

## **Sentencia N° 472**

Ministro Redactor: Dr. Daniel Tapie Santarelli.

Montevideo, 18 de diciembre de 2012.-

### **VISTOS:**

Para Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia esta Causa: “R. R., M. D.; R. R., M. M.; R. R., M. F.; D. C. B., S.; T. G., E.; A. L., D. R.. Un delito de Lesiones graves especialmente agravado y dos delitos de lesiones personales especialmente agravados.” IUE: 355-396/2012 venida a conocimiento del Colegiado en mérito a los Recursos de Nulidad, Reposición y Apelación en subsidio interpuestos por los Señores Defensores: Dra. Martha E. Abdala (Defensora Pública de E.T.), Dr. Gabriel Cartajena y/o Dra Mónica Da Silva, (Defensores de D. R. A. L.), Dr. N. D. (Defensor de M., M. y M. R. R.) y Dra. Zaida de la Carrera, (Defensora de S. D. C. B.), contra la Resolución N° 1871 del 4 de setiembre de 2012 dictada por la Señora Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Salto de 4° Turno, Dra. F. Isabel Suárez Sacco, con intervención del Señor Fiscal Letrado Departamental de 2° Turno, Dr. Carlos Rodríguez Carrete.

### **RESULTANDO:**

I) Por la referida decisión se dispuso el enjuiciamiento y prisión de M. D. R. R., M. M. R. R., M. F. R. R., S. D. C. B., E. T. G. y D. R. A. L., como autores de un delito de lesiones graves especialmente agravado y dos delitos de lesiones personales especialmente agravados.

II) En tiempo y forma y a fojas 329/332, la Defensa Pública del imputado E. T. interpuso los Recursos de Reposición, Apelación en subsidio y de Nulidad contra el auto de procesamiento N° 1871 de fecha 4 de setiembre de 2012, aduciendo en lo sustancial los siguientes agravios: a) que no existe en autos prueba habilitante que permita sostener y justificar la imputación de su defendido, b) Las declaraciones del resto de los indagados no lo involucra, c) su participación en el problema inicial dentro de la discoteca (empujones y golpes de puño), fue previa y sin consecuencias, d) descarta valor probatorio del expediente 354-186/2005 acordonado y manifiesta que la agregación de un anónimo es inaceptable, e) Niega que T. haya integrado el grupo de ocho o nueve salteños que salieron detrás de los montevideanos en ayuda de sus compañeros, f) solicita la nulidad del reconocimiento practicado el 31 de agosto de 2012, g) la reconstrucción celebrada el 31 de julio no puede ser considerada como medio de prueba, ya que fue incompleta, h) solicita la nulidad del reconocimiento que llevó a cabo R. B. (fs 98/102), por ser violatoria de las garantías mínimas de su defendido, i) por haber actuado la Magistrado con parcialidad y j) no haber velado por la igualdad de las partes en el proceso (art 113 CPP), k) que la Magistrado al dictar el auto de procesamiento en forma previa a las audiencias del 126 CPP, cometió prejuzgamiento, razón por la cual planteó incidente de Recusación, l) pese a la Recusación interpuesta la Sra. Juez en forma inmediata a la realización de las

audiencias del 126 CPP incorpora al expediente la interlocutoria N° 1871 previo paso por el decretero y que ante el planteamiento de la recusación por dicha Defensa la misma debió pronunciarse sobre esa cuestión, bien aceptando la recusación y absteniéndose de actuar o no aceptándola y sustanciar el incidente, estando en definitiva a lo que resolviera el Tribunal de Apelaciones competente conforme a lo que establece el artículo 328, punto 4 del CGP; m) solicita que se revoque por contrario imperio el auto de procesamiento disponiendo la libertad de su defendido y la nulidad de dicha interlocutoria.

La Defensa de particular confianza del encausado D. R. A. L. a fojas 334/340 vto, interpuso Recursos de Anulación y de Reposición y Apelación en subsidio contra el auto de procesamiento, expresando en lo medular: a) impugna de nulidad causativa de perjuicio (art 98 CPP), la infracción de leyes prohibitivas que se traduce en la violación de normas que rigen la intervención y la sujeción del imputado, disminuyendo sus garantías, así como los demás hechos y actos que el ordenamiento procesal penal reconoce expresamente como nulidades, por cuanto suponen violaciones a las reglas del debido proceso (arts 100 y 101 num 1°, 3° y 4° CPP); b) afirma que surge la nulidad absoluta del auto de procesamiento fundándose en la interposición previa de la recusación por prejuzgamiento del magistrado actuante en audiencia ratificatoria prevista en el art 126 CPP, que a su juicio debió paralizar las actuaciones antes de ejecutar el auto de enjuiciamiento, aceptando la recusación y absteniéndose de actuar o, de lo contrario, no aceptándola y previa sustanciación del incidente, estar a lo que finalmente resolviera el Tribunal competente. (art 328.4 del CGP); c) Habiendo sido cuestionada en este proceso la imparcialidad de la titular de la Sede por la causal específica de Prejuzgamiento, la Interlocutoria es Absolutamente Nula, ya que, no debió ejecutarlo hasta tanto se resolviera el incidente de Recusación; d) interpone recursos de reposición y apelación en subsidio contra el auto de procesamiento, por entender que existen errores en la aplicación de la norma de derecho y contravenciones a las reglas de valoración de la prueba y que no surge probado en autos la responsabilidad penal de su patrocinado, ya que el mismo no participó de los incidentes ni dentro ni fuera del local bailable; e) solicita se declare la Nulidad del auto de procesamiento N° 1871 por prejuzgamiento de la Sra. Juez con sus efectos legales y de mantenerse la interlocutoria se revoque el auto de procesamiento del Sr. D. R. A. L. por contrario imperio, decretando su libertad de forma inmediata, o en su defecto de mantenerse la recurrida se de trámite al recurso de apelación en subsidio interpuesto para ante el Tribunal de Alzada que por turno corresponda. La Defensa de particular confianza de los imputados M., M. y M. R. R., a fojas 342/350 vto, interpone y solicita conjuntamente la nulidad del auto de procesamiento con los recursos de reposición y apelación contra el auto de procesamiento y expresa en lo medular: a) que la recurrida debe ser revocada, ya que la instrucción presumarial, tuvo por fin último procesar una cantidad indiscriminada de personas, fruto de factores externos, que llevaron a la magistrada a hacerse una errónea representación de los hechos, que al bajarla a la sentencia, tiene la consecuencia de ser injusta, desarreglada a derecho y abarca a personas que no tienen una real participación en los delitos que se les imputa; b) pretende la nulidad del acto de procesamiento en el entendido de que la sala no estaba en condiciones de dictar un auto de procesamiento en mérito a existir una recusación de la que la jueza nada contestó, y es nulo admitir una prueba anónima; c) y de la armonización de los artículos 326.4 y 328. 1. 2. 3. 4 del Código General del Proceso y de las resultancias del expediente surge sin hesitaciones la nulidad alegada; d) analiza los hechos probados en autos y solicita la absolución de M. R. y su libertad inmediata y el cambio de tipificación respecto a sus hermanos M. y M. por la inexistencia de concurso real de delitos.

La Defensa de particular confianza del prevenido S. D. C., fojas 352/371vto, interpone Recursos de Reposición, Apelación en subsidio y Nulidad contra el Auto de Procesamiento N° 1871, aduciendo en síntesis: a) que la citada interlocutoria le causa agravios a su defendido por razones de forma y de mérito y acumula el recurso de nulidad por las “particulares características de la indagatoria presumarial y las condiciones en que se despachó el auto de enjuiciamiento”; b) impugna de nulidad causativa de perjuicio (art 98 CPP), la infracción de leyes prohibitivas que se traduce en la violación a las reglas del debido proceso (arts 100 y 101 numerales 1º, 3º y 4º CPP), impugnándose por vía de recurso en el término establecido en el art 103 CPP y de conformidad con lo preceptuado en el art 268 CPP; c) que en oportunidad de realizarse la audiencia ratificatoria (art 126 del CPP) a su defendido, como a los demás indagados, se interpuso demanda de Recusación ante el inequívoco prejuzgamiento en el cual incurrió la titular de la sede, y la Sra. Magistrado, antes de ejecutar el Auto de Procesamiento, debió pronunciarse sobre la recusación, en el sentido que fuere, esto es: aceptando la recusación y absteniéndose de actuar o, de lo contrario no aceptándola y previa sustanciación del incidente, estar a lo que finalmente resolviera el Tribunal competente; d) entiende que son nulos los reconocimientos y la diligencia de reconstrucción por disminución de las garantías, e) discrepa con la calificación jurídica y entiende que lo único que se puede dar por probado en relación a su defendido es la autoría de las lesiones personales experimentadas por M. C. y, en el peor de los casos, de las de R. B. pero, en forma alguna, atribuírsele la comisión de las lesiones graves padecidas por N. R.; f) solicita que se revoque por contrario imperio y se declare la nulidad del auto de enjuiciamiento y de las pruebas atacadas de nulidad por haber sido recabadas en violación de las reglas del debido proceso lo que ocasionó perjuicios, disponiendo la libertad del encausado, y para el caso contrario, se revoque por contrario imperio el auto de procesamiento en cuanto a la imputación y a la prisión preventiva.

III) Corrido traslado al Ministerio Público expresó: a) que todos los recurrentes peticionan la nulidad de lo actuado aduciendo la violación de las garantías mínimas de sus defendidos, por haber actuado la decisora con parcialidad y no haber velado por la igualdad de las partes en el proceso (art 113 CPP). No obstante ello, no se explicita donde se manifiestan esas desigualdades entre las partes, b) no hubo vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de medios de prueba ni desequilibrio de las partes pasibles de declaración de nulidad, c) entiende que el recurso de nulidad no merece prosperar en cuanto no reúne para su progreso la confluencia de la especificidad con la no convalidación y con la trascendencia; d) en cuanto a los recursos de reposición y apelación en subsidio, el titular de la acción penal ratifica el dictamen fiscal N° 1595 de fs 271 a 272 vta. y comparte el juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la imputación inicial y el contenido lógico plasmado en la interlocutoria objeto de impugnación (art 125 CPP); e) el quiebre en el desarrollo procedimental por la interposición de demanda incidental de recusación (art 326.4 CGP) trasunta fines dilatorios. De conformidad con lo preceptuado en el art 328.4 CGP dicha interposición por sí sola no tiene efecto suspensivo. De ser así sería la herramienta perfecta para apartar a un magistrado que entiende que la instrucción practicada habilita un pronunciamiento sobre la requisitoria fiscal, sin el previo diligenciamiento de otras pruebas o dilatar su pronunciamiento en beneficio de los indagados; f) solicita que se desestimen las pretensiones de las defensas.

IV) Por Resolución N° 2354 de fecha 18 de octubre de 2012, la Señora Juez de primera instancia, expuso en lo medular: a) que la nulidad por la recusación interpuesta por

prejuzgamiento a la que adhieren todas las Defensas debe ser descartada porque la misma se encuentra en trámite y fue elevada a esta Sala de 2º Turno con la contestación expediente IUE 355-339/2012, en donde no existió prejuzgamiento sino juzgamiento por tratarse de un delito flagrante para varios de los encausados; b) el auto de procesamiento está basado en la flagrancia propia, en que se trató de un delito de acción permanente que dejó vestigios, en los dictámenes técnicos de los Médicos Forenses que al analizar los cuerpos de B., R. y C. no constataron lesiones defensivas y que recibieron múltiples lesiones contusas, que los lesionados no conocían Salto, ni la Disco ICE, ni a los encausados con anterioridad ya que era la primera vez que venían y debieron huir despavoridos en el móvil policial dejando el auto en el que andaban en el estacionamiento; c) la tipificación prima facie imputada, es correcta para todos los encausados, sin perjuicio de su provisoriedad; d) se cumplió con la obtención de la semiplena prueba, de los elementos de convicción suficiente o la causa probable de la culpabilidad y la valoración de la misma en la tipificación, e) mantuvo en todos sus términos el auto de procesamiento N° 1871 y franqueó los recursos de nulidad y apelación para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, teniendo presente que fue elevado la causa IUE: 355-339/2012 Pieza Incidenta por Recusación.

V) Recibidos los autos por la Sala se citó a las partes para sentencia la que, previo pasaje a estudio, se acordó su dictado en legal forma.

#### CONSIDERANDO:

- 1) La Señora Juez de primera instancia desestimó el recurso de reposición incoado, franqueándose los de nulidad y apelación (fs 402). “El Tribunal de segunda instancia que debe pronunciarse sobre un recurso de apelación, deberá observar previamente si se ha hecho valer en el escrito interponiendo el recurso, la nulidad de la sentencia o de los actos de la primera instancia. En caso de que así fuere, examinará la petición de nulidad, y sólo si la rechaza, se pronunciará sobre los agravios de la apelación...” (artículo 261 del Código del Proceso Penal), lo que se ensambla con lo dispuesto en los artículos 267, 268, 100 y 101 del referido cuerpo normativo. En efecto si se trata de una nulidad absoluta e insubsanable procede su relevamiento de oficio por lo que se impone analizar lo planteado.
- 2) Por unanimidad de los integrantes naturales, el Colegiado habrá de anular la interlocutoria dictada y consecuentemente dispondrá la libertad de los todos los procesados en autos, debiendo pasar el expediente al Sr. Juez subrogante. Sin entrar a juzgar el mérito de fondo del presunto delito cuya imputación se ha concretado en la providencia N° 1871 de fecha 4 de septiembre de 2011, cuando debió decirse 2012 (fs 289 a 295), se dispondrá su anulación, por los fundamentos que inmediatamente se expresarán: El instituto de la recusación es de carácter preventivo, protector de los principios estructurales del proceso resguardando “la imparcialidad de los jueces, igualdad entre las partes, justicia, seguridad, paz y moralidad procesal” (GALLINAL, Manual, tomo II, pág 190 y siguientes; RUD Procesal N° 4-2001-casos 229, 230). Conforme lo dispone el artículo 328.4 del Código General del Proceso, “La demanda de recusación o el planteo de oficio, no suspenderá el trámite del proceso hasta que éste llegue al estado de pronunciar sentencia interlocutoria o definitiva. Los actos cumplidos

serán válidos, aun cuando se declare fundada la recusación...” “El artículo 328 del CGP que regula el incidente de recusación en el 328.4 dispone que este incidente no tiene efecto suspensivo, sólo corresponderá la suspensión cuando se llegue al estado de dictarse sentencia interlocutoria o definitiva y ello hasta que exista decisión sobre la recusación. Los actos anteriores serán válidos aun cuando se acoja el pedido de recusación” (CF. Angel Landoni Sosa. Código General del Proceso, Vol. 3ª, pág 1327). La Sra Juez de primer grado, al ser recusada por los Defensores de todos los encausados, en la audiencia ratificatoria (art 126 del CPP), debió adoptar las providencias que cumplieran estrictamente con lo ordenado por el artículo 328.4 del CGP, es decir, aceptar la recusación, remitiendo los autos al subrogante (art 328.2 CGP) o, no aceptar la recusación y someterse y elevar el incidente de recusación a conocimiento del Tribunal competente (art 328.3), quedando vedada toda posibilidad para dictar el auto de enjuiciamiento de los indagados, como acaeció en el sub judice o el archivo de las actuaciones. En el caso que nos ocupa se violó una ley prohibitiva, lo que apareja inexorablemente la nulidad absoluta (art 100 CPP). Como lo expresaba el maestro COUTURE: “El acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto impide que sobre él se eleve un acto válido. La fórmula sería, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser consolidada, pero necesita ser invalidada” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág 378). Ya esta Sala en anterior integración y ante un caso de idénticas características al presente estableció: “Preceptúa el artículo 328.4 del CGP que la demanda de recusación o el planteo de oficio, no suspenderá el estado del proceso hasta que llegue al estado de dictar sentencia interlocutoria o definitiva. Emerge de las actuaciones que la Dra A. L. antes de que el órgano jurisdiccional “ad quem” emitiera solución sobre el incidente de recusación planteado por la defensa, dictó la sentencia interlocutoria de encausamiento. Esa transgresión a una norma prohibitiva – el artículo 100 del CPP- genera la nulidad de la providencia impugnada o en otros términos hasta que el Tribunal de Apelaciones interviniente no dictara la resolución rechazando el incidente de recusación o aceptando el a quo no podía dictar sentencia interlocutoria o definitiva. Al hacerlo, la Sra. Juez ha infringido una norma prohibitiva y como lo prescribe el artículo 100 del CPP “es Nulo todo lo hecho contra las leyes prohibitivas”. Ello es motivo suficiente para acoger el agravio sobre la forma que invoca la parte impugnante y merita que se declare la nulidad del auto de procesamiento”. (S. 298/2003, del 8/8/2003). La Sala en su actual integración no encuentra razones jurídicas para apartarse de dicha solución, toda vez que las leyes prohibitivas constituyen normas jurídicas que tienen por finalidad obligar la adopción de determinadas conductas.

Es claro que cuando la ley prohíbe una acción nos encontramos frente a una norma prohibitiva y el hecho de ejecutar algo prohibido trae como consecuencia la nulidad del mismo. Ya desde larga data, la mejor doctrina, y aún los códigos modernos destacaban los aspectos que hacen o en los que se encarta una ley de esta naturaleza estableciéndose como aspectos sustanciales de la misma o distintivos peculiares el hecho de que ella es irrenunciable, que lo actuado contra la misma es nulo y que se admiten excepciones cuando la misma ley así lo establece. Y esta es la posición que adoptó el Codificador cuando en el artículo 8º del Código Civil dispuso textualmente que: “La renuncia general de las leyes no surtirá efecto. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes

prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario.”

Como lo expresa en su voto, el Sr. Ministro Dr. José Balcaldi: “El punto insalvable es que la Sra. Juez no procedió como lo ordena el artículo 328.4 del CGP. Lo que no es válido al dictar la resolución o sentencia porque es infringir una norma prohibitiva y eso es lo que pasó ya que la ley expresamente señala que no se suspende el trámite hasta el momento de dictar sentencia, ergo solamente hasta allí es posible proseguirlo. Por si fuera poco, se violó la prohibición en dos ocasiones, ya que se dictó el auto de procesamiento y también se expidió la Sra. Juez ante el recurso de reposición, que naturalmente también es una sentencia interlocutoria. A criterio de la “a quo” tal situación no invalida lo actuado puesto que según expresa la nulidad por seguir adelante estando planteada la recusación”...debe ser descartada porque la misma se encuentra en trámite y fue elevada a este Tribunal con la contestación expediente IUE 355-339/2012. Estimo que ello no es así porque no estaba habilitada para dictar resolución por imperio legal y como manifesté, entiendo que hacerlo de cualquier forma implica que el acto sea absolutamente nulo. Ni las partes ni el Juez pueden actuar de forma contraria a lo preceptuado por una norma prohibitiva (artículo 8 del Código Civil). DEL CAMPO, con su claridad enseñaba que: ... “el art 8 establece que al particular no le es permitido renunciar a las leyes, ni la renuncia general, ni la renuncia particular a las leyes prohibitivas. Esta disposición tiene una explicación clara. No tendrían ningún valor las leyes, si una persona pudiera decir: “Yo renuncio a la aplicación de la ley; yo no me ajusto a lo que la ley establece...”. Las leyes imperativas o prohibitivas interesan al orden público: por eso, no pueden quedar libradas al capricho de los particulares...” (Introducción, pág 68). Tal principio fue recogido en la legislación procesal penal, estableciendo una causal genérica de nulidad según reza el artículo 100 del Código del Proceso Penal que establece: “Es nulo todo lo hecho contra las leyes prohibitivas...” Frente a tan concreta norma resulta claro, a mi modesto entender, que el dictar una sentencia interlocutoria cuando la ley lo prohíbe no puede tener otra consecuencia que la nulidad absoluta.” Coincidentemente el Sr. Ministro Dr. William Corujo en su voto expresa: “...la Magistrada, antes que el órgano jurisdiccional de segunda instancia resolviera sobre el incidente de Recusación dictó la interlocutoria que sometió a proceso penal a los imputados. Se trata de una transgresión a una norma prohibitiva- artículo 100 del CPP- que genera la nulidad de la providencia impugnada ya que hasta que no se resolviera el incidente no podía continuar con las actuaciones emitiendo pronunciamiento sobre el fondo y el instituto de la recusación tiene por finalidad precisamente apartar de la decisión a un Juez ya que su imparcialidad se puso en tela de juicio hasta que no se resuelva por el Tribunal si corresponde o no hacer lugar a tal demanda”.

Por las normas citadas y los fundamentos expuestos, el Tribunal

RESUELVE:

- D) Anúlese la Interlocutoria N° 1871 de fecha 4 de septiembre de 2011 (cuando debió decir 2012) que luce de fojas 289 a 295 y, en su

mérito, disponiendo la puesta en libertad de M. D. R. R., M. M. R. R., M. F. R. R., S. D. C. B., E. T. G. y D. R. A. L..

- II) Pasen los autos al Juez Subrogante y dese cuenta a la Suprema Corte de Justicia. Y devuélvase.-