

SENTENCIA N° 116 Ministro redactor:

Dr. Wiliam Corujo Guardia.

Montevideo, 6 de mayo de 2016

VISTA: Para Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia esta causa **“U. T., E. J. -hurto especialmente agravado-” IUE 98-151/2015**, venidos a conocimiento del Tribunal Pluripersonal en mérito a la solicitud de excarcelación provisional incoada por la Defensora Pública en lo Penal, Dra. María Montes, con la intervención del Señor Fiscal Nacional en lo Penal de 9° Turno, Dr. Enrique Rodríguez Martínez.

RESULTANDO: 1- Que con fecha 30 de marzo de 2016 se dictó la sentencia definitiva de segunda instancia número 63 por la cual se dispuso confirmar la sentencia de primera instancia dictada por el señor Juez Letrado en lo Penal de de 19° turno, Dr. Gabriel Ohanian Hagopian, salvo en cuanto a la cantidad de pena impuesta, la que se revocó y fijó en veinticuatro (24) meses de prisión.

2- Que con fecha 4 de abril de 2016 se notificó al Señor Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 9 turno, Dr. Enrique Rodríguez Martínez y a la Señora Defensora

Pública en lo Penal Dra. María Montes, quien no estando ejecutoriada la sentencia definitiva con fecha 12 de abril del corriente, solicitó la excarcelación provisional de su defendido.

3- Corrido traslado el Ministerio Público abogó por oponerse a la excarcelación provisional solicitada por entender: a) que discrepa en cuanto a algunos de los fundamentos esgrimidos para fundar la reducción de la pena, como consecuencia de una apelación no fundada por la defensa y sostiene que el limitado parquet casuístico que habilita la instancia de casación, impide el planteamiento del referido recurso en casos como el de autos; b) que en autos se reunió prueba suficiente para decretar el procesamiento y posterior condena del encausado, por la comisión de un (1) delito de hurto especialmente agravado; b) que la magnitud de la pena debe determinarse según los extremos y criterios indicados por el art. 86 del C. Penal, esto es, peligrosidad, culpabilidad, antecedentes del culpable en cuanto tengan que ver con el acto que se está juzgando y número de circunstancias alteratorias; c) que en base a ello, no pueden caber dudas que el delito fue grave; d) que el

encausado es culpable de cometer un delito de hurto, se trata de un ilícito contra la propiedad mueble, el que se ve agravado por la concurrencia de la agravante especial de haberse cometido sobre cosa expuesta al público por la necesidad o la costumbre y la genérica de la reincidencia;

e) que el delito que se le atribuye al encausado en su modalidad especialmente agravada se castiga con una pena de doce (12) meses de prisión a ocho (8) años de penitenciaría y por consiguiente la gravedad de la conducta demostrada en el hecho, las agravantes que concurren específicamente, que se trata de un reincidente, contando con 7 causas penales anteriores, por delitos de igual antología, a la que ahora se le suma la presente, hace que la pena fijada en la sentencia definitiva de primera instancia de 2 años y 2 meses de penitenciaría se enmarque dentro de los parámetros legales, ingresando en los guarismos permitidos; f) que la reincidencia es una circunstancia que se tiene en cuenta al momento de fijar la pena, sin perjuicio que también no puede pasarse por alto la existencia de la misma al tiempo de considerar, primero, el encarcelamiento del individuo como consecuencia del procesamiento y luego, al analizar la preventiva cumplida

previo a su excarcelación y ello porque si fuera de otro modo, el legislador no la hubiera tenido presente cuando previó por ejemplo los institutos del procesamiento sin prisión y en esa hipótesis, el de las medidas sustitutivas a la misma, los que no proceden cuando concurren dicha circunstancia; g) que la pena de penitenciaría impuesta en primera instancia no debería haber sido reducida y por lo tanto, la consecuencia de ello sería el no acceder a los requerimientos de la defensa, que pretende ahora la libertad para su defendido; h) que no le escapa y no es insensible la multicausalidad que genera en el individuo la inclinación al delito; i) que no comparte que la “co-culpabilidad social” beneficie a quien transgrede reiteradamente la norma penal; j) que por lo expuesto se opone a la excarcelación de U. T..

CONSIDERANDO: 1. No interposición del Recurso de

Casación: El Sr. Fiscal no se ha agraviado contra la sentencia definitiva dictada por este Tribunal lo que **no viene más que avalar la correcta decisión del abatimiento impuesto en la pena en este caso.**

El Sr. Fiscal decidió, en ejercicio de su independencia técnica, no interponer el Recurso de Casación a los efectos

que la Suprema Corte de Justicia valorara si ingresa o no dentro de la hipótesis del art. 270 inc 3 del Código Penal y pudiera criticar o no, dentro del proceso, con argumentos jurídicos, si los fundamentos son adecuados, si es justo o no que por un delito de hurto donde no existió daño alguno para la víctima (no hubo forzamiento de la puerta del auto ya que estaba abierta, sin tranca), se recuperó íntegramente los bienes sustraídos gracias al correcto funcionamiento del sistema de prevención y represión (cámaras de seguridad, actuación rápida y eficaz de la Policía con la detención del autor) y la confesión del delito se le impusieran 24 meses de prisión y en qué consiste la culpabilidad social.

En suma el principio de lesividad prácticamente no fue vulnerado pero al tratarse de un multireincidente se movilizan en su contra todo el aparato estatal para someterlo a proceso penal y privarlo de libertad conforme a la ley.

Entonces si no quiere agravarse en vía de Casación el Sr. Fiscal consiente la sentencia y **por tanto el Tribunal ha resuelto conforme a Derecho.**

Así lo expresa el Dr. Rodríguez Martínez: “Como también es ajustado, nobleza obliga, la potestad discrecional aunque en parte reglada, que el Juez tiene a la hora de fijar la pena que en definitiva y como consecuencia de una sentencia de condena impondrá al encausado”.

