

//tencia N° 39

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR LUIS TOSI BOERI

Montevideo, cinco de marzo de dos mil veinte

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA. Un delito de hurto especialmente agravado en grado de tentativa y un delito de daño en régimen de reiteración real. Casación penal"**, **IUE 224-26/2018**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública del imputado, Sr. AA, a cargo de la Dra. Lourdes Lemos Reinoso.

RESULTANDO:

I) En este proceso penal ordinario, por providencia N° 229/2018, dictada el 29 de junio de 2018, se dictó el auto de apertura a juicio oral (fs. 1-6).

La Fiscalía Departamental de Rosario en su acusación sostuvo que el día 17 de noviembre de 2017 en horas de la noche, aproximadamente entre las 00:00 y las 00:30, el imputado, Sr. AA, junto con el menor de edad BB, ingresaron a la finca propiedad de CC, ubicada en calle Montevideo N° 567 de la ciudad de Juan Lacaze violentando dos puertas. Una vez allí sustrajeron y se apoderaron de una moto marca Honda 600 c.c., matrícula LFJ 218, de color negra y blanca, con su

respectiva documentación.

La víctima concurrió a su domicilio ante el llamado de amigos que le dieron aviso que la puerta de ingreso estaba abierta y que las luces se encontraban encendidas; cuando ingresó a su hogar advirtió que las luces estaban encendidas y había un gran desorden en la finca, dos puertas rotas las cuales no se pudieron recuperar y notó que le habían sustraído la moto mencionado con la documentación (fs. 2).

DD, amigo de la víctima expresó que se encontraba junto a EE, también amigo del Sr. CC, cuando avistó en el vehículo de la víctima, procedieron a seguirlo hasta encontrarlo detenido, identificando al Sr. AA y a BB en la vía pública. BB llevaba la moto del damnificado. Ante la presencia de DD y EE tiraron la moto, dándose a la fuga velozmente en una moto eco 70 que iba conducida por AA.

La Fiscalía, en función de la plataforma fáctica reseñada, afirmó que el imputado incurrió en un delito de hurto especialmente agravado, en grado de tentativa, en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de daño especialmente agravado en calidad de autor (fs. 3).

II) La Defensa del imputado, por su parte, afirmó que no existen elementos de convicción suficientes para atribuir a su defendido la

responsabilidad requerida por la Fiscalía.

En relación al delito de hurto especialmente agravado en grado de tentativa de la moto Honda referida, afirmó que no hay prueba que acredite tal hecho.

Agregó, no hay prueba que incrimine a su defendido en el sentido de que no existe persona alguna que haya visto al Sr. AA ingresar a la casa de la víctima, dañar y sustraer la moto referida (ver fs. 4).

Sostuvo que su defendido no estuvo en el domicilio señalado por la Fiscalía y no sustrajo la moto (fs. 4).

III) Por providencia N° 265/2018, dictada el 16 de julio de 2018, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 269.2 del Código del Proceso Penal (CPP), ley 19.293, se tuvo presente el auto de apertura a juicio y se comunicó a las partes que el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rosario de 3^{er} Turno será el competente para celebrar la audiencia del juicio. Asimismo, se convocó a las partes y se citó a los testigos a la audiencia prevista en los artículos 270 y 271 del CPP (fs. 7).

IV) Por sentencia definitiva N° 15 del 3 de setiembre de 2018, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Rosario de 3^{er} Turno, Dr. Sebastián

Amor, falló:

"Absuélvase a AA de los delitos de hurto especialmente agravado en grado de tentativa en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de daño, por los cuales la Fiscalía solicitó su condena (...)", (fs. 35-37).

V) En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno, integrado por los Dres. José Balcaldi Tesauro, Carlos García Gauriglia y Daniel Tapié Santarelli revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenó a AA como autor penalmente responsable de un delito de receptación a la pena de seis meses de prisión (fs. 69-79).

En lo medular, la Sala sostuvo sobre la base de la plataforma fáctica y su prueba, que AA estaba en poder de la moto sustraída, porque dos testigos que declararon en la causa fueron presenciales de ese suceso y no resultaron tachados en legal forma sino simplemente cuestionados en forma genérica. Tales testigos identificaron al imputado como partícipe en un hecho criminal.

El hecho probado, a juicio del órgano de alzada, encarta en la actividad material del delito de receptación (artículo 350 bis del Código Penal), ya que después de haberse cometido un delito,

sin concierto previo a su ejecución (puesto que ello no fue acreditado), con los autores, coautores o cómplices, con provecho para sí o para un tercero, adquirió, recibió u ocultó dinero o efectos provenientes de un delito (fs. 71 vto.).

En el caso en concreto -indicó la Sala- no hay otra alternativa posible que no sea concluir que cualquiera fuera la situación en la vida real en relación a quien tomó de su lugar de origen el birrodado, a los efectos jurídicos, necesariamente tuvo que recibir la moto sustraída porque estaba en su poder, por más que no haya prueba cabal que acredite que fuera el mismo o su acompañante quien lo haya realizado (fs. 72).

VI) A fs. 124-128 compareció la Defensa Pública del encausado e interpuso recurso de casación.

Identificó como disposiciones infringidas los artículos 142, 143 y 217 del CPP, el artículo 12 de la Constitución de la República y el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Sostuvo, en lo medular, que:

1) La Sala, al concluir que se probaron los hechos que habilitaron a imputarle al Sr. AA la comisión del delito de autos, violó las

normas contenidas en los artículos 142 y 143 del CPP, donde se establecen las reglas legales de certeza procesal y valoración de la prueba. La Sala no valoró la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

En lo que refiere a la declaración de la víctima, específicamente ésta refirió a que no vio nada y que lo que supo lo fue por el relato de sus amigos, Sres. AA y EE. No pudo especificar la hora en la que sucedieron los hechos.

En cuanto a la declaración del testigo DD, indicó que vio a dos sujetos "encapuchados" que circulaban en la moto de su amigo pero no logró identificar al imputado. Si bien vio circular en la moto a una persona de apellido BB, afirmó que no era el imputado quien circulaba en la moto.

Respecto a la declaración del testigo EE, si bien identificó al Sr. AA como autor del hurto, afirmó que no vio quien manejaba la moto y que Paz no circulaba en la moto de su amigo.

Añadió que el imputado circulaba en otra moto "azul y blanca de pollerita" y que su credibilidad está en entredicho ya que su intención no fue otra que la de ayudar a su amigo -la víctima- "*para hacerle la pata*".

Indicó que fue BB quien circuló en la moto de autos y que fue detenido huyendo

en la misma, reconoció los hechos y arribó a un acuerdo con la Fiscalía para la suspensión condicional del proceso.

Por otra parte, afirmó que no existe prueba indiciaria que, analizada, pueda establecer que el Sr. AA tenga responsabilidad en los hechos de autos por el delito de receptación. Los medios probatorios no son inequívocos, presentan dudas, lo que determina que en caso de duda debe absolverse al imputado.

2) La Sala, al haber condenado a una persona sin prueba de los elementos fácticos que constituyen el delito imputado, violó lo dispuesto en el artículo 217 del CPP, en el artículo 12 de la Constitución y en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Al existir una duda razonable y al no haberse acreditado claramente la participación del encausado en los hechos que dieron lugar al proceso penal, no se alcanzó la plena prueba indispensable para cimentar una sentencia de condena. En aplicación del principio de inocencia es que debe prosperar el recurso de casación interpuesto.

3) En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se absolviera a su defendido.

VII) La Fiscalía Letrada Departamental de Rosario de 2° Turno evacuó el traslado del recurso de casación referido a fs. 136-139 vto., postulando su rechazo.

VIII) Por providencia N° 183/2019 del 8 de mayo de 2019 el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno resolvió elevar los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 141-141 vto.).

IX) El expediente se recibió en la Corte el 9 de mayo de 2019 (fs. 143).

X) A fs. 151-156 vto. se expidió al Sr. Fiscal de Corte, quien dictaminó que, a su juicio, correspondería hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anular la impugnada y absolver al encausado (dictamen N° 00348 del 22 de julio de 2019).

XI) Por providencia N° 1374 del 25 de julio de 2019 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 158).

XII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de

Justicia desestimaré el recurso de casación interpuesto.

II) En cuanto a las causales de casación esgrimidas.

En primer término, debe señalarse que los agravios esgrimidos consisten, todos, en una crítica a la valoración probatoria de la Sala por la cual ésta concluyó que el encausado, Sr. Gonzalo Paz, estaba en posesión de la moto hurtada de la casa del Sr. Nicolás Briosso.

En efecto, tal como surge del memorial de agravios (resultando VI), todas y cada una de las críticas realizadas por la parte recurrente están dirigidas a señalar que el encausado no incurrió en la conducta punible que se le atribuyó.

Incluso el agravio presentado bajo el título "*Infracción al artículo 217 del CPP Principio de inocencia, in dubio pro reo, artículo 12 de la Constitución de la República y artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica*" (fs. 127), no contiene sino otros cuestionamientos a la errónea valoración de la prueba que habría realizado el Tribunal de Apelaciones actuante. Ello surge en forma palmaria de lo expresado en cada uno de los tres párrafos mediante los cuales se expresó el agravio: "Si no han quedado probados los elementos fácticos que constituyen el delito, el Tribunal no puede sustituir la inicial

inocencia (...)", (fs. 127); "es el acusador quien tiene que probar los hechos" (fs. 127 vto.); "En suma (...) al no haberse probado claramente la participación del encausado en los hechos que dieron lugar al proceso penal de autos (...)", (fs. 127 vto.).

Y aun cuando no se considerara que los agravios articulados como una violación del principio de inocencia no son sino una crítica a la valoración de la prueba, a las reglas legales sobre valoración probatoria, igualmente se trataría de un agravio improcedente, habida cuenta de que no se trata de un error de derecho determinante del fallo.

En efecto, en esa línea de razonamiento, la violación del principio de inocencia -por imputarse un delito que el encausado no cometió- es consecuencia de la previa errónea valoración de la prueba. Ello determina, conforme a lo dispuesto en el artículo 270 inciso segundo del C.G.P., aplicable en virtud de la norma de remisión establecida en el artículo 369 del C.P.P., ley 19.293, que en casación "[n]o se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia".

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

III.1) El régimen general.

A) El Código del Proceso Penal, ley 19.293, 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 15.032.

En efecto, el artículo 270 inciso segundo del Código del Proceso Penal, decreto-ley 15.032 establece: *"No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos"*.

En función de esa norma la Corte y los estudios especializados entendieron que, de regla, los hechos eran intangibles en casación y que debía estarse a los datos por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula. Así, se dijo en numerosas ocasiones por la Suprema Corte de Justicia que la función de la Corte en casación es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado como tal para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado (sentencias N°s 50/1994, 486/1996, 219/2002, 85/2009, 202/2010, 648/2012, entre muchas otras).

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

En el C.P.P. vigente a partir de 2017, ley 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, la Corte considera claro que la interpretación en cuanto al alcance del régimen de

valoración de la prueba, como causal de casación que rige las causas tramitadas bajo el C.P.P., ley 19.293, 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.).

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.

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

B.1) La Corte ha sostenido, con base en el artículo 270 del C.G.P.:

"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, el 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 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 (...)", (cf. sentencias N^{os} 829/2012, 508/2013, 484/2014, entre otras).

No solo se requiere la

existencia de una contradicción grosera de las reglas legales de valoración de la prueba, sino que, adicionalmente, ello debe surgir de la forma en que se estructuraron los agravios, aun cuando el impugnante no hubiese utilizado, concretamente, las expresiones de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta.

En este sentido, ello importa un requisito de admisibilidad particular de este tipo de alegación: si lo que el recurrente expresa al agravarse, cualesquiera sean los términos que emplee, no supone la denuncia de un razonamiento probatorio absurdo o arbitrario en forma evidente o grosera, el agravio por esa sola carencia en su alegación ya deviene improcedente.

En este marco conceptual, y en consideración a la crítica realizada por la recurrente al desarrollar sus agravios, los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Eduardo Turell y Bernadette Minvielle consideran que el agravio es de recibo, tal como surge de lo expuesto en el considerando IV.

B.2) El Dr. Tabaré Sosa Aguirre, por su parte, no comparte el criterio que antecede, por considerar que la errónea valoración de la prueba como causal de casación procede, sin estar condicionada a que se alegue y demuestre un absurdo

evidente o una arbitrariedad manifiesta.

En tal sentido, el Dr. Sosa Aguirre, siguiendo a Hitters (citando a Bolaños) señala: "*(...) 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 (artículo 279 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires); 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. Juan Carlos Hitters: "*Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*", LEP, 2ª Edición, La Plata, 1998, págs. 459-460).

El Dr. Sosa Aguirre estima que 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. Juan Carlos Hitters: "*Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*", cit., pág. 460).

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. Fernando de la Rúa, "*El recurso de casación*", Víctor P. De Zavalía -Editor-, Buenos Aires, 1968, pág. 405).

A partir de lo anterior, a diferencia de la mayoría -añade el Sr. Ministro- y, en la medida en que se ha invocado como causal de casación la vulneración o errónea aplicación del artículo 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 artículo 140 del C.G.P. constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta

subsumible en los supuestos previstos en el artículo 270 del C.G.P. y en la primera parte del artículo 277.3 del mismo código, aun cuando la infracción no pueda ser calificada como grosera, arbitraria o absurda (cf. Leslie Van Rompaey: "*Casación y las Reglas de la Sana Crítica*"; en: *Tribuna del Abogado*, No. 137, marzo-mayo, Montevideo, 2004, págs. 6 y sgtes.).

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.

III.2) El régimen especial en supuestos de condenas dictadas por primera vez en segunda instancia: incidencia del derecho fundamental a la doble conformidad judicial.

El redactor, 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 en segunda instancia, en los cuales rige el régimen especial que dirá.

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

De este modo, el Sr. Ministro redactor 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 redactor considera que se impone realizar ciertas consideraciones al respecto.

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. Pablo Taró de la Hanty: *"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 cual, 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 redactor comparte, que *"estamos ante un derecho que: (i) tiene el más alto rango normativo, al tratarse de un derecho humano consagrado expresamente en disposiciones interna-cionales 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 otro s/ robo simple en grado de tentativa", considerando 21).

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 lo señalamos, de que la causal 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 redactor- la imposibilidad de aplicar en este tipo de casación penal, en el que se impugna una primera condena dispuesta en primera instancia, la regla general reseñada en el considerando III.1 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 estamos realizando, 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 es-

fuerzo 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).

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 redactor, 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 redactor, 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.

III.3) En cuanto a la procedencia del derecho fundamental a la doble conformidad judicial.

Los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Eduardo Turell y Bernadette Minvielle, dejan constancia que, al considerar que se alegó y verificó un supuesto de valoración probatoria absurda, es innecesario pronunciarse en este caso respecto a la procedencia del derecho a la doble conformidad judicial en nuestro Derecho.

El Sr. Ministro, Dr. Tabaré Sosa Aguirre, por su parte, habida cuenta de que en autos se arribó a una sentencia absolutoria estima innecesario expedirse sobre la recepción del derecho a la doble conformidad judicial en nuestro medio.

IV) En cuanto a la alegada errónea valoración de la prueba.

IV.1) Precisión inicial.

A juicio de los Sres. Ministros, Dres. Elena Martínez, Eduardo Turell, Bernadette Minvielle y Tabaré Sosa Aguirre el razonamiento probatorio de la Sala es absurdo, irracional o manifiestamente arbitrario desde que se basa en elemen-

tos de prueba testificales absolutamente endeblés para justificar la condena penal del Sr. AA.

El Sr. Ministro redactor, por su parte, considera que el razonamiento probatorio de la Sala no fue ajustado a derecho, por violar las reglas de la sana crítica, tal como surge de lo expuesto en este considerando. Considera que, en puridad, los agravios de la parte recurrente denunciaron un error en la valoración que no califica como la denuncia de un absurdo evidente o una arbitrariedad manifiesta, sino en una fuerte, fundada y acertada discordancia con el proceder valorativa de la Sala.

En tal sentido, señala el redactor que no merece la tacha de absurdo o arbitrario un razonamiento que partió de considerar que el encausado fue visto junto al objeto hurtado, abandonando el lugar prestamente luego de que los testigos DD y EE llegaran tras la moto hurtada. Ello no aparece como la denuncia de un absurdo evidente o de una arbitrariedad manifiesta, sino de una crítica a la valoración realizada, tal como surge de los agravios y del análisis que sigue.

IV.2) Respecto de los errores en la valoración de la prueba de autos.

A juicio de la Corte, cabe comenzar por señalar que la víctima al deponer en autos

(pista 04 del registro del sistema Audire) específicamente reconoce que no individualizó a él o a los sujetos que habrían sustraído su moto.

En tal sentido, al ser interrogado sobre si tenía idea a quién había "agarrado" (pista 04 minuto 05:43 a 05:48) su amigo DD con la moto, respondió: *"Yo no, no tenía en ese momento, después me dijeron, claro ellos conocen más los gurises que son más jóvenes, son gurises con menos años no?, son gurises. Claro, los conocen, saben dónde viven, quién es la madre"* (pista 04, minuto 5:49 a 6:08).

Más adelante, en su declaración al ser interrogado sobre si sus amigos una vez que recuperaron su moto le señalaron quiénes habían sido los partícipes del hurto (pista 04 minuto 07:19 a 07:28), contestó:

"Claro sí que los nombraron, nombraron a la madre" (pista 04, minuto 07:28 a 07:30) y preguntado sobre los nombres que le dijeron de los autores, señaló: *"Yo no los conocía, uno era BB y el otro era AA...yo no los conocía...de ahí es que a veces presto atención y los reconozco...Yo vivo en mi mundo y no es que me meto con nadie, pero ya esto se viene dando desde otros atrás..."* (pista 04, minuto 07:38 a 08:08).

El testigo, Sr. DD, por su

parte, declaró:

"Yo estaba afuera en mi casa con EE y sentimos el ruido de la moto de CC que la conocemos la moto, la conozco la moto porque es una moto grande...y cuando miro para el costado iban dos encapuchados en la moto...y ahí me di cuenta...que le robaron la moto al Pocho dije yo...escuché que la moto se apagó a una cuadra de mi casa...y de la impotencia de darme cuenta que no era él...vamos hasta ahí le digo a mi amigo y ta y lo vi a uno arriba de la moto y se me escapó y fui y le dije le robaste la moto...la soltó y salió corriendo y ta ahí agarré la moto y fui para la casa de mi amigo...no se había dado cuenta que le faltaba la moto..."; (pista 06, minuto 1:52 a 02:49).

Luego, interrogado si cuando alcanzó a estas personas que iban circulando en la moto pudo identificarlas, contestó:

"Sí a él...lo vi en el robo de la moto...él se va...lo vio mi otro amigo, yo a él no lo llegué a ver bien..." (pista 06, minuto 03:15 a 03:48).

Posteriormente, al ser interrogado por la Defensa, contestó: *"...él no era el que manejaba la moto, llegamos ahí y él se fue en una moto y el otro salió corriendo..." (pista 06, minuto 05:03 a 05:10); "AA no estaba arriba de la moto [se*

refiere a la moto sustraída]...hay solo uno arriba de la moto" (pista 06, minuto 09:14 a 09:16).

Y, más adelante, precisó que: "...la otra moto estaba ahí tirada en el suelo, no sé supongo yo que estaba tirada en el suelo y llegaron los dos en la moto y uno se subió arriba de la moto y el otro agarró la otra moto, eso es lo que supongo yo..." (pista 06, minuto 10:10 a 10:20).

Por su parte, el testigo EE al declarar en el juicio, señaló que:

"El día del cumpleaños de mi primo, estábamos en un cumpleaños...volvemos a la casa de DD y cuando volvemos a la casa de DD, DD se estaba terminando de cambiar y buscar unas cosas adentro de la casa, va a cerrar el portón y vemos que pasa la moto de CC...Pasa eso y DD cierra rápido el portón y salimos en búsqueda de la moto. Dimos la vuelta en la casa de DD en la esquina, ahí...encontramos en la moto a dos personas y mi amigo lo corrió a uno de ellos y no lo pudo agarrar" (pista 08, minuto 01:39 a 02:15).

Luego, interrogado si reconocía a las personas que participaron en el traslado de la moto sustraída, dijo que sí reconocía a uno de ellos: "a una persona nomás, lo vi...AA" (pista 08, minuto 03:21 a 03:31) y señaló -a requerimiento del

Ministerio Público- en la sala de audiencias al imputado (pista 08, minuto 03:33 a 03:38).

Más adelante, interrogado por la Defensa sobre si vio a quien manejaba la moto hurtada, respondió: "no" (pista 08, minuto 07:39 a 07:42).

Por igual, preguntado acerca de las circunstancias en las que habría divisado al Sr. AA, contestó que lo vio: "*que se iba en otra moto*" (pista 08, minuto 08:13 a 08:15) y que lo vio a una distancia de "*uno o dos metros, como dije recién*" (pista 08, minuto 08:21 a 08:23).

Luego, interrogado sobre el lugar en el que estaba la otra moto en la que una de las personas habría huido, respondió: "*No sé la verdad, te digo la verdad no tengo ni idea donde estaba la otra moto*" (pista 08, minuto 10:11 a 10:16), y que el Sr. Paz-imputado- se había ido en una moto "*azul y blanca... tipo una pollerita*" (pista 08, minuto 11:17 a 11:21).

Posteriormente, consultado si al imputado, Sr. AA, lo vio de frente o de costado, indicó:

"*Ya ni me acuerdo va a ser un año...te digo la verdad cuando me bajo de la camioneta que abro la puerta para atinar a bajarme y el pasó en la moto así, a dos metros justo que lo vi que*

estaba subiendo a la otra moto, a menos de dos metros..." (pista 08, minuto 11:39 a 11:52).

IV.3) De la prueba de cargo recabada, surge que: (a) la declaración de la víctima que no vio a la/s persona/s que sustrajeron la moto de su domicilio; (b) el testigo DD no identificó directamente al imputado al tratar de recuperar la moto sustraída y c) el testigo EE dijo que vio al Sr. AA pero que no era quien manejaba la moto sustraída sino que se subió a otra moto que no era la de la víctima.

El hecho que tuvo probado el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno -resultado de la inferencia probatoria- fue que el Sr. AA era una de las personas que abandonaron la moto sustraída al Sr. CC (ver fs. 70 vto.-71).

En base a ello, la Sala tipificó al Sr. AA el delito de receptación, al considerar que estaba en poder de un objeto producto del hurto a poco de cometido el delito.

A juicio de la Corporación, la valoración probatoria formulada por la Sala califica, sin forzamiento de ninguna especie, como supuesto de absurdo evidente o valoración arbitraria del material probatorio de cargo reunido en autos.

Como indica Andrés Ibáñez una hipótesis acusatoria sólo podrá ser considerada

fecunda cuando cuente con una pluralidad de confirmaciones, coincidentes y no contradictorias entre sí, que la hagan convincentemente explicativa.

En todo caso, la información así obtenida sólo goza de la calidad de conocimiento probable, que únicamente permite el acceso a un saber dotado de certeza práctica; y ello sólo cuando se ha operado con suficiente rigor en el manejo de los datos y en el encadenamiento sucesivo de las inferencias (Perfecto Andrés Ibáñez: "*Justicia penal, derechos y garantías*", Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007, pág. 177).

En el caso, el hecho de manejar el imputado otra moto no puede razonablemente enlazarse con lo que se quiere probar, esto es, que estaba en su poder el efecto del delito: la moto que le fuera hurtada a la víctima.

Distinto hubiera sido, por ejemplo, que el imputado hubiera sido visto en la moto que manejaba saliendo conjuntamente con la persona que había sustraído la moto de la víctima en clara demostración de un accionar coordinado, conjunto, mas nada de eso revelan las declaraciones testimoniales.

Debe tenerse presente que, el razonamiento probatorio -enseña Ferrer Beltrán- es siempre probabilístico, de modo que nunca podemos

alcanzar certezas racionales absolutas respecto de la ocurrencia de un hecho, por rico que sea el acervo probatorio a disposición. Una hipótesis acusatoria sobre los hechos adquirirá un mayor grado de corroboración inductiva cuantas más pruebas cuente a su favor, más fiables sean, y que permitan, a su vez, descartar hipótesis alternativas compatibles con la inocencia del acusado (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"*, coordinador: Giovanni F. Priori Posada, Palestra, Lima, 2018, pág. 98).

La suspicacia, suposición o mera conjetura no puede validar, en modo alguno, un juicio de culpabilidad. La prueba de cargo recabada no puede ser de una endeblez y fragilidad tal, que cimiente una condena, puesto que es necesario que los elementos de prueba traídos al proceso corroboren, sin fisuras, una hipótesis acusatoria dada.

La víctima CC no vio a los sujetos partícipes en el ilícito penal, otro testigo no individualizó por sí mismo al imputado y el tercer testigo declaró con serias inconsistencias que no permiten justificar con solvencia una condena penal.

Podría, en algunos casos, bastar con la prueba de un único testigo para acreditar

un hecho, pero como bien indica Cerda San Martín no deben olvidarse dos garantías fundamentales del debido proceso penal, que ceden a favor del imputado, a saber, la presunción de inocencia y el alto estándar de prueba fijado normativamente, bajo cuya consideración la respuesta debe ser matizada.

No se trata de cualquier testigo, sino de uno especial, que reúna en sí una serie de cualidades, tales como su objetividad (no debe presentar condicionantes que lo lleven a querer perjudicar a la contraria o favorecer a la parte que los lleva a juicio), su condición de espectador privilegiado del suceso sobre el que declara (ocular), con capacidades sensoriales suficientes para percibir adecuadamente lo acontecido, para almacenar la información, para recordarla y luego transmitir con fidelidad lo sucedido, sin interferencias externas, aportando un relato coherente y consistente (cf. Rodrigo Alberto Cerda San Martín: *Valoración probatoria y control del juicio fáctico*, UBIJUS, México, 2016, págs. 140/141).

En nuestro caso, el único testigo (Carbajal) que dijo que vio directamente al imputado AA plantea serias "lagunas" (omite datos relevantes) en su declaración y, además, como anota la Defensa al recurrir carece de la objetividad requerida (ver fs. 125 vta. -recurso de casación-), lo que

disminuye la eficacia probatoria de su declaración.

En efecto, el testigo si bien responde que no se encontraba enemistado con el encausado ni que su declaración estaba animada por otra finalidad vindicativa, más adelante, indicó: *"...la verdad solamente para hacerle la pata a CC que fue al que le robaron la moto, le rompieron la casa, porque también mi madre viene también de hacer un servicio y te digo la verdad, me molestaría bastante si le robaron y entraron a robar mi casa"* (pista 08, minuto 04:28 a 04:42).

Luego, más adelante, en ocasión de ser interrogado por la defensa, se explayó y dijo: *"(...) yo también podía haber presentado cargos por la camioneta, porque la camioneta tiene un abollón así todavía, del puño de la moto (...)"*, (pista 08, minuto 09:49 a 10:00).

Por tales razones, la credibilidad del testimonio es baja.

A ello debemos sumarle que el testigo no logró ilustrar mediante una descripción circunstanciada de lo sucedido, en qué contexto apareció en escena el imputado, si lo vio bajar de la moto sustraída, dijo que Paz subió a otra moto, ¿dónde estaba la moto a la que subió?, en qué hechos indicadores se basó el testigo para considerar que Paz estaba

involucrado en la sustracción de la moto o bien que ésta estaba en su poder?

Todas estas interrogantes carecen de respuesta en base a un relato coherente y consistente del testigo. La narración acerca de lo sucedido, es absolutamente imprecisa a la hora contextualizar y ligar a AA con la moto sustraída (si estaba subido a la moto sustraída y luego se bajó, etc.).

La necesaria coherencia y consistencia podría haber servido para arrojar luz, por ejemplo, en el descarte de eventuales hipótesis alternativas.

Como señala González Lagier uno de los criterios fundamentales para valorar la credibilidad de una hipótesis es la credibilidad de otras hipótesis con la que la primera entra en competencia. En el caso en que se puedan eliminar todas las hipótesis que compiten por explicar un hecho, salvo una, ésta debe ser tomada como verdadera (Cf. Daniel, González Lagier: "Quaestio Facti. *Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*", PALESTRA-TEMIS, Lima-Bogotá, 2005, pág. 90).

En el caso, la hipótesis explicativa podría haber consistido en la presencia circunstancial del imputado en el lugar por encontrarse en la vía pública y estar conduciendo otra moto; o en

que estaba tratando de ayudar a otro sujeto al que se le había quedado la moto (desconociendo que la misma hubiera sido sustraída).

El testigo en ningún momento indicó que el imputado estaba en poder de la moto sustraída, lo que indicó fue que el Sr. AA se había subido a otra moto (que no era la del Sr. CC).

El hecho indicador de encontrarse el Sr. Paz en las inmediaciones, por sí solo, sin otros indicios que fragmentariamente converjan al hecho a probar, no permite tener por acreditada la hipótesis acusatoria de autos.

No existió, por ejemplo, rasgo identificador de uno de los encapuchados que vieron los testigos arriba de la moto de CC, posteriormente con la figura de AA cuando los testigos arremetieron para recuperar el birrodado.

IV.4) Necesidad de plena prueba para condenar como corolario de la garantía o estado de inocencia. 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.

Como se ha dicho, las declaraciones son contestes en lo siguiente: ninguno vio al imputado conducir la moto ni tenerla en su poder, la proximidad al hecho -conducir otra moto cerca de la robada- es un hecho, por sí mismo, inconcluyente e incoloro sino va acompañado de otros indicadores que converjan hacia el hecho a probar (tener la moto en su poder).

Nobleza obliga considerar que el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno modifica la calificación delictual y lo responsabiliza penalmente como autor de un delito de receptación pero, para ello, formula un salto inferencial absolutamente inconsistente.

La actividad probatoria ha

sido deficitaria, por lo que, en base al estándar de prueba aplicable, no cabe otra solución que la absolución tal como se había dispuesto en primera instancia, lo que amerita su corrección en casación.

Además de la valoración manifiestamente errada que formula el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, la calificación delictual sigue la misma suerte, porque la Sala parte de una premisa fáctica equivocada: que el Sr. AA tenía la moto en su poder y, en consecuencia, había recibido el efecto de un delito (artículo 350 bis del Código Penal).

En tal sentido, compartimos las certeras apreciaciones del Sr. Fiscal de Corte en esta causa, cuando señaló:

" (...) si bien el imputado fue reconocido en el lugar por uno de los testigos, el mismo no estaba en poder de la res furtiva, sino que se encontraba encima de otra moto, que no se sabe cómo apareció en ese lugar, extremo este que no resulta fácil de encuadrar lógicamente, considerando que esa segunda moto estaba en el lugar en donde justamente se le apaga la moto que fue objeto de hurto.

O sea que, el imputado no fue visto en ningún momento en poder de la moto que fue hurtada, fue reconocido por un testigo en el lugar donde fue encontrada dicha moto, pero estaba pilotando

otra moto, que según los testigos no saben de dónde salió" (fs. 156).

Por lo tanto, al no existir plena prueba de que la moto sustraída se encontraba en poder del Sr. AA, la consecuencia no es otra que la absolución del encausado.

V) En cuanto a las demás infracciones normativas denunciadas.

No cabe ingresar al análisis de las demás infracciones normativas denunciadas, las relativas a los artículos 217 y 218 del CPP, 12 de la Constitución y 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Como lo señalamos en el considerando II, tales infracciones normativas refieren, en puridad, a la errónea valoración de la prueba analizada en el considerando precedente.

VI) No hay mérito para imponer especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Anúlase la sentencia recurrida y, en su lugar, absuélvase al encausado, AA, sin especial condenación proce-sal.

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