

//tencia N° 184

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, veintidós de febrero de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva esta causa caratulada: "**AA - AUTORA PENALMENTE RESPONSABLE DE REITERADOS DELITOS DE VIOLACIÓN - JUICIO ORAL - CASACIÓN PENAL**", IUE: 2-41362/2021, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Departamental de Colonia de 1° Turno [comparecencia a cargo del Dr. Leonardo Dugros] contra la sentencia definitiva N° 36, de fecha 8 de mayo de 2023, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno.

RESULTANDO:

I.- Por la mencionada, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno [Sres. Ministros Dres. Torres, Eustachio y Reyes (r)] falló: "*Confírmase la recurrida salvo en cuanto a la pena, cuyo guarismo se fija en 4 (cuatro) años (...)*" (fs. 211-230 vto.).

II.- A su vez, el pronunciamiento anterior emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Colonia de 4° Turno [juicio oral a cargo de la Dra. Dahiana Da Costa] por sentencia N° 67, de fecha 21 de septiembre de 2022, había fallado:

"Condénase a AA como autora penalmente responsable de reiterados delitos de violación, a la pena de nueve (9) años de penitenciaría, con descuento de la medida cautelar cumplida. Suspéndese a AA para el ejercicio de la patria potestad o guarda, quedando inhabilitada para el ejercicio de funciones públicas y privadas en el área educativa, de la salud y todas aquéllas que impliquen trato directo con niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores en situación de dependencia, por un plazo de diez años. Dispónese la reparación patrimonial para BB, por un monto equivalente a doce (12) salarios mínimos, que deberá abonar la Sra. AA (...)" (fs. 145-157).

III.- En tiempo y forma, la Fiscalía actuante interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el "Ad Quem" (fs. 234-241). Los agravios esgrimidos fueron los siguientes:

a.- sostuvo que en la recurrida la Sala llevó a cabo una manifiesta, absurda y arbitraria valoración de la prueba en tanto alegó un concepto científico, fundamento para abatir la pena de forma significativa, que no fue incorporado por ninguna prueba diligenciada en el correspondiente juicio oral. En efecto, señaló, el Tribunal entendió que la imputada presentaría una "manifestación de imputabilidad disminuida", lo cual no fue relevado en forma alguna por

el perito psiquiatra Dr. Calvo en su declaración y menos aún por la perito forense Lic. en Psicología Rosina Procopio. La Sala llevó a cabo una errónea valoración de dichos medios probatorios que reviste el carácter de absurdo evidente y conlleva nada menos que a un significativo abatimiento de la pena.

Apuntó que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, la Lic. Procopio manifestó que la imputada *"maneja la realidad de acuerdo a sus propios intereses, de forma arbitraria, desconociendo aspectos objetivos, es inteligente, pone distancia, no se involucra afectivamente, presenta características narcisistas, de manipulación, utilizando a los otros para satisfacer sus propios deseos"*. A juicio de la Fiscalía recurrente, de la valoración de dicho medio de prueba a la luz de la sana crítica y máximas de la experiencia, no surge en forma expresa el concepto de *"imputabilidad disminuida"* que alegó el Tribunal como fundamento único para abatir la pena.

Asimismo, transcribió lo declarado por el perito psiquiatra Dr. Calvo y adujo que, de la valoración de dicho medio probatorio, conforme la sana crítica y máximas de la experiencia, a las claras no surge el concepto de *"imputabilidad disminuida"* alegado por la Sala. Afirmó la recurrente que es claro que el Tribunal refiere a un concepto

científico que el perito no expuso, no manejó y ni siquiera mencionó, resultando arbitrario que los Sres. Ministros, que no cuentan con la experticia en la rama de la psiquiatría, lo aleguen con el fin de abatir a menos de la mitad la pena impuesta por la Jueza de primera instancia.

Argumentó que, sin desconocer que la jurisprudencia es conteste en considerar que es el magistrado quien, con los elementos técnicos proporcionados por el perito, debe decidir si el encausado es o no imputable, no es menos cierto que la imputabilidad disminuida a la que alude la Sala, de carácter excepcionalísimo, no ha sido ni remotamente relevada por los peritos intervinientes, no pudiendo los decisores apartarse groseramente de los conocimientos aportados por los expertos en área absolutamente ajena a lo jurídico. En el caso, señaló, el Tribunal utilizó el concepto de "imputabilidad disminuida" de forma antojadiza, mediante una errónea valoración de la prueba, sin que dicho concepto haya sido mínimamente referido por los peritos y sin brindar un fundamento sólido al respecto.

Expresó que, teniendo presente las características de este discutido instituto, la contundencia de las declaraciones vertidas por los peritos que encontraron en Neves una plena

capacidad para apreciar el carácter ilícito de sus actos, así como elementos en su personalidad y biografía que dan cuenta de que ella cometió los ilícitos que se le imputan, no se ve sustento alguno para aplicar este excepcionalísimo instituto.

Agregó que existe también errónea valoración de la prueba por la Sala al considerar que la persistencia de la imputada en mantener el vínculo con el adolescente *"se explicaría por una suerte de trauma o incapacidad para relacionarse normalmente con adultos del sexo opuesto"*, siendo que la imputada AA es casada y que fruto de la relación con su cónyuge nacieron dos hijos, resulta absurdo aseverar que aquélla tiene una incapacidad para entablar relaciones con personas mayores de edad.

b.- sostuvo que, al abatir la pena de penitenciaría de nueve a cuatro años, la recurrida incurrió en errónea aplicación de los arts. 30 y 86 del Código Penal.

Invocó jurisprudencia que ha sostenido que el instituto de la imputabilidad disminuida no se encuentra expresamente establecido en nuestro sistema y es producto de una errónea aplicación del artículo 30 del Código Penal.

Transcribió dicha disposición legal y sostuvo que de ella se pueden inferir

fácilmente dos interpretaciones: la primera, que nuestro legislador entendió que tanto la inimputabilidad total como la parcial resulta incapacidad; la segunda, que dicha inimputabilidad proviene de las siguientes circunstancias: enfermedad física o psíquica, intoxicación o influjo del sueño natural o hipnótico. Expresó que ninguna de estas interpretaciones ha sido aplicada por el Tribunal en el caso, existiendo una errónea aplicación de la norma, puesto que, por un lado, hacen referencia a una imputabilidad parcial y, además, el supuesto de la misma (*"persistencia en mantener el vínculo con el adolescente, se explicaría por una suerte de trauma o incapacidad para relacionarse normalmente con adultos del sexo opuesto"*) no se encuentra previsto en nuestra normativa, ni resulta análoga a las causales de imputabilidad previstas en el artículo 30 CP.

Agregó que, de acuerdo al artículo 30 del Código Penal, debe existir un motivo que no permita al sujeto comprender la antijuridicidad del acto y determinarse según su apreciación real, lo cual no se da en el caso de marras, según surge de las declaraciones de los peritos.

Por otro lado, señaló que la Sala aplicó erróneamente el artículo 86 del Código Penal, en tanto, al momento de individualizar la pena, llevó a cabo una fundamentación inadecuada, que

significó la disposición de una pena notoriamente menor a la solicitada por Fiscalía.

Indicó que el Tribunal se limitó a referir al guarismo punitivo mínimo para los delitos atribuidos (tres años de penitenciaría), así como a la presencia en la imputada de una “manifestación de imputabilidad disminuida”, dando por sentado sólo con ello que la pena de cuatro años de penitenciaría impuesta en el caso es la “justa recompensa” por el mal injusto ocasionado. La Sala fundó su decisión en base a un concepto erróneo -que no surgió del propio juicio- y a una alegación genérica, sin realizar la más mínima referencia a la naturaleza de los delitos que se le imputaron a AA, ni a las circunstancias en las cuales se llevaron a cabo los mismos, ni al daño que se le ocasionó a la víctima Mateo Melía.

Anotó que, sobre el último punto, el Tribunal no tuvo en cuenta lo que surge de la declaración de la perito forense Lic. Procopio, ni de la declaración de su psicólogo tratante, siendo ambos contestes en señalar el daño psíquico que dejó en Mateo las reiteradas violaciones a las que lo sometió la imputada desde sus doce años de edad. Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal que los delitos cometidos por Neves son los que más daño causan y que generan un daño permanente, más aún cuando las víctimas son niños, como

en el caso.

Concluyó que la fundamentación de la Sala respecto a la individualización de la pena fue inadecuada, genérica y arbitraria, ya que no tuvo en cuenta el mal injusto causado, esto es, el daño causado con la comisión de los delitos a la víctima, siendo, por ende, vulneratoria del límite de la razonabilidad.

En suma, solicitó que se case la sentencia recurrida en cuanto a la pena, condenándose a la encausada a la pena de nueve años de penitenciaría.

IV.- Por providencia N° 336, de fecha 30 de mayo de 2023 (fs. 242), se confirió traslado del recurso a la Defensa actuante quien lo evacuó y bregó por su rechazo (fs. 246-250).

V.- Por interlocutoria N° 401, de fecha 23 de junio de 2023, se resolvió franquear el recurso de casación interpuesto.

VI.- La causa fue recibida en esta Corporación el día 29 de junio de 2023 (nota de cargo de fs. 253).

VII.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde desestimar el recurso movilizado (dictamen N° 000155 de fecha 7 de septiembre

de 2023, que obra a fs. 257-264).

VIII.- Por decreto N° 1206, de fecha 11 de septiembre de 2023 (fs. 266), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

IX.- Culminado el estudio se acordó emitir pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de pareceres acogerá el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anulará la recurrida en cuanto abatió el guarismo de la pena impuesta por el Tribunal.

En cuanto a la pena que deberá imponerse, esta Corte, con la mayoría conformada por los Sres. Ministros Dres. Pérez, Martínez y el redactor, concluirá que la misma debe ser por el mismo guarismo que surge de la sentencia de primera instancia.

Por su parte, si bien las Sras. Ministras Dras. Morales y Minvielle estiman que es incorrecto el abatimiento dado por la Sala, extenderán discordia parcial por cuanto entienden que el aumento de la pena no debe llegar a lo dispuesto por la juez "A Quo", siendo todo ello así por lo subsiguiente.

II.- De modo preliminar, corresponde precisar que en el grado se tuvo por acreditada la siguiente plataforma fáctica:

“El adolescente BB en el año 2020, tenía 12 años de edad y cursaba 6to año de escuela, allí conoció a CC quien era su compañera e hija de la Sra. AA.

Posteriormente se formó un vínculo de amistad entre ellos, lo que derivó en que BB se quedara varias noches a pernoctar en la casa de la imputada.

En esas instancias el adolescente dormía en la misma habitación que AA y es en ese contexto que BB y ella mantuvieron relaciones sexuales.

Posteriormente, ante una consulta médica, el adolescente revela a la Dra. María Mota que había tenido esos encuentros y ello es derivado tanto a la asistente social Mariana Pessio como al psicólogo Gustavo Dietcher, con quien BB ya se atendía.

Así, surge de la prueba diligenciada en el presente juicio que la Sra. AA mantuvo relaciones de índole sexual con acceso carnal con el adolescente” (fs. 146).

En cuanto a la calificación delictual y la pena, la decisora de primer grado entendió que la conducta de la imputada, que viene de reseñarse, se adecua a la figura delictiva prevista en el artículo 272 numeral 1 del CP. (delito de

violación), en la redacción dada por la Ley N° 19.889, en tanto los hechos sucedieron estando en vigencia la misma. En efecto, consignó que la imputada, por medio de violencia, la que se presume, compelió al adolescente a sufrir conjunción carnal. Consideró que la imputada cometió, en calidad de autora, reiterados delitos de violación en un breve lapso.

En cuanto a las circunstancias alteratorias de la pena, relevó como atenuante genérica la primariedad absoluta en vía analógica (art. 46 numeral 13 del CP.) y como agravante específica la prevista en el art. 279 lit c del CP., por ser la víctima menor de dieciocho años de edad.

En suma, condenó a la encausada como autora penalmente responsable de reiterados delitos de violación a la pena de nueve años de penitenciaría, además de las sanciones accesorias previamente indicadas.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones ratificó la calificación delictual, pero disminuyó considerablemente la pena, en tanto consideró que *"(...) se parte de un mínimo legal de 3 años, y que la pericia psiquiátrica de la imputada, así como su persistencia en mantener el vínculo con el adolescente, se explicaría por una suerte de trauma o incapacidad para relacionarse normalmente con adultos del sexo*

opuesto, en lo que constituiría una manifestación de imputabilidad disminuida” (fs. 230).

En función de tal argumentación, la Sala fijó el guarismo de la pena de penitenciaría en cuatro años, confirmando en todo lo restante la sentencia de primera instancia.

III.- Establecido lo anterior, se pasará a analizar el primer agravio, el cual guarda relación con la supuesta infracción a las reglas legales de valoración de la prueba.

Sobre la cuestión, existen dos posiciones en la Corporación y, en consecuencia, se pasarán a exponer cada una de ellas con sus respectivas conclusiones del caso.

(a) Posición de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales sobre la valoración del material probatorio en materia de casación penal a la luz del NCPP.

En lo inicial, recuerdan los mencionados Ministros que ha dicho esta Corte que: *“(…) el Código del Proceso Penal, vigente a partir del 1º de noviembre de 2017, implicó un cambio relevante en relación a la errónea valoración de la prueba como causal de casación en comparación al anterior régimen procesal penal del Decreto-Ley No. 15.032. A saber, en el C.P.P. vigente a partir de 2017, Ley No. 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, el régimen de valoración de la prueba como causal de casación que rige las causas tramitadas bajo el nuevo CPP es el mismo que rige para las causas civiles. En este sentido, se expidió un reciente estudio sobre el punto (Cfme. Doninalli, L y Flores, C: '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 No. 19.293-', Tomo 2, FCU, Montevideo, 2019, págs. 71 y ss.)" (Cfme. sentencias Nos. 57/2021 y 111/2021).

Los antes nombrados estiman que la causal de errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, se

reduce a las hipótesis en las que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, como en el caso, cuando corresponda aplicar el sistema de la sana crítica y se incurra en absurdo evidente por lo grosero e infundado de la valoración realizada (Cfme. sentencias Nos. 594/2013, 452/2013, 273/2013, 4248/2011, 52/2010, 441/2017, 1094/2019, entre muchas otras).

Los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales participan del criterio conforme al cual la errónea valoración de la prueba como causal de casación -en sede civil y penal- presenta ciertas particularidades en nuestro ordenamiento jurídico: no cualquier error en la valoración puede ser invocado como error de derecho revisable en casación, sino solo aquellos errores groseros, que configuren un absurdo evidente o una arbitrariedad manifiesta.

En este punto, la Corte ha sostenido desde larga data, con base en el artículo 270 del CGP, lo siguiente: *"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas de admisibilidad o de valoración de la prueba, al 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 a 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” (Cfme. sentencias Nos. 829/2012, 508/2013, 484/2014, 593/2017 y 647/2018 entre otras).

El criterio antedicho impone, lógicamente y legalmente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba.

La primera condición

requerida es que quien recurre en casación debe denunciar, alegar un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improponible. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, más si se requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación.

En segundo lugar, la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado.

(b) Posición del redactor sobre la valoración del material probatorio en materia de casación penal.

A juicio del redactor, 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 y por ende su infracción puede alegarse

en el proceso de casación, en este proceso de impugnación que se ventila ante el grado supremo de la jerarquía judicial.

Sobre la valoración de la prueba en materia casatoria penal al amparo del CPP (1980), ya se tuvo la oportunidad de emitir pronunciamiento, plasmando tal criterio en sentencias Nos. 1405/2019 y 1406/2019 de esta Corporación (entre otras) -algunos de cuyos párrafos se citarán "supra"-.

Similares conclusiones adoptaba el redactor en hipótesis en las cuales el recurso de casación movilizado lo era al amparo de los artículos 268 y siguientes del Código General del Proceso -para causas cuya segunda instancia provienen de los Tribunales de Apelaciones en materias diferentes a la penal (véanse algunos casos en que debió integrar éste máximo órgano jurisdiccional por haber sido sorteado para integrarlo como Ministro de Tribunal de Apelaciones, entre otras Nos. 800/2014, 1.918 /2017; e integrando ya esta Corte, sentencias Nos. 1.446/2019 y 1.433/2019 entre otras).

Sobre el punto ha sostenido el redactor, en conceptos trasladables: "*...la valoración probatoria realizada por el órgano de alzada no resulta, en principio, excluida del control casatorio.*

En tal sentido, señala HITTERS, en cuanto a '... 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 (art. 279 del cód. de Proced. Civil y Com. De la Prov. de Bs. As.); 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. HITTERS, Juan Carlos: 'Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación', LEP, 2ª Edición, La Plata, 1998, págs. 459/460).

(Omiss)

'El error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas

legales consagradas expresamente en la norma procesal, esto es, constituyen 'verdaderas leyes o normas de prueba, y por ende su infracción podía [puede] alegarse en casación...' (cf. HITTERS, Juan Carlos: 'Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación', pág. 460).

(Omiss)

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. DE LA RÚA, Fernando, '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 Dr. Tabaré SOSA- y, en la medida en que se ha invocado como causal de casación la vulneración o errónea aplicación del art. 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 art. 140 del C.G.P. constituye causal casatoria, dado que, tal hipótesis resulta subsumible en los supuestos previstos en el art.

270 del C.G.P. y primera parte del art. 277.3 'ejusdem', aun cuando la infracción no pueda ser calificada como grosera, arbitraria o absurda (cf. VAN ROMPAEY, Leslie: 'Casación y las Reglas de la Sana Crítica' en *Tribuna del Abogado*, No. 137, marzo-mayo, Montevideo, 2004, págs. 6 y ss.)”.

Para la materia penal, con referencia al Código anterior, se observaba en tal orden de ideas, que sin detenernos en el problema epistemológico que supone determinar qué se entiende por verdad de los hechos en el proceso y cuándo, en qué condiciones y con qué medios puede ser alcanzada, para interpretar el significado y alcance normativo de “hechos dados por probados” cuya discusión en casación obturaría ab initio el texto del inciso 2 del artículo 270 del CPP, es decisivo tener en cuenta que es el principio de inmediación procesal lo que ha llevado a que en casación no pueda controlarse la valoración de la prueba, pero sólo entendida como limitación referida al proceso interno del juez; nada obtura controlar la expresión que el juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de la sentencia. Ello es así, como baluarte garantista que haga realidad el derecho a la prueba que debe reconocerse a las partes.

Forzoso es significar que se aceptan los certeros conceptos de BINDER BARZIZZA

("El proceso penal", ILANUD FORCAP, San José, Costa Rica - 1991, págs. 80-81) cuando enseña: "En cuanto al recurso de casación, no resulta tan importante determinar su origen y evolución histórica cuanto señalar que, por lo general, está ligado a sistemas procesales más respetuosos del sistema de intermediación.

Aquí el problema es el siguiente: el Juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y, sobre la base de esa observación directa ha dictado un fallo, en el que construyó los hechos" y determinó o definió el derecho aplicable al caso. Ese fallo se materializó en una sentencia que, como hemos visto y corresponde a las garantías judiciales mínimas, debe estar fundada, es decir, expresar los razonamientos que permitieron al Juez arribar al fallo. ¿Cómo controlar ese fallo sin afectar el principio de intermediación? He aquí el problema.

Tradicionalmente, el recurso de casación "respondió" circunscribiéndose al control de la aplicación del Derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. De ahí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso 'técnico', limitado a las 'cuestiones de derecho'.

Sin embargo, la evolución de la conflictividad social y las propias necesidades

políticas de un mayor control hicieron evolucionar al recurso de casación hacia formas más amplias, capaces de ejercer un mayor control.

No obstante, el recurso de casación tiene un límite que ha sido, hasta ahora, infranqueable: ejerce, fundamentalmente, un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos ya que, por imperativo del principio de inmediación, no puede ir más allá. Esto da lugar a dos consecuencias principales.

La primera consiste en que el recurso de casación es, fundamentalmente, un recurso que solamente anula ('casa') la sentencia de primera instancia ('reenvío'). En circunstancias excepcionales, es decir, cuando el error en la aplicación del Derecho es tan evidente que no se necesita prueba para tomar la decisión - por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito que no existe-, el juez revisor puede dictar un nuevo fallo directamente, sin 'reenvío'.

La segunda consecuencia es que el recurso de casación no puede controlar la valoración de la prueba entendida como proceso interno del Juez. Lo único que puede controlar es la expresión que el Juez ha hecho de ese proceso dentro de la fundamentación de su sentencia. De este modo, el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos

lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto".

Entonces, como los Jueces, de conformidad al artículo 174 del CPP, deberán apreciar la eficacia de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica; *"puede afirmarse que el criterio de valoración de la prueba penal deberá ajustarse a las "reglas de la sana crítica" concebidas como las reglas del correcto entendimiento humano, suma de lógica y de experiencia vital, según la imperecedera concepción de Eduardo J. Couture, sin cortapisas ni predeterminaciones legales de especie alguna"* (cfme. BERMUDEZ, V., *"Los medios de prueba en Curso sobre el Código del proceso penal. Ley N° 15.032"*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, pág. 319).

Dicha pauta coloca a la sana crítica como una regla legal y, de conformidad con el artículo 270 inciso 1 del CPP, el recurso de casación puede fundarse *"en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma"*.

Y cabe observar que las reglas del raciocinio, como explica FAIRÉN GUILLÉN (*"Reglas de la sana crítica y casación"*, en Revista de Derecho Procesal 1991, 1 -española- pág. 14) no se aplican en *"pura conciencia"*, antes bien, debe ésta

formarse racionalmente.

Hace más de treinta años, en el año 1987 con una claridad meridiana GELSI BIDART decía: *"Hemos sostenido en otra oportunidad que en el recurso de casación la Suprema Corte puede revisar de qué manera se ha aplicado la norma que impone al juez la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, por tratarse de una disposición jurídica y por ende, ingresar directamente en la órbita competencial de la S. Corte. Las disposiciones de la casación, se refieren al 'material de hecho' (a.280) que existe en el expediente y atenerse a los hechos probados en el mismo. Pero si resulta que se dan por probados hechos por la aplicación inadecuada de la norma jurídica, la S. Corte puede y debe hacer la aplicación de ésta que corresponde. ¿De dónde surge que la S. Corte debe velar por la correcta aplicación de algunas normas jurídicas y no de todas? ¿Qué disposición concreta lo establece?. No se trata de 'discutir los hechos dados por probados en la sentencia... que se tendrán por verdaderos (a. 270 inc.2) sino de establecer si 'los jueces' han apreciado la eficacia de la prueba 'de acuerdo con las reglas de la sana crítica' (art. 174)" (Cfme. BIDART, G., "Casación penal: garantías procesales y sana crítica", Revista uruguaya de Derecho procesal, año 1987, N° 4, editorial: Fundación de Cultura Universitaria, pág.*

523).

Lo expresamente previsto en el inciso 2 del artículo 270 del CPP -"No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos"- no colide en forma alguna con el mandato previsto por el codificador en el artículo 174 del CPP al exigirle al Magistrado que valore las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.

Dicha norma no se encuentra exceptuada de forma alguna en su control en casación y puede ser objeto de agravio dado que, a juicio del redactor, la sana crítica es una regla legal y procesable ante esta Corporación al amparo del artículo 270 del CPP "existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma".

También se dijo en diversos fundamentos de voto (régimen CPP 1980), lo que cabe ratificar integralmente en este caso donde rige el NCPP, que la posición antes sostenida "... encuentra total asidero en la reciente legislación sobre el recurso de casación en el nuevo Código del Proceso Penal. En tal sentido, como se sostuvo en sentencia 212/2017 de esta Corporación: "Agrega el Dr. Pérez Manrique que su posición se ve reforzada por ser

doctrina más recibida y por haberse aprobado el régimen casatorio similar al C.G.P. al establecer el artículo 372 de la Ley No. 19.293 que: "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".

En función de lo anterior (examen de ambos regímenes procesales), es pertinente recordar también que el universo de las pruebas judiciales no está inserto en un ámbito imperturbable, ajeno a los valores y a las concepciones sobre la sociedad y el proceso. Basta observar que la verificación de los hechos en sede jurisdiccional cambia según las visiones de la sociedad que se encuentra detrás de todo problema procesal y detrás de cualquier solución técnico-jurídica para resolverlo. Los principios que han de regir y sus particularizaciones no son abstracciones definibles dentro de categorías absolutas sino realidades cuyo perfil verdadero se observa a la luz del contexto de valores en que se encuentra inserto el legislador y el intérprete. No puede desconocerse que la norma del art. 270 inc. 2 fue generada en el año 1980, como mecanismo de control y con sus también conocidas finalidades. Hoy, en contexto democrático y republicano, estrictamente garantista y

respetuoso con los derechos fundamentales, el criterio hermenéutico de cualquier texto legal en materia probatoria no puede ser otro que el evolutivo a la luz de la actual realidad.

Por último, la solución técnico-jurídica se robustece y aumenta su relieve si se tiene presente, además, que las concepciones más modernas sobre valoración racional de la prueba y el derecho a ésta como exigencia jurídica de racionalidad, señalan, como lo hace FERRER BELTRÁN, que el derecho a la prueba se integra de cuatro elementos fundamentales que no pueden desconocerse: a) a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; b) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; c) derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas y d) la obligación de motivar las decisiones judiciales (cfme. FERRER BELTRÁN, J., *"La valoración racional de la prueba"*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 52 y ss.).

Como consecuencia de lo dicho, y atento a que el régimen de valoración de la prueba como causal de casación en el NCPP es el que rige para las causas civiles, es que la valoración en causas tramitadas ante el Nuevo Código del Proceso Penal no puede limitarse a hipótesis de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta.

Resumiendo, la solución básicamente es idéntica tratándose de recursos movilizadas, ya sea al amparo del CGP, CPP (1980) o NCPP (2017) por los motivos anteriormente reseñados.

(c) Bajo los parámetros antes indicados, se pasará a analizar el caso concreto.

(i) En forma liminar, la mayoría antes nombrada estima del caso señalar que la fiscalía recurrente cumplió en forma satisfactoria con la primera condición exigida en casación para el progreso de un agravio relativo a la valoración probatoria (denuncia de un error en el razonamiento probatorio de la Sala con las características antes mencionadas). En efecto, la insurgente sostuvo que es claro que el Tribunal refiere a un concepto científico que el perito Dr. Calvo no expuso, no manejó y ni siquiera mencionó, resultando arbitrario que los Sres. Ministros de la Sala, que no cuentan con la experticia en la rama de la psiquiatría, aleguen aquel concepto con el fin de abatir la pena a menos de la mitad de la impuesta por la Jueza de primera instancia. Argumentó la recurrente que, sin desconocer que la jurisprudencia es conteste en considerar que es el Magistrado quien, con los elementos técnicos proporcionados por el perito, debe decidir si el encausado es o no imputable, no es menos cierto que la "imputabilidad disminuida" a la que

alude la Sala, de carácter excepcionalísimo, no ha sido ni remotamente relevada por los peritos intervinientes, no pudiendo los decisores apartarse groseramente de los conocimientos aportados por los expertos en área absolutamente ajena a lo jurídico. En el caso, señaló la Fiscalía, el Tribunal utilizó el concepto de “imputabilidad disminuida” de forma antojadiza, mediante una errónea valoración de la prueba, sin que dicho concepto haya sido mínimamente referido por los peritos y sin brindar un fundamento sólido al respecto.

Concluyó que, teniendo presente las características de este discutido instituto, la contundencia de las declaraciones vertidas por los peritos que encontraron en Neves una plena capacidad para apreciar el carácter ilícito de sus actos, así como elementos en su personalidad y biografía que dan cuenta que ella cometió los ilícitos que se le imputan, no se ve sustento alguno para aplicar este excepcionalísimo instituto.

De esta manera, para la mayoría resulta claro que la recurrente cumplió con denunciar y argumentar en debida forma la existencia de absurdo evidente en el razonamiento de la Sala.

Por su parte, para el redactor, el recurrente cumplió con señalar los motivos por los cuales estima que el razonamiento de la Sala

vulnera las reglas legales de valoración de las probanzas, así como ataca la concordancia con la realidad de las proposiciones sostenidas por el Tribunal mediante demostraciones varias según su perspectiva y argumentos retóricos también diversos.

(ii) Aclarado lo anterior, desde ya se adelanta que, a juicio de este Alto Cuerpo, corresponde acoger el agravio en cuestión. En efecto, para los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales, el razonamiento probatorio de la Sala es absurdo y arbitrario. Por su parte, para el redactor, el razonamiento de la Sala no es compartible, sin necesidad -tal como se dirá- que el recurrente deba acreditar que el error en la valoración por parte de la Sala sea absurdo o arbitrario.

Veamos.

En lo inicial, huelga recordar que es criterio de la Corte que la imputabilidad e inimputabilidad son conceptos de neto corte jurídico, por lo que su valoración debe depender siempre del Juez (véase en tal sentido y con esta integración, sentencia N° 1089/2022).

La Corte, hace más de dos décadas atrás, indicó: *"...acerca de las facultades del Juez en la materia ha dicho uno de los integrantes de la Corporación: 'Todas las dificultades que puede acarrear*

la averiguación de las pautas que van a determinar si hubo o no posibilidad de comprensión, deben ser resueltas por el juez actuante. Debe quedar claro desde ahora, que el perito técnico debe limitarse a realizar una descripción de los hechos que serán evaluados por el Magistrado para resolver si son o no relevantes jurídicamente. La declaración de inimputabilidad depende de la decisión del juez, negarle a éste la facultad de examinar la pericia y apartarse incluso de sus conclusiones, significa negar la misma esencia de la función de juzgar (Echeverría, Daniel. 'Imputabilidad y pericia siquiátrica' en Revista INUDEP, año 1, No. 2, págs. 173 y 175)'. '... debe ser el juez quien decida si frente al acto concreto el autor fue imputable. La imputabilidad es un concepto netamente jurídico, por lo que su valoración debe depender únicamente del juez, que debe ser ilustrado por el perito correspondiente...' (CAIROLI, 'Curso de Derecho Penal Uruguayo', Montevideo 1988, tomo 1, pág. 280)" (Cfme. sentencia N° 398/1997).

Y, al igual que dichos conceptos, también la "imputabilidad disminuida", que fue el instituto convocado por la Sala como circunstancia mitigante del reproche penal, resulta ser un concepto de resorte jurídico, más allá de que deberá apoyarse, naturalmente, en elementos probatorios que lo sustenten.

En relación a este instituto, enseña Roxin: *“La imputabilidad o capacidad de culpabilidad notablemente disminuida no es una forma autónoma de ‘semi imputabilidad’ que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma. En consecuencia, cuando aún existe capacidad de control, pero está sustancialmente reducida, por regla general disminuye la culpabilidad. El StGB 21 [Código Penal Alemán sección 21] lo tiene en cuenta mediante la creación de una causa de atenuación de la pena. Es mucho más frecuente en la práctica que la exculpación por inimputabilidad y tiene su ámbito de aplicación en cada uno de los cuatro estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológicos: sobre todo en los supuestos de defectos paralíticos o esquizofrénicos leves, en las manifestaciones incipientes de demencia arterioesclerótica o senil, en las formas leves de la epilepsia o de la oligofrenia, en las lesiones cerebrales con escasas repercusiones psíquicas (...) El legislador exige una ‘notable’ disminución de la capacidad de control, pues mermas de grado inferior ‘existen de ordinario en los delitos*

capitales, en los relativos al instinto "sexual) y por tendencia o propensión' [Fundamentación del P 1962, BT-Drucks, IV/650, 142] (...) Para la concesión del marco penal especial abierto por el StGB 21 se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica del sujeto se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la inimputabilidad" (Cfme. Roxin, C., "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, págs. 839/840).

En nuestro país, pese a que el Código Penal no consagra a texto expreso este instituto, la jurisprudencia lo ha convocado en varios casos como circunstancia atenuante de la responsabilidad en vía analógica (artículo 46 numeral 13 del Código Penal). En este sentido, ha señalado el TAP 2º en sentencia N° 387/2015, convocando las enseñanzas de Cairoli: "Para el Prof. Milton Cairoli imputabilidad disminuida "no significa medio imputable o semi imputable, sino menos culpabilidad. Esta clase de imputabilidad se da en relación con ciertos hechos y no en relación con otros y puede ser la de los epilépticos, neuróticos, los que sufren estados emotivos, esquizofrénicos, senilidad, trastornos transitorios tanto mentales como fisiológicos (...) Y por cierto que no deberán considerarse sin más como sujetos con una responsabilidad disminuida a todos estos casos, sino que

deberá investigarse cada vez el hecho concreto, aplicando los principios generales. La imputabilidad disminuida debe ser entendida únicamente como circunstancias atenuante de la responsabilidad, como consecuencia de la menor culpabilidad' (Curso de Derecho Penal Uruguayo T I., pág 301/302). El Prof. Cairoli, en opinión compartible, piensa que los que tienen menor capacidad de valoración de la antijuricidad, deben ser considerados imputables, pero con una responsabilidad atenuada" (véanse asimismo, entre otras: TAP 1° sentencia N° 119/2014, TAP 3° sentencia N° 49/2010).

Tal como se señaló, la "imputabilidad disminuida" es un concepto de corte jurídico, cuya valoración depende del Juez, pero es claro que, para poder aplicar ese instituto, el Magistrado debe valorar la prueba obrante en el expediente y valerse de los pronunciamientos técnicos de los especialistas.

En este sentido, señaló la Corte en reciente sentencia N° 1089/2022: "*estiman los Sres. Ministros Dres. Pérez, Morales, Minvielle y la redactora [Dra. Martínez] que corresponde efectuar ciertas apreciaciones relativas a los planteos efectuados por la Defensa. En lo atinente a la imputabilidad disminuida del imputado, la Defensa se agravió por entender que se debió considerar tal*

situación a la hora de determinar el quantum punitivo aplicable al caso concreto (...) En su sentencia, la Sala expresó: 'En el caso de autos, la Sala considera que la capacidad disminuida no se encuentra probada sino todo lo contrario: (...) No corresponde el cómputo de la referida atenuante, pues el autor actuó con plena conciencia y voluntad de sus actos' (fs. 795/796). El esfuerzo de la Defensa por intentar acreditar esta situación de capacidad disminuida no logró su objetivo. El Tribunal, al tratarse de un concepto netamente jurídico y tomando en consideración el racconto de hechos acaecidos hasta el momento de la muerte de la víctima, entendió que el imputado actuó con plena conciencia y voluntad de sus actos. Los peritos que declararon en autos dieron su visión de los hechos, pero ninguno de ellos afirmó, con la certeza requerida, que el imputado tenía una capacidad disminuida a la hora de cometer el reato, lo que conlleva necesariamente a desestimar este agravio".

Bajo tal encuadre, observa la Corte que la prueba pericial resulta sumamente relevante para poder concluir que el sujeto imputado estaba en situación de "imputabilidad disminuida" cuando ejecutó el hecho delictivo que se le atribuye.

En el presente caso, la Sala llegó a la conclusión acerca de la existencia de

“imputabilidad disminuida” de la imputada AA a partir de una valoración probatoria que resulta notoriamente incorrecta, con grado de absurdo evidente (en palabras de la mayoría) o vulneratoria del límite de la razonabilidad (en palabras del redactor). En efecto, si se realiza una valoración racional de la prueba obrante en la causa, en forma individual y especialmente en su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, de ninguna manera permite llegar a la conclusión a la que arribó el Tribunal.

Como fuera indicado, resulta medular en el punto el análisis de la prueba pericial. En tal sentido, el perito psiquiatra Dr. Roberto Calvo, respecto a la pericia realizada a la encausada, declaró lo siguiente: *“En la biografía se destaca la edad, 31 años, el antecedente que ella relata en su infancia que vivió una situación traumática por un tiempo prolongado con un padre muy violento y agresivo donde ella tenía que (...) soportar ruidos donde se mezclaba la violencia con la sexualidad de los padres, creo que eso la marcó. Se destaca también de su biografía la tendencia a trabajar con niños, a elegir una profesión que involucre niños. (...)*

No es una persona que tenga una patología psiquiátrica. Es una persona inteligente, agradable en el trato, no es una persona

que tenga un nivel intelectual descendido (...) impresiona como inmadura en lo psicosexual, en la presentación, es un poco como infantil (...) también destacaría del examen psiquiátrico lo que llaman ciertas distorsiones cognitivas (...) el racionalizar los vínculos de una manera donde ella privilegia la protección, se coloca en un rol de tener que proteger a este niño, en un rol como de madre, de cuidadora, y establece una relación afectiva con este niño que es intensa, que le genera trastornos, incluso llega a decir que no tuvo relaciones sexuales con el marido, o sea, que hay un desplazamiento del afecto hacia las niñas, o sea, le ha generado muchas conductas este sentimiento, de ir hasta la casa de los padres, confrontar con los padres, confrontar con su familia, o sea, es una relación que tuvo que emocionalmente es muy intensa y se nota que la moviliza. (...)

Yo creo que el marido se vio desplazado por esta nueva relación que ella tiene, desplazado en cuanto al sentimiento, ella empieza a depositar en este niño, se empieza a identificar con él y empieza a ser un poco el centro de sus vínculos. El marido un poco queda desplazado (...) llegan a dormir separados, en cuartos separados y solamente tenían una vida de pareja y relaciones sexuales cuando tomaban vacaciones y no estaba presente el niño que es la

supuesta víctima. (...)

Hay varias circunstancias que estadísticamente están presentes en esta paciente y que pueden ser sugerentes de que hay una tendencia de esta señora a establecer vínculos como los que se describen en la denuncia. (...) Cuando la mujer agrede sexualmente lo hace distinto al agresor sexual masculino (...) hay varios tipologías (...) pero lo que sí es frecuente que la mujer comience una relación con un involucramiento emocional, que puede ser de protección o de otro tipo (...) y ahí empieza a establecer un vínculo que se va estrechando, que se va haciendo cada vez más cotidiano y creo que eso sí es un dato muy significativo que estadísticamente está presente en mujeres que han abusado de niños. (...) También la edad es bastante característica (entre los 23 y los 35 años), la profesión es bastante común, ver personas que eligen actividades o profesiones con niños porque se vinculan emocionalmente con ellos" (Audire, pista 18, minuto 3:10 en adelante).

Luego, continúa expresando el Dr. Calvo en su declaración): "Y, fundamentalmente, creo que es una chica que ha sido dañada en su infancia durante muchos años por la experiencia traumática de sus padres, por lo que ella tiene una cierta imposibilidad para relacionarse en forma adulta con hombres que puedan

ser o peligrosos o dominantes y (...) lo que le deja la vida es un poco vincularse con figuras frágiles, con figuras más dependientes (...)

Ella se identifica con el niño desvalorizado y falto de atención por parte de sus padres, revive las situaciones de lo que recibe en su casa y tiene necesidad imperiosa de rescatarlo, comienza a sentirse muy unida a él, racionaliza su interés emocional con los cuidados que le brinda al niño, dice 'le fuimos permitiendo quedarse', cuando en realidad ella demuestra en otros pasajes de la pericia, es ella la que tiene necesidad de estar en contacto permanente con este chico. Ella, a su vez, comienza a encontrar una figura con la cual sentir algo genuino y que asume como (...) libre de culpa, existe una clara distorsión cognitiva tiende a racionalizar y naturalizar pensamientos y conductas que sabe que son socialmente o familiarmente reprochables" (Audire, pista 18, minuto 8:45 en adelante).

Por su parte, la perito Lic. en Psicología Rosina Procopio, concluyó lo siguiente con relación a la pericia que le realizó a la imputada: "Maneja la realidad de acuerdo a sus propios intereses, de forma arbitraria, desconociendo aspectos objetivos. Es inteligente, pone distancia, no se involucra afectivamente, no se contacta con los afectos.

Presenta características narcisistas, de manipulación, utilizando a los otros para satisfacer sus propios deseos” (Audire, pista 11, minuto 30:15 en adelante).

Pues bien.

A partir de lo manifestado por los peritos, estima la Corte que no es posible concluir en la existencia de un supuesto de “imputabilidad disminuida” de la Sra. AA, pasible de disminuir el reproche penal por los aberrantes actos cometidos en perjuicio de la víctima BB, de apenas 12 años de edad al momento de los hechos.

En nuestro sistema penal, la imputabilidad está relacionada con la capacidad del sujeto de apreciar el carácter ilícito del acto y de determinarse según su verdadera apreciación (art. 30 CP).

Para poder convocar, como circunstancia atenuante, la imputabilidad disminuida, es necesario que exista algún grado de atenuación de la capacidad de apreciación del carácter ilícito del acto y/o de la posibilidad de determinación del sujeto según su verdadera apreciación (véase al respecto las enseñanzas de Roxin y de Cairoli, previamente citados). Nada de ello se observa en el presente caso.

Por un lado, la Lic. Procopio expresó que la imputada *“maneja la realidad de*

acuerdo a sus propios intereses, de forma arbitraria", agregando que "es inteligente" y que "presenta características narcisistas, de manipulación, utilizando a los otros para satisfacer sus propios deseos".

De esta declaración pericial, no es posible extraer, en absoluto, algún grado de dificultad o de incapacidad para comprender la ilicitud de los actos cometidos, ni que la Sra. AA pueda haber actuado sin guiarse por su verdadera apreciación, sino más bien lo contrario.

Por su parte, en la pericia de mayor relevancia al respecto que es la realizada por el psiquiatra Dr. Calvo, se afirma que AA *"no es una persona que tenga una patología psiquiátrica. Es una persona inteligente, agradable en el trato, no es una persona que tenga un nivel intelectual descendido (...) impresiona como inmadura en lo psicosexual, en la presentación, es un poco como infantil"*.

Asimismo, destaca el perito la existencia de ciertas *"distorsiones cognitivas"* y afirma que AA *"ha sido dañada en su infancia durante muchos años por la experiencia traumática de sus padres por lo que ella tiene una cierta imposibilidad para relacionarse en forma adulta con hombres que puedan ser peligrosos o dominantes (...) lo que le deja la vida es un poco vincularse con figuras*

frágiles".

En este punto, corresponde señalar que lo sostenido por el Tribunal no refleja fielmente lo expresado por el perito psiquiatra. En efecto, la Sala invoca *"una suerte de trauma o incapacidad para relacionarse normalmente con adultos del sexo opuesto"*, mientras que lo que indicó el perito fue que constató en AA *"cierta imposibilidad para relacionarse en forma adulta con hombres que puedan ser peligrosos o dominantes"*. O sea, el perito no habló de una incapacidad para relacionarse normalmente con cualquier adulto del sexo opuesto, sino puntualmente con hombres que puedan ser peligrosos o dominantes.

Sin perjuicio de tal disquisición, lo relevante es que ninguna de las afirmaciones del perito implica cuestionar, en ningún sentido posible, la imputabilidad penal de la encausada. Ni la experiencia traumática vivida en la infancia, ni la imposibilidad para relacionarse en forma adulta con hombres que puedan ser peligrosos o dominantes, destacadas por el perito, suponen en modo alguno una disminución de la capacidad de Neves para entender el carácter ilícito de los actos realizados, ni implican una alteración de su voluntad al momento de haberlos ejecutado.

Véase que el propio

perito, Dr. Calvo, concluye su declaración señalado que AA *“tiende a racionalizar y naturalizar pensamientos y conductas que sabe que son socialmente o familiarmente reprochables”*.

Tal como se observa, las consideraciones realizadas por los peritos están lejos de poner de manifiesto una situación de *“imputabilidad disminuida”* de la Sra. AA. Y, si bien los dictámenes periciales no son vinculantes para el Magistrado, es un valor entendido que cuando el Juez pretenda apartarse de las conclusiones de los expertos deberá fundar adecuadamente las razones por las que decide tal apartamiento.

En tal sentido, ha expresado esta Corporación en anteriores ocasiones que la adopción por el Juez de las conclusiones periciales no requiere en nuestro ordenamiento fundamentación ulterior, como sí lo impone, en cambio, el apartamiento (artículo 184 del CGP). De ahí que, si el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos técnicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel, puesto que la índole de los conocimientos que se requieren en supuestos como el de autos, supera los que posee el Juez (Cfme. sentencias Nos. 352/2004 y 269/2022

de este Colegiado entre tantas otras; en doctrina, véase: Devis Echandía, H., *"Teoría General de la Prueba Judicial"*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1988, tomo 2. pág. 287; Soba Bracesco, I., *"La prueba pericial y el informe del asesor de parte en el proceso contencioso administrativo de anulación"*, en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Paysandú, 2013, págs. 105/106).

En función de lo expuesto, considera la Corte que la valoración probatoria realizada en el presente caso por el Tribunal, en lo que concierne a la invocada "imputabilidad disminuida" de la encausada, resulta a todas luces absurda, en grado evidente o manifiesto (en palabras de la mayoría), o vulneratoria del límite de la razonabilidad (en palabras del redactor), lo que determina que deba acogerse el agravio de la recurrente y, consecuentemente, eliminarse el cómputo de la circunstancia atenuante que fuera incorrectamente convocada por el Tribunal de Apelaciones.

Y ello, como se verá a continuación, tiene directa influencia en la graduación de la pena, dado que la Sala abatió considerablemente la punición que había sido impuesta en primera instancia en virtud, justamente, de computar como atenuante la imputabilidad disminuida de la encausada.

En definitiva, este Colegiado, por unanimidad, concluye que el razonamiento de la Sala resultó incorrecto por cuanto convocó la imputabilidad disminuida y esta no quedó acreditada en obrados.

En consecuencia, bajo tal encuadre, se pasará a analizar el restante agravio, el cual guarda relación con el guarismo punitivo (léase infracción al artículo 86 del Código Penal).

IV.- Y bien, habiéndose concluido que en obrados no se probó que la imputada presentara una "manifestación de imputabilidad disminuida", resta por analizar cómo repercute tal cuestión en el restante agravio (vulneración del artículo 86 del CP).

Existe unanimidad de pareceres dentro de este Colegiado en que el guarismo punitivo determinado por el Tribunal no refleja a cabalidad la presente situación, pues, claro está, la Corte acogió el agravio de la Fiscalía.

Ahora bien, tal como se adelantó, la mayoría conformada por los Dres. Martínez, Pérez y el redactor, estiman que la pena a recaer debe ser la que oportunamente individualizó la "A Quo".

A continuación, se detallarán los fundamentos por los cuales la mayoría

antes nombrada concluye en dicho sentido.

El Tribunal disminuyó la pena de penitenciaría de nueve a cuatro años, sobre la base de la siguiente argumentación: *"Con esa estrategia, la condena se torna irreversible, pero no así la magnitud de la pena, que se revela desproporcionada, teniendo en cuenta que se parte de un mínimo legal de 3 años, y que la pericia psiquiátrica de la imputada, así como su persistencia en mantener el vínculo con el adolescente, se explicaría por una suerte de trauma o incapacidad para relacionarse normalmente con adultos del sexo opuesto, en lo que constituiría una manifestación de imputabilidad disminuida"* (fs. 230).

Sobre el punto, varias precisiones se realizarán.

En primer lugar, es incorrecta la afirmación de que *"se parte de un mínimo legal de 3 años"*.

La pena mínima para el delito de violación es, efectivamente, de 3 años de penitenciaría (art. 272 CP en la redacción dada por la Ley N° 19.889); pero, en el presente caso, se convocó en primera instancia la agravante específica del art. 279 lit. C del CP (*"Si la víctima fuera menor de dieciocho años de edad"*), sin que haya existido agravio al respecto por parte de la Defensa y sin que el Tribunal

cuestionara la aplicación de esta agravante.

De esta manera, conforme a lo dispuesto en el primer inciso del art. 279 del CP, cuando concurre la referida agravante especial, las penas previstas en los artículos 272, 272 bis, 272 ter, 273, 273 bis y 274 del CP "aumentarán de un tercio a la mitad". Ello significa que el aumento de las penas en estos casos es preceptivo, lo que implica que, para el caso de la violación, el mínimo se eleva un tercio, esto es, de 3 a 4 años de penitenciaría.

Además de lo anterior, en el caso se imputaron reiterados delitos de violación, los que fueron cometidos en un breve lapso (aproximadamente tres meses), lo que determina, conforme al art. 54 del Código Penal, que deba aplicarse al infractor la pena que corresponda por el delito mayor (4 años), aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, pudiendo el aumento en este caso llegar a las dos terceras partes (dado que los delitos se ejecutaron en el término de cinco años a partir del primero).

En suma, debe partirse, como base mínima, del guarismo de 4 años de penitenciaría, aunque al tratarse de un supuesto de reiteración real, la pena tiene que ser necesariamente mayor, ya que el art. 54 CP impone, en tal supuesto, el

aumento de pena, en razón, justamente, del número y gravedad de los otros delitos.

Despejado lo anterior, corresponde analizar si fue legítima la determinación de la pena por parte del órgano de alzada.

Sobre el punto, ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte que la individualización de la pena es de resorte discrecional de los órganos de mérito, por lo que sólo puede ser revisada en casación en supuestos de arbitrariedad o vulneración del límite de la razonabilidad.

Así, en sentencia N° 382/2021, se sostuvo: *“En relación a la determinación de la cuantía de la pena, la Corporación tiene jurisprudencia de larga data en torno a la discrecionalidad que posee el órgano de mérito a los efectos de tal determinación. Así, se ha expresado reiteradamente que los agravios relativos a la cuantificación de la pena solo resultan atendibles en hipótesis donde la sanción aplicada se encuentra por fuera de los parámetros establecidos para el delito en cuestión (Cfme. Sentencias Nos. 53/1990, 54/1992, 86/1992, 254/2015, 636/2016 y 224/2020, entre otras).*

Sin embargo, en la actualidad, esta tesitura requiere de alguna matización. En efecto, en forma reciente, la Corte ha señalado que

no puede afirmarse que todo aquello que implique un juicio discrecional, invariablemente, no resulta revisable en casación.

En ese sentido se expidió este Colegiado, por ejemplo, en la Sentencia No. 260/2020, en relación a la facultad del juez de diferir la liquidación de la sentencia al procedimiento previsto en el art. 378 del C.G.P. También lo hizo, en igual sentido, en la Sentencia No. 91/2021, respecto a la determinación del monto de la pena de penitenciaría impuesta a un encausado (véase también, en esta misma línea, las Sentencias SCJ No. 61/2021 y 83/2021).

En otras palabras, no todo lo que es resorte discrecional del juzgador queda fuera de la posibilidad de ser controlado en casación. Cuando la determinación de la pena por parte del tribunal de mérito resulte arbitraria o vulneratoria del límite de la razonabilidad, ella podrá ser censurada en casación, puesto que la discrecionalidad no es un 'cheque en blanco' para tomar cualquier decisión".

En el presente caso, como fuera indicado, la fundamentación del Tribunal para abatir considerablemente la pena impuesta en primera instancia se sostuvo únicamente en la convocatoria de la atenuante analógica de la "imputabilidad disminuida".

Sobre la base de ese único

argumento, la Sala disminuyó la pena de penitenciaría de nueve a cuatro años.

Ante el descarte de dicha atenuante convocada en vía analógica, esto es, del único elemento tomado en consideración por el Tribunal para morigerar la pena, el abatimiento queda entonces sin fundamentación, aspecto que habilita la revisión por parte de la Corte de la pena impuesta en segunda instancia.

Corresponde entonces determinar cuál es la pena con la que debe ser sancionada la imputada en el presente caso.

A este respecto, la mayoría conformada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Pérez y el redactor, estiman que la pena de nueve años de penitenciaría, que fuera aplicada por la Jueza "A Quo" en la sentencia de primera instancia, además de estar dentro de los parámetros legales para los delitos imputados, se ajusta correctamente a los restantes elementos indicados en el art. 86 CP para la individualización de la pena, esto es: la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número -sobre todo la calidad- de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en el hecho.

En efecto, sin dejar de

valorar la calidad de primaria absoluta de la encausada (convocada por la "A Quo" e implícitamente confirmada en la alzada), debe sopesarse que se trata, en el caso, de la comisión en calidad de autor de reiterados delitos de violación, los que han sido cometidos en un breve lapso, contra un niño de apenas 12 años de edad al momento de los hechos, lo que provocó en la víctima un grave daño psíquico, según se diera cuenta en las declaraciones de los profesionales que depusieron en el juicio (Lic. Procopio y Lic. Dietcher).

En consideración de tales elementos, se estima que resulta razonablemente apropiada la pena de nueve años de penitenciaría que fuera dispuesta por la Jueza actuante.

El mencionado guarismo punitivo resulta semejante al que nuestros Tribunales han aplicado en recientes casos de condena por reiterados delitos de violación (véanse entre otras: TAP 1° sentencias Nos. 15/2021, 65/2022 y 86/2022; TAP 2° sentencia N° 61/2021; TAP 3° sentencias Nos. 49/2020 y 40/2022; TAP 4° sentencia N° 8/2023).

Todo lo anterior justifica que se anule en el punto la sentencia impugnada y, en consecuencia, dejar firme el guarismo punitivo dispuesto en el pronunciamiento de primera instancia. En suma, por los fundamentos expuestos, corresponde amparar el

recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anular la sentencia impugnada en cuanto abatió el guarismo de la pena impuesta a la encausada y, en su lugar, dejar firme la pena dispuesta por la sentencia de primera instancia.

V.- La correcta conducta procesal de ambas partes determina que las costas y los costos de la presente etapa se distribuyan en el orden causado (artículos 56.1 y 279 del CGP).

Por los fundamentos expuestos y en atención a lo establecido en los artículos 368 y 369 del Código del Proceso Penal y lo dispuesto en los artículos 268 y concordantes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA FISCALÍA ACTUANTE Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EN CUANTO RELEVÓ LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA DE LA ACUSADA Y ABATIÓ LA PENA DISPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA.

EN SU LUGAR, FÍJASE LA PENA EN EL GRADO EN EL MISMO GUARISMO QUE LA IDENTIFICADA POR LA JUEZA "A QUO" (NUEVE AÑOS DE PENITENCIARÍA).

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO,

PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE .

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

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

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

**DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DIS-

CORDES

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

**DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

PAR-

CIAL-

**MENTE: POR CUANTO ENTENDEMOS QUE CORRESPONDE CONDENAR A
AA A LA PENA DE SEIS (6) AÑOS DE PENITENCIARÍA.**

En el caso concreto, se juzgan reiterados delitos de violación "ope legis", en donde se aplicó la circunstancia prevista en el numeral 1 del artículo 272 del Código Penal, en virtud de la indemnidad sexual de la víctima en razón de su edad (doce años al momento de los hechos, lo que impide

considerar su consentimiento como válido para el relacionamiento sexual).

La Fiscalía en su acusación solicitó la condena a doce años de penitenciaria.

La decisora de primer