Pero comete una especulación jurídica al expresar que al imponerse un guarismo de prisión es un “extremo que **inevitablemente** incide en la resolución de este incidente excarcelatorio”.

Afirmar que por fijar la pena en 24 meses de prisión ello “inevitablemente” incide en la resolución de la excarcelación provisional supondría un razonamiento jurídicamente muy erróneo que se resumiría en el siguiente silogismo primario: pena de prisión es igual libertad provisional; pena de penitenciaría no logrará la libertad provisional y permanecerá en reclusión.

Y comete un error de concepto al confundir graduación de pena con la libertad provisional.

En primer lugar hay personas en libertad provisional a las que luego se las condena a pena de penitenciaría.

En segundo lugar hay personas que están condenadas a pena de prisión y siguen en tal condición como penados y privados de libertad.

Lo que el Tribunal hizo sin lugar a dudas fue graduar la **proporcionalidad de la pena** con respecto al delito que se le imputó que no justificaba la pena obstativa.

En un Estado social, democrático y republicano el principio de proporcionalidad es un límite al poder punitivo del Estado porque si es desproporcionado se vuelve ilegítimo y por tanto se niega el Derecho.

Partimos de un mínimo de 12 meses de prisión, con una agravante importante en calidad (la reincidencia siempre por delitos de hurto menores atento a las pocas preventivas que cumplió) y una atenuante (la confesión), no hubo casi lesividad se recuperó todo y no hubo daño al automóvil, se trata de un marginal, que no culminó primaria, el Tribunal le duplica la pena a 24 meses de prisión se encuentra la sanción legalmente respaldada por el derecho.

Tampoco que permanezca en condición de penado le impedirá solicitar la libertad anticipada .

2. Derecho penal de acto: ¿Qué hizo? ¿Se lo castiga por lo que hizo esta vez o, además, por todos los delitos que

cometió antes debido a su persistencia en la senda del delito?

A juicio del Tribunal el Sr. Fiscal Rodríguez Martínez califica en el numeral 3 de su escrito que “el delito fue grave”.

Ya ésta se trata de una diferencia profunda, conceptual. Grave puede ser un delito de hurto con penetración domiciliaria, una rapiña, un copamiento, homicidios, secuestros, tráfico de estupefacientes, etc.

¿Qué concepto tiene de gravedad? No lo explicita, como tampoco lo hará cuando habla de “**multicausalidad**” y es un deber jurídico explicar el por qué de las afirmaciones que se hacen.

El hurto de efectos valuados en mil pesos uruguayos recuperados a las pocas cuadras sin daño para la víctima y ningún daño social el Sr. Fiscal lo califica de grave.

En suma: una cosa es que se trate de un multireincidente y otra cosa que el hurto de efectos valuados en mil pesos uruguayos, recuperados y sin daño, sea considerado un delito grave.

Lo cierto el Sr. U. lleva un año preso y sigue preso y, mutatis mutandi, habiéndose generado un escándalo de la

razón al expresarse que estaba libre y se culpaba a la sociedad de los delitos -entendida como el conjunto de ciudadanos que sufren esos delitos, que trabajan honestamente que sostiene valores éticos en cada acto de su vida- al que sustituyó la definición dogmática de co culpabilidad.

3. Dice el Sr. Fiscal Rodríguez Martínez: “No escapa a este Fiscal, que no es insensible, la multicausalidad que genera en el individuo la inclinación al delito”.

Corresponde detenerse en esa expresión que no será inadvertida.

¿Qué significa multicausalidad que generan, según el fiscal Dr. Rodríguez Martínez, que U. esté inclinado al delito?

En primer lugar que hay muchas causas que lo inclinan al delito. (Causa significa; “motivo o razón, para obrar de una manera determinada; cosa a la que se debe que ocurra otra cosa”)

Lo dice quien ha sido crítico del concepto co culpabilidad (un concepto dogmático) pero si bien no son sinónimos el Fiscal Rodríguez Martínez admite que hay variadas causas para que este porfiado autor de ocho hurtos de menor

cuantía (donde ha estado preso en siete de ellos) siga delinquiendo con 23 años.

Pero omite decir qué y cuáles son las multicausalidades ¿Por qué? ¿Cuáles son?

El Fiscal Juan Pablo Kinat en la Revista de la Facultad de Ciencias empresariales de la Universidad de Talca Año I número 10 de octubre de 2008 explica qué significa multicausalidad de la delincuencia y expresa: “factores de tipo social, económico, psicológico” y que el estudio realizado por el Centro de Estudio de Opinión Ciudadana (CEOC) revela que la marginalidad, la desigualdad del ingreso, analfabetismo son factores que posicionan ... en la generación de delincuencia”.

La pregunta cae por su peso ¿cómo se le llama técnicamente en dogmática a esos factores sociales económicos, de marginalidad, de analfabetismo?

El Sr. Fiscal Rodríguez Martínez, que dice no es insensible e invoca multicausalidad que lo llevan a U. a delinquir.

¿Será entonces la desintegración familiar, la ausencia de asistencia social, de pertenecer no a un sector pobre sino marginal con otros valores con una subcultura, fugado del

sistema educativo, sin reinserción social tras salir de la cárcel las seis veces anteriores? Y a eso, en términos de dogmática penal ¿cómo se le llama? Tal vez Eugenio Raúl **Zaffaroni**, actual integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo pueda explicitar, éste último además, verdadero propulsor desde 1983 y que puede leerse en cualquier Manual aunque en su intenso Tratado lo explica con mayor profundidad.

4. ¿Qué es la co culpabilidad social?

Un concepto dogmático no puede ser presentado como la culpa de cada ciudadano (“de la sociedad”) individualmente considerado, de aquellos que cada día nos levantamos de madrugada a trabajar, a cuidar nuestra familia, a tener nuestra vida social, a construir ciudadanía. Eso es desfigurar deliberadamente el concepto de co culpabilidad y someterlo al tacto metafísico de la nada.

No es culpa de cada uno del ciudadano que transita la calle y es rapiñado, el que se juega la vida arriba de un andamio, o arando la tierra o arriesgando su vida en la parada del bus o conduciendo un taxi o del que educa con esfuerzo a sus hijos.

¿Qué agencia de control estatal integra? Ninguna.

¿Cómo puede decirse que la responsabilidad es de las víctimas y de esa sociedad inerte?

Eso es deber del Estado y de otras agencias sociales que a través de la asistencia para los más desfavorecidos, fomentando oportunidades de movilidad social, de integración social, de educarse controlando si va a la escuela obligatoria o no, hacerse responsable si ese vulnerable que comete un delito y es privado de libertad no lo sea “para sacármelo de arriba por un tiempo” y luego regresar igual o peor porque no pudo la cárcel rehabilitarlo o reinsertarlo a la sociedad con una oportunidad .-

Esas fallas que son responsabilidad, **en su cuota parte** de esas agencias sociales, de desintegración familiar y estatales constituyen la denominada co culpabilidad social

El Estado social de derecho adopta, entre otros, los derechos sociales-económicos y culturales, los cuales demandan, para su maximización, el desarrollo suficiente que haga viables las prestaciones de asistencia necesarias .

No es la banalidad de un grupo que opera en perjuicio de los ciudadanos honestos, víctimas constantes de los

delincuentes, que lo reduce al concepto vulgar “la culpa es de la sociedad, la culpa es de las víctimas”.

La co culpabilidad social no tiene nada que ver con ello, atañe a las estructuras sociales y estatales que están encargadas de contener: la familia, la asistencia social, el sistema educativo desbordado, aquellas que deben controlar, educar o rehabilitar a esas personas en situación vulnerable que luego cometen delitos contra quienes no tenemos más que nuestras fuerzas de trabajo, o búsqueda de él como vida honesta y padecemos el asedio constante de quienes transgreden la normas penales.

Cuando la familia desintegrada falla, cuando las agencias de control e inserción no logran total o parcialmente su cometido (desde la niñez hasta la cárcel) eso es co culpabilidad social; la culpa de este delincuente es cometer un delito y es sancionado con una pena como en este caso: 24 meses de prisión por un hurto, donde lo hurtado se avaluó en mil pesos y fue recuperado íntegramente por su dueña a las dos cuadras del hecho.

No se “reparten” responsabilidades que son de U., se le hace responsable pero todos concluimos que si vive al margen de la sociedad, y es lo que se tiene en cuenta para fijar la cantidad de pena por un hecho delictivo concreto además de tener presente sus antecedentes. Nada más.

La co culpabilidad es un concepto que tiene arraigo en la dogmática penal en la década del ochenta del siglo XX - y que es tomado del revolucionario francés del siglo XIX, Jean Paul Marat, asesinado de una puñalada por su “amiga” Charlotte Corday, doctrina que hizo suya en las sentencias el famoso Juez Magnaud - , un principio de Derecho penal que acepta algo de responsabilidad de varias agencias de control y del Estado que no pudieron dar satisfacción a necesidades básicas en los marginales que cometen delitos.

Cuando existen fallas en la estructura familiar (desintegración), para contener a ese niño no delincuente (U. dejó la escuela a los 10 años), en la asistencia social a esa familia (normalmente desintegrada) o persona marginal cuando el sistema educativo no puede contenerlo dentro de sí (sólo cuarto de primaria y abandona el circuito

educativo, elemento medular para menguar la **exclusión social**), cuando las agencias de incorporación de trabajo no lo pueden incorporar porque en esas condiciones no tiene hábito ni ética de trabajo (**lo cual se le reprocha al sujeto no al resto**), cuando no participa en el diario vivir de los valores medios de la sociedad porque no es pobre es marginal, vive una subcultural marginal que no goza de los bienes jurídicos , cuando no conoció la sociedad de la “igualdad de oportunidades” - en la que todos parecen coincidir como meta a alcanzar - no se hizo posible esa inserción social y por tanto se le reprocha al individuo solo lo que él hizo al delinquir **pero no más** (principio de proporcionalidad de la pena); es más en este caso estuvo seis (6) veces preso, tampoco se crearon hábitos que pudiera incorporar como valores sociales ni oportunidad de ingreso social, ni de respeto al otro y por ende los resultados son previsibles: está nuevamente preso.

Y la exclusión social “como proceso social de separación de un individuo o grupo respecto a las posibilidades laborales, económicas, políticas y culturales a las que otros sí tienen acceso y suele concebirse como opuesto a inclusión social aunque también a integración social” (

Roberto Bergalli en Estudios sobre Justicia Penal.

Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Ed. Del Puerto Bs. As. 2005 página 540).

Y esta vez que ha cometido un delito avaluado en mil pesos recuperado por su dueña íntegramente, se le aplican 24 meses de prisión o sea estará, luego de esta decisión, 2 años de su vida privado de libertad, la sociedad no lo tendrá que soportar durante un año más.

Uno de los Profesores titulares de la Cátedra de Derecho Penal uruguayo expresa: “...el hombre cumple siempre un rol a veces impuesto por las propias exigencias sociales, de modo tal que cuando se le hace un juicio de reproche a un integrante de la sociedad no pueden olvidarse todas las influencias sociales, culturales e incluso económicas que de alguna manera acotan su espacio de libertad...” y antes señaló: “...quien no tiene las mismas oportunidades que los semejantes con quienes convive no puede motivarse normalmente pues sus aspiraciones se... atenúan” (M.C. M.El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales Tomo I La Ley- El delito FCU 2000 paginas 267 y 279).

¿Es proporcional a lo que hizo? Lo que se está castigando es su condición de multireincidente.

El Tribunal es plenamente consciente, porque integramos la sociedad, que las personas honestas están hastiadas de ser asoladas por el delito pero la función es adecuar a cada uno su pena.

Y si es errada, como se dijo, el Fiscal hablará en el expediente mediante el Recurso correspondiente y si no tiene razón, como en este caso, callará porque el Tribunal tiene razón.

Debe de todos modos advertirse a quienes no pertenecen al mundo del Derecho que siempre el Poder Judicial será eventual objeto de cuestionamiento popular porque será el que absuelva, el que libere si no hay pruebas, el que rebaje la pena porque esa es su función: de lo contrario se termina la República, la función es resolver el conflicto puntual no el conflicto social.

Pues la culpabilidad por vulnerabilidad se trata de una culpabilidad en la medición de la pena, para graduarla como pauta limitativa a los excesos de una pena que no se corresponde con el acto delictivo cometido.

Expresa en su voto el Señor Ministro Dr. Daniel Tapié Santarelli: “El mismo ha sido separado de la sociedad por un determinado tiempo y el suscrito, se pronunció proclive a abatir dos meses la pena, y no un año e imponer veinticuatro meses de prisión, en su modesta opinión, por ser adecuada a la gravedad del delito y atendiendo a las necesidades del principio de proporcionalidad de la pena. “La proporción debe darse entre el delito y la sanción a imponer a su autor. La mayor o menor severidad de las penas depende de la gravedad o levedad de la infracción y ella a su vez del grado de importancia del bien jurídico vulnerado y de la magnitud de la lesión causada al titular de ese bien jurídico. La proporción debe ser justa, por un lado el valor del bien jurídico afectado y por otro el “mal causado” al autor del delito con la sanción impuesta” (CF. Curso de Derecho Penal Uruguayo, M.C M T II página 123 y siguientes). A mi juicio, y esto no es nada novedoso, que un joven y marginal delincuente, recupere su libertad, cuando cumpla en su totalidad la pena impuesta, nada cambiará, cuando la idea de rehabilitación del mismo o su resocialización ha fracasado. La realidad nos muestra que el régimen al que son sometidas las personas privadas de

libertad, en muy pocos casos se corresponde con lo estatuido por el artículo 26 inciso segundo de nuestra Constitución Nacional, ya que la pena no puede servir únicamente para imponer un castigo, sino también para servir a la resocialización del preso. “En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí solo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito.” Nuestra gran mayoría de presos, que pertenecen a la escala social más desfavorecida y marginal de la sociedad. Esa privación que se produce a través de la pena, no puede de ninguna manera traspasar ciertos límites que están determinados por la cultura y sus exigencias en una sociedad determinada y en un momento histórico determinado. Con el pretexto de proteger la seguridad jurídica, la pena no puede extralimitarse causando a su vez una alarma social y perturbando de ese modo la seguridad jurídica”. Hasta aquí el voto del Dr. Daniel Tapié.

La culpa de U. es delinquir, determinar qué hizo y sancionarlo porque sigue en la senda delictiva y su pronóstico es de alta probabilidad que continúe delinquiendo si no se puede dar cumplimiento a su

cometido de reinserción social y de rehabilitarlo y de educarlo (artículo 26: “En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito”) y el 70 de la Constitución:”Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial”), y si **desde niño partió con desventajas y además se ubicó, con limitada autodeterminación, en el camino del delito, el fracaso será elevado.**

Tiene 23 años, como tantos otros ¿Qué vamos a hacer para que no salga igual o peor? ¿Quejarnos porque una parte de esas agencias antes que delinquiera y luego dentro del centro de reclusión no cumplieron porque no pudieron?, ¿Cuántas veces más esperaremos que delinca? ¿Tendrá la oportunidad de no pertenecer a la exclusión social?

Esperaremos, entonces, que durante su estadía carcelaria se creen hábitos de trabajo y alguna oportunidad de inserción laboral - lo que no ocurrió con seis reclusiones y siete antecedentes - cuando recupere la libertad (lo que todos debemos entender es que más temprano o más tarde todos recuperan la libertad y ahí la pregunta **¿qué se hará**

para que cuando lo haga no viole más nuestras normas penales de las que todos somos víctimas?. Si nada se hace todos suponemos que continuará delinquiendo).

Decía la extinta Profesora Emérita de Derecho Penal, Dra. Ofelia Grezzi, citada en la sentencia de 2001 publicada en la Revista de Derecho Penal número 14 caso 137 página 398: “.. la vida social le reclama a la dogmática una referencia necesaria a la realidad e impone una integración político criminal en el plano sustancial de los conceptos jurídicos. Cuando la culpabilidad de acto se trata la personalidad (art. 86 C.P.) es uno de los datos del autor (**edad, educación, costumbres, estrato social....**” y citando a otro de nuestros **actuales Profesores titulares de la Cátedra de Derecho Penal** agregábamos: “ la absoluta indisponibilidad del bien jurídico generan dificultades en el destinatario de la norma para internalizar y guardar respeto al valor motivante en la norma y la situación del sujeto marginalizado tiene consecuencia en materia de responsabilidad: **declina la intensidad del reproche de culpabilidad** (en los términos de la dogmática neoclásica)”.

Y reflexionaba: “es decir, no se hace operar al principio de culpabilidad para la efectiva graduación de la pena...

Quizás el desafío pase por sugerir lineamientos integradores en materia de reprochabilidad que nos ayuden a entender cómo la culpabilidad sintetiza – siempre e ineludiblemente- **una culpabilidad social**” y añade : “a nuestro modo de ver, sólo una teoría del sujeto responsable puede ser abordada con provecho en la dinámica de la culpabilidad en la cual los elementos ligados a la persona del autor operan con significado reductor” “...el individuo, como miembro de la comunidad jurídica tiene que responder por sus hechos en la medida de su culpabilidad.... luego el principio de culpabilidad tiene una declarada vocación de correctivo constituyéndose en medio... para limitar la potestad penal estatal” (G. D. F. Culpabilidad y Teoría del delito B de F 1995 páginas 79, 130 y 131).

En la Revista de Derecho Penal número 20 caso 245 páginas 659-660 se ha dicho con solvencia: “La rehabilitación es probabilidad e imposición al momento de individualizar una pena privativa de libertad porque su finalidad esencial es la reforma y la readaptación social de

los condenados.... si la finalidad de la pena es la reinserción social (al tiempo que prevención) la “utilidad” de la directiva supralegal es ineludible” (se refiere al art. 26 de la Constitución).

Y en la Revista de Derecho Penal número 22 caso 413 página 435 se expresa por otra Sala que “la principal finalidad de la pena es la reinserción social la utilidad de la directiva supralegal permite reconducir la neutralidad del legislador y prevenir resultados disvaliosos para con un marginado cuya torpeza es propia de la vulnerabilidad o selección criminalizante que también debe pesar al momento de considerar los antecedentes personales”.

Y U. estuvo 6 veces preso y ahora estará 2 años ¿saldrá algo mejor y la sociedad tendrá mayor alivio o será peor y tendremos algo peor?

¿Para qué se pregunta en la audiencia judicial qué estudios tiene, si tiene familia, si tiene trabajo, cuánto gana, cuál es su núcleo social sino para saber de dónde viene y valorarlo en la medición de pena? Eso se hace desde 1981. Para conocer la personalidad, y de dónde viene, se hace para graduar la pena entre otros aspectos (como si tiene

antecedentes que determinarán, en la mayoría de las ocasiones, la prisión preventiva obligatoria).

En la sentencia número 415 de 2007 expresamos que “no tenemos cultura de indagar acerca de los elementos puntuales sobre los que más tarde concretamos la pena... esa personalidad y peligrosidad deben ser investigadas durante el proceso... porque el nivel cultural, el trabajo estable, los lazos sociales permiten elevar la cantidad de pena ya que su situación facilita buscar caminos - por la posición socio económica cultural diversa a la un marginado...”

Este Tribunal respeta la ley nacional, nos guste o no, como lo es el concepto de peligrosidad, esto es, la probabilidad que cometa nuevos delitos para elevar la pena (que es un correctivo de la pena no la médula de la pena) pero sin olvidar lo primordial que es el acto delictivo (y luego recién sus atenuantes y agravantes) y la personalidad del individuo que a veces se le puede reprochar mucho más a algunos y a otros menos.

Se debe propulsar que estos reincidentes de delitos sin violencia y de escaso valor que son recuperados para la víctima ingresen al sistema social porque es la única

alternativa que tenemos, como sociedad, de soportar menos delitos.

Y así lo consagran sociedades como la colombiana en su artículo 56 cuando admite atenuantes como ser marginal o pobreza extrema en delitos contra la propiedad. **No se lo está absolviendo, van presos por mucho tiempo** (aunque en algún caso donde intervino el mismo fiscal Rodríguez Martínez a un multi infractor de la ley penal por el delito de hurto accedió a que se le concediera la libertad provisional a los siete meses y veinticuatro días, como representante de la sociedad, Ficha IUE 98-16/2013 sentencia que, luego, terminó dictando este Tribunal, número 252/2013) pero U. (que es un sujeto responsable y debe responder y se lo pena por ello) estará preso por mucho tiempo, se le aumenta la pena por su multireincidencia y su probabilidad de que cometa de inmediato otros delitos.

Así funciona la doctrina de la co culpabilidad social (que con éste nombre o desde siempre, amenguando la negrura de la pena excesiva, y desventajas sociales que fueron tenidas en cuenta por toda nuestra jurisprudencia - aunque

no se le llamara así - desde la década del cincuenta del siglo XX).

De la misma manera lo ha hecho el artículo 45 del Código Peruano donde para determinar la pena el juez debe tener en cuenta las carencias sociales que ha sufrido el agente, su cultura, que daño le hizo a la víctima, su vulnerabilidad (base del dogma en cuestión al decir de Alejandro Slokar, Presidente de la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina) y esas fallas que no le son imputables no se le cargan, son fallas de otras agencias y no de él.

En otra sentencia que tuvo **elogios de la doctrina** (Revista de Derecho Penal número 18 página 400 y siguientes con comentarios de la Profesora Agregada de Derecho Penal Dra. M. M.) decíamos: “La secuencia fotográfica de la marginalización que impregna la escena, cala en los valores de un sector pauperizado, donde no resulta de fácil acceso ni siquiera para los órganos policíacos. Esa exclusión social se reproduce y genera una sub cultura que no es equiparable a alguien que no padece semejante estigmatización social” y el anterior Señor Fiscal de Corte y Procurador de la Nación, desistió del Recurso de

Casación interpuesto y destacó que el Tribunal “**sigue además el criterio tradicional de tomar en cuenta las circunstancias culturales y sociales a la luz de las cuales debe apreciarse esa racionalidad**” (página 406 in fine).

Y nuestro país tiene en el artículo 46 numeral 13 atenuantes como toda aquella circunstancia fundada que se considere como tal, en el caso, su semi analfabetismo y el fracaso de otras ramas encargadas de su contención ante el delito y su reincidencia. (Así lo expresa el tercer Profesor titular de la Cátedra de Derecho Penal uruguayo: “... tales como la condición de analfabetismo, vivir en situación de calle o de exclusión social y en general peripecias desgraciadas de vida de todo tipo...” Código Penal U.M. Tomo I 2003 página 164) de manera que nada se ha inventado y menos aún sin respaldo doctrinario y jurisprudencial.

5. Y además por los siguientes fundamentos del Sr. Ministro Dr. José Balcaldi Tesauro, a saber: El Derecho Penal vigente en la República Oriental del Uruguay es fundamentalmente de acto (se ciñe al principio de legalidad y castiga por lo que la persona **HACE**), dentro

de la concepción del derecho penal liberal, por oposición al autoritario donde las garantías del justiciable y de la sociedad no se respetan, porque donde así se procede en realidad el Estado de Derecho ha decaído.

El Derecho penal moderno es un Derecho penal de acto (“*tafstrafrecht*”) y no de autor (“*taterstrafrecht*”), de la voluntad (“*willensstrafrecht*”) o de ánimo (“*gesinnungsstrafrecht*”).

¿Qué significa Derecho Penal de acto?

Pues lisa y llanamente que se rige por el principio de legalidad y se reprocha a la persona por lo que efectivamente hace, es decir que el agente será penado por el acto ilícito cometido.

“...El Derecho Penal del hecho (del acto) es una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo...” (**ROXÍN, Claus, Derecho Penal. Parte General, pág. 176).**-

En nuestro derecho positivo en particular se impone al Estado la obligación de intentar la rehabilitación y la reinserción a la sociedad del agente según ordena la Constitución en su artículo 26 “...En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar; y si solo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis el delito...”.

En concreto, de lo que se trata es de que cada cual debe asumir la pena como infractor por ser sujeto de derechos y obligaciones y, por ello, puede y debe hacerse responsable por sus actos.

“...JESCHECK expresa “que la función delimitadora y limitadora de la pena por el principio de culpabilidad se halla fuera de toda duda, la cuestión de hasta qué punto la pena puede atenuarse por debajo de la medida de la culpabilidad, por razones de prevención especial, se cuenta entre los problemas más discutidos en la actual Ciencia del Derecho Penal. La pena ha de ser compensación de la culpable violación del Derecho, porque sólo así cabe alcanzar de forma justa el fin de protección de la sociedad. Concluye que “el Juez debe mantener el principio de culpabilidad como principio de medición de la pena...” citado por Montano (Sistema Penal Uruguayo, pág. 64).

Y, por suerte, ese es el criterio rector del derecho penal patrio y, claro está, nunca se puede perder de vista el hecho concreto que se juzga.

¿Por qué?

Pues porque solamente es posible castigar al agente por lo que hace, por la conducta concreta que transgrede las normas de la convivencia social y no por lo que es, ni por lo cree o piensa. La pena se determina exclusivamente en función del tipo legal que ha encartado su conducta.

Es muy fácil penalizar con gran severidad a los menesterosos, a los indigentes, a los ignorantes o desvalidos sociales, pero resulta que luego no lo es tanto con los poderosos, los influyentes o los grandes delincuentes y esto es lo que aflige a la sociedad, no los hurtos de bagatela que el Sr. Fiscal califica de graves.

Muy por el contrario a esa concepción humanista y garantista que hoy día nadie discute en la sociedad occidental, el Sr. Fiscal Enrique Rodríguez Martínez (más allá de la retórica de su libelo y las citas a esta Sala que no hacen más que confirmar que lo que se resolvió en este asunto tiene consistencia con su postura previa), instala como idea central de su pretensión que el caso de autos debe resolverse en base al criterio del Derecho Penal de autor, donde el agente responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas, socioeconómicas o su personalidad, que se cataloga de proclive al delito, por lo

que la conclusión única posible en dicha concepción es que se trata de un sujeto peligroso para la sociedad, la persona se castiga por lo que es, **“un delincuente”**

“...El modelo del autor asume que las características personales del inculcado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad...”.(Derecho penal del autor y derecho penal del acto. Rasgos caracterizadores y diferencias. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, Tomo I, página 374).

Este razonamiento parte de una verdad absoluta que en realidad es falsa y se basa en que existe una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en

nuevo y ello no se ajusta a la vida real, ni mucho menos a lo que se espera de los integrantes de la sociedad y a lo que el Estado debe procurar.

Pues bien, sin ingresar a lo que la criminalística actual sostiene sobre la tan mentada peligrosidad, por lo menos puede decirse que es un concepto decadente que está en plena evolución, por lo que no comparto el criterio del Sr. Fiscal independientemente de todo aquello que tenga vinculación con la teoría de la criminogenia.

En todo caso estamos a días de la entrada en vigencia de un nuevo proceso penal donde la regla es que los encausados esperan su sentencia en libertad y resulta que ahora éste procesado sin sentencia firme debe seguir en el régimen que se pretende derogar lo cual es una inconsistencia en sí misma.

Solamente le asiste razón al actor cuando cita normas legales que toman en cuenta algunas circunstancias específicas en relación a la medida cautelar de la prisión preventiva o la incidencia en la cantidad de pena de la reincidencia, pero claro está, ambos puntos son accesorios de lo medular, **que es el acto efectivamente ejecutado,**

pero nunca pueden ser lo principal en el reproche penal y en la pena la personalidad del agente.

Remarca el Sr. Fiscal que el encausado cometió siete delitos previos y fue condenado por todos y cada uno de ellos, lo cual es cierto, pero no aclara que en todas las causas cumplió prisión cautelar como lo dispone la ley y, además, que fue excarcelado a la espera de la pena única que le corresponda, luego de la cual será el momento de definir si la cumple efectivamente o no, pero ni siquiera ello es competencia de los tribunales de conocimientos sino de la Suprema Corte de Justicia, que resolverá si le concede la libertad condicional o no según ordena la Constitución y la ley vigente.-

En suma, los institutos de la libertad condicional y anticipada no son de creación jurisdiccional sino de política legislativa y a la ley vigente hay que estar.

Ahora, el Sr. Fiscal Rodríguez Martínez entendió que el procesado en este asunto debió ser penado con dos años y dos meses de penitenciaría, a lo cual está en todo su derecho, como cualquier otro actor en un juicio que reclama su derecho pretense, pero la decisión en el Estado

de Derecho siempre es de la Justicia porque mal podría pretenderse que fuera de otra manera.

El Sr. Fiscal dice en su libelo que no comprende al Tribunal o a sus fundamentos jurídicos y, abunda, que menos lo entiende la sociedad. El punto radica en el abatimiento de la pena porque discrepa con que el procesado pueda obtener la excarcelación que argumenta es “inevitable”.

A mi juicio es una simple especulación que contraría su voluntarista opinión, porque el guarismo de prisión bien puede terminar con la excarcelación provisional como eso no acontecer o, bien puede ser liberado anticipadamente por la Suprema Corte de Justicia o ello no ocurrir, en fin, el planteo no se ajusta al derecho sino a la opinión.

Aspira a que siga en prisión cautelar, probablemente hasta que quede firme la sentencia y, luego que la Suprema Corte de Justicia, le niegue la libertad anticipada y cumpla toda la pena impuesta en segunda instancia, aspecto sobre el que también tiene derecho como cualquier otro justiciable, pero resulta que eso será tema de análisis cuando corresponda.-

Entonces parece que se funda en un Derecho Penal exacerbadamente de autor y, por ello, en la personalidad del enjuiciado dejando absolutamente de lado el delito que cometió y la entidad que tuvo el mismo, lo cual no comparto en lo más mínimo y por otra parte ya fue analizado por el Tribunal de Justicia competente que estableció que la pena acorde al caso son veinticuatro meses de prisión.-

Pues bien, si no le conforma el fallo lo que corresponde es acudir a las normas del derecho procesal vigente e interponer recurso de casación, ya que no le acompaña la razón cuando argumentó que tal impugnación es inadmisibile, en todo caso lo que puede pasar es que sea rechazado si el fundamento encaja puramente en los límites que son discrecionales que es cosa muy distinta.-

En concreto la pena pasible del recurso de casación según dijo la Suprema Corte de Justicia, a saber:

a) “...Sin embargo el tribunal de casación puede controlar si el poder de aplicar discrecionalmente la pena ha sido ejercido dentro de los límites fijados por la Ley. La casación puede actuar su control cuando el juez ejerce su potestad discrecional, positiva o negativamente, fuera de

los límites establecidos por la Ley, fuera de los casos admitidos por ella, o sin observar las condiciones exigidas por la norma jurídica (cf. De la Rúa, La Casación Penal, 1994, págs. 64 y 66)...”. (Sen 225/2005)

b) “...Langón señala al comentar el artículo que: “Pena legal será aquella que se encuentre entre los extremos mínimos y máximos fijados para cada tipo de delito, pero pena es aquella que retribuye adecuadamente, conforme a las pautas que indica la Ley, la conducta antijurídica y culpable del sujeto, refiriendo a un hecho del pasado del cual es la consecuencia jurídica principal” (Código Penal, Tomo I, 2a.. Edición pág. 323).

En casos como el de autos, habiéndose deducido agravio por la Defensa en sede de casación la Corte se encuentra habilitada para considerar la debida adecuación entre el estándar legal de individualización de la pena y el resultado del proceso de determinación del caso concreto. En función de ello, al entender que en la especie el monto de la pena impuesta se compadece con la razonable aplicación de las pautas establecidas en el artículo 86 del Código Penal y no sobrepuja el máximo previsto por la

Ley para la figura delictiva que se le tipificó al enjuiciado, corresponde se mantenga la misma...”(**Sen 123-2015**).

c) “...1o.- Que el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Letrado en lo Penal de Tercer Turno, salvo en cuanto al monto de la pena, que se revocó, fijándola en cuatro años de penitenciaría (fs. 237-238 y 203-210 v.).

...Por otra parte, el Tribunal se ajusta a las exigencias del art. 53, Código Penal, al examinar las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y, al fijar la pena, no supera la cuantía impetrada por el Ministerio Público, en uso de una discrecionalidad reglada, ni quebranta norma alguna de derecho.

A mayor abundamiento, señala incluso su discrepancia con la pena impetrada en la acusación, por reputarla benévola, indicando que en realidad correspondería superarla (fs. 237 v.- 238). La pena aplicada, pues, es legal y en consecuencia, procede rechazar el recurso hecho valer en la especie...”(**Sen. 56/1990**)

d) Pero también hay casos donde corresponde su revisión por razones realmente mensurables, a saber “...Cásase la sentencia recurrida y, en su lugar, confírmase la sentencia

de primera instancia salvo en lo referente a la pena, que se fija en seis años y seis meses de penitenciaría, con descuento de la preventiva sufrida. Y devuélvase...". (sen **740/1996**)

Pero la realidad es que aún se trata de un procesado cumpliendo una medida cautelar de prisión preventiva y, siendo así, sus argumentos son evidentemente una clara justificación de pena anticipada mediante una medida cautelar, que justamente el nuevo proceso penal razonablemente debería erradicar.

Si la Justicia determinó que la pena adecuada son veinticuatro meses de prisión, dos menos que los requeridos, pues a ello debe estar el actor o recurrir a las vías procesales que la ley patria establece, no observo otra solución jurídica al tema.

La postura es una contradicción lógica frente a los nuevos tiempos que ponen en el acusatorio otra necesaria visión de la situación, pero eso es harina de otro costal, porque hoy y ahora existe una ley vigente que debe acatarse.

Lo otro es imponer una medida cautelar indefinida en el tiempo o permanente, que como se dijo es una pena anticipada, lo cual no comparto, pero además el justiciable

(que puede ser cualquier integrante de la sociedad en alguna desgraciada circunstancia), tiene derecho a solicitar su excarcelación provisional si es procesado o la libertad anticipada si es penado con sentencia firme y el mundo contemporáneo apunta a las medidas sustitutivas del encarcelamiento y a la resocialización lo que choca frontalmente con los argumentos del actor de este juicio.

Véase:

El procesado es un reincidente específico de delitos contra la propiedad, por cierto siempre de pequeños hurtos, por los cuales entre todos ellos cumplió menos de veinte de meses de prisión preventiva cautelar a la espera de la pena única final y a la decisión de la Suprema Corte de Justicia sobre la libertad condicional, aspectos colaterales al hecho por el cual se lo juzgó en este proceso que es el acto ilícito que cometió y no otra cosa.

Pues entonces de qué estamos hablando, ni más ni menos que de un hurto de los denominados de bagatela, que si no fuera justamente por las disposiciones legales que regulan la prisión preventiva, no sería ni siquiera de interés del Estado judicializarlo, **porque concretamente el individuo**

tomó del interior de un vehículo cuatro efectos, que su propietaria valoró en \$ 1.000.

La misma ni llegó a entrarse de la situación, sino que fue localizada por la policía, ya que se había detenido un sospechoso con los efectos y el mismo confesó que no eran de su propiedad, sino que los había sustraído. Así se llegó a la víctima que los identificó y le fueron reintegrados inmediatamente (en menos de tres horas el asunto quedó concluido).-

Interrogada la damnificada sobre si había sufrido daños en el rodado manifestó que no. Estaba abierto.

Este es el hecho que se debe juzgar según el derecho penal de acto.

¿Qué tiene de especial este hecho en particular?

Salvo que es obviamente un delito y debe ser perseguido nada, máxime que la sociedad está asolada por las rapiñas, los copamientos y sobre todo por los gravísimos homicidios, que son los que conmueven a la misma que nada tienen que ver con este asunto, sobre todo a los terribles homicidios que están proliferando y cuya pena mínima sigue siendo veinte meses de prisión.

El simple análisis de la cuestión determina que nada justifica en este caso una larga prisión preventiva sin alternativas para el individuo, sino por el contrario estar a los procedimientos que la ley vigente regula visto que se trata de un delito de bagatela.

Una simple reflexión sobre el lugar del Uruguay en nuestro planeta.

De los más de doscientos países que se estudian, dentro de los veinticinco más violentos del mundo hay diecinueve de la región latinoamericana y los seis restantes del África, por lo cual, a eso debe apuntar la criminalidad y no a delitos de bagatela cometidos por menesterosos y marginados sociales.

De todas formas, no puedo menos que reiterar lo que ya se dijo en el fallo, esto es que el proceso penal estuvo bien iniciado y lo mismo la prisión cautelar preventiva, porque la ley así lo impone por las causas previas y, lo primero que hay que respetar en un 100%, es el principio de legalidad.-

También es totalmente justa la condena porque el hecho existió y se probó plenamente, como asimismo la pena individualizada en segunda instancia, que excede el piso al

punto que lo duplica, porque debe apreciarse la circunstancia agravante de la reincidencia ya que la ley lo reclama, pero nada más que por eso.

Hasta allí lo razonable, pero el resto del planteo del Sr. Fiscal de llevar a guarismos de penitenciaría un acto de mínima repercusión para la víctima, por no decir lisa y llanamente ninguna, como tampoco para la sociedad, es manifiestamente un exceso que desconoce la realidad de la criminología actual en el derecho penal liberal occidental.

Implica además, que en este caso el actor está haciendo un abuso de la prisión preventiva cautelar por razones que dice no comprender y que alega la sociedad no entiende, punto este último razonable si está mal informada de lo que pasa, pero injustificado en un Fiscal Nacional que cuenta con treinta o cuarenta años de literatura jurídica para consultar.

Además y sobre todo es la legislación la que viene insistiendo en la sustitución del encarcelamiento por otras formas de control social o de cumplimiento de la pena dejando para los casos de delitos graves el confinamiento prolongado, lo que no hace más que dejar plásticamente

estampado que lo que aquí se aboga por utilizar es una medida cautelar como adelanto de la pena, lo que contradice toda la doctrina y jurisprudencia del derecho penal liberal.-

En todo caso, como en cualquier incidente excarcelatorio la opinión del actor debe tomarse en cuenta, por lo cual por ahora, coincido con los restantes integrantes de la Sala en que procede mantener la seguridad a la espera de los próximos pasos porque se ha desnaturalizado la situación particular de este encausado.

6. **Acerca de la denegatoria de la libertad provisional:**

Tal como lejanamente decía el Profesor Moretti (Derecho Procesal Penal Tomo II página 179) la prisión preventiva es una medida de seguridad en cuanto previene la comisión de nuevos delitos y si el pronóstico es que si el Estado no le confiere alternativas dentro de su obligación de rehabilitar, y esperemos que en este tiempo que resta y el que ya ha cumplido lo haga; y por otra parte es una medida de garantía impidiendo que se sustraiga a la ejecución de la pena por fuga u ocultación todo lo que se justifica ya que **es muy probable que continúe delinquiendo.**

7. Por los fundamentos expuestos el Tribunal

RESUELVE: *No hacer lugar a la libertad provisional solicitada. Y devuélvase.*