentro (de la vivienda) estando sólo (fs. 17), en su declaración ampliatoria (fs. 25) señaló que vio a dos personas (al adolescente y a P. parados atrás del alambrado del rancho de la fallecida) y fué P. el que tiró la botella. J. E. P. declara a fs. 70 que vio al adolescente tirar la botella (con combustible) para adentro (de la vivienda) y niega su participación.

En careo con el procesado (fs. 74 y 75) niega haber visto al adolescente, no saber quien incendió, haber sido objeto de apremios por la policía y ser inducido para acusar a M.; más adelante vuelve sobre lo dicho y señala haber visto a M. prendiendo fuego con un yesquero a la botella y entrar al rancho. (fs.74 vto., 75).

Como se advierte, oscilaciones y contradictorias declaraciones que transmiten dudas no disipadas de la veracidad de los testimonios. J. G. L. declara a fs. 59 que fue el adolescente que prendió fuego a un trapo y tira la botella para adentro de la vivienda; mientras éste así lo hacía, P. (alias T.) entró por el portón de atrás y estaba robando las gallinas (fs. 59 vto).

Reconoce haber tenido problemas con el menor por caballos que le robaron, como 4 y los mataron ... y lo denunció y ahora el viene a tirar piedras a su casa (fs.60). También en este caso como en los anteriores, habida cuenta el resultado de la pericia efectuada al imputado (esto es, no haberse encontrado señales en su cuerpo de material combustible) a lo que se suma preexistente mal relacionamiento con este, permiten dudar de la credibilidad de sus dichos. (arg. arts. 140, 157, 158 C.G.P.).

VII) Más relevante aunque obra en favor de la absolución por déficit de comprobación, surge al omitirse realizar la Reconstrucción de los hechos, con la participación de todos ellos para propender al real esclarecimiento de la verdad material, despejando todas y cada una de las interrogantes del infausto, entre las cuales se halla también lo depuesto por los testigos de cargo; lo que significa ubicándolos respectivamente en la posición o lugar en que se encontraban cuando percibieron los hechos, a la hora de ocurrencia, sujetándose todo, al análisis crítico y la valoración racional de la prueba con intervención del Ministerio Público, la defensa y el juez, respaldándolo con pericia planimétrica y fotográfica de Policía Técnica. También incide en el mismo sentido la falta de careos que no se dispuso entre el indagado y los hermanos L. remitiéndose el Colegiado a lo referido por la Sala en los Considerandos II, III y IV de la presente.

Asimismo, no surge del presumario penal formado respecto a P., agregado como medida complementaria de oficio por este Tribunal las diligencias probatorias referidas precedentemente.

VIII) Por lo desarrollado, normas citadas, art. 197 del C.G.P.. el Tribunal integrado y por mayoría,

FALLA:

Revocando la apelada. Absolviendo al adolescente de autos de los hechos atribuidos y declarando definitiva la libertad que goza. Oportunamente, devuélvase a la Sede de origen.

DR. JONNY SILBERMANN
MINISTRO

DRA. MA. CRISTINA CANTERO
MINISTRA

DRA. LILIAN BENDAHAN
MINISTRA

Eduardo Cavalli Asole.
Ministro, DISCORDE:

A pesar de reconocer la existencia de carencias de instrucción, que no han sido siquiera superadas por el traslado de prueba dispuesto por el Tribunal, entiendo que la prueba de cargo reunida merita un pronunciamiento confirmatorio.

En efecto, obra en autos el reconocimiento del Sr. J. R. L. A. quien a fojas 10 reconoce sin lugar a dudas a J. M. como quien tiró una botella de plástico y prendió fuego. A pesar de haberse cambiado de ropa, le reconoce igual. Ello se compadece con el informe de bomberos en el sentido que se utilizó combustible que impidió la salida de las víctimas.

El reconocimiento aludido se realiza a la hora 16 y 30, o sea unas ocho horas después del incendio (según su versión ocurrido como a las ocho) lo que se compadece con el informe de Bomberos que llegaron 9 y 15 (fojas 11, 17, 28).

A fojas 17, el testigo describe que lo conoce bien al "P.". Siendo la hora ocho, vio como tiró líquido rojo, luego encendió fuego y tiró la botella adentro. Después salió "disparado" para el bañado. Detalla que lo miró "feo" mientras lo hacía y por cual ventana tiró la botella.

Seguidamente, describe con varios detalles lo que pasó después, cómo explotó la garrafa, como se salvaron dos niños y los gritos de la madre procurando salir. Todo su relato aparece como espontáneo y muy consistente.

En su valoración se advierte que la mención al cambio de ropa es espontánea, incluso detalla que la cambió con N.. Este testigo estaba en el lugar intentando apagar el fuego, lo cual es corroborado por los testigos M. O. -hija y hermana de los fallecidos- a fojas 19, M. R. a fojas 22, C. a fojas 61 y J. J. G. a fojas 65).

Reinterrogado, a fojas 25 señala la participación en el lugar de los hechos de T. P.. Otra prueba acreditante del hecho es el testimonio de J. G. L. C. que vio a M. y a T. P. con una botella, describe cómo prendieron fuego (fojas 11). A fojas 70, J. E. P. T. (alias T.) dice que estaba en el lugar, situando a M. con la botella y lo que es decisivo, aclara que quien vio todo lo sucedido (el optó por alejarse) fue el testigo J. R. L..

En el careo, L. se mantiene firme en su versión y si bien T. niega su participación, afirma que quien lo hizo fue el P. (fojas 73).

Un careo que es de grave importancia es el protagonizado por M. y P.. Si bien este último duda y da versiones diferentes, señala temer a M. y por eso miente sobre malos tratos que le llevaron a confesar. Al final, cuando se le dice que su versión ante la policía está firmada, afirma que vio a M. con la botella y que entraba en dirección al rancho. Describe pormenorizadamente cómo empezó el humo y pensó que era en el galpón. Cuando vio tomar fuego la casa agrega se le hizo un nudo en la garganta.

Otros indicios surgen de la versión ex profeso falsa de dos testigos que intentan proteger al adolescente imputado. En primer lugar la versión de la Sra. M. A. (madre de M.) que intentó fabricar una coartada, señalando que su hijo estuvo durmiendo hasta tarde, cambiando su versión luego (fojas 23 y 63). En segundo lugar, M. M. negó haber estado con M. y cambiarse la ropa con él, resultando que fue filmado por la policía actuante cuando se produce la detención de M. (fojas 66). La versión de M. como que habría dormido toda la noche, tampoco es creíble pues señala que durmió toda la noche, siendo que tres personas le involucran. Entiendo que la prueba analizada a la luz de la sana crítica y a pesar de contradicciones puntuales y falta de diligenciamiento de otros careos y la reconstrucción de los hechos, culmina por demostrar sin dudas razonables que M. estaba en el lugar y que utilizó una botella cuyo combustible posibilitó el incendio trágico.

DRA. MARIA DEL CARMEN DIAZ
MINISTRA

Comparte in totum la discordia del Dr. Cavalli.

ESC. RAQUEL AGNETTI
SECRETARIA

DRA. MA. DEL CARMEN DIAZ
MINISTRA

DR. EDUARDO CAVALLI ASOLE
MINISTRO

ESC. RAQUEL AGNETTI
SECRETARIA

Poder Judicial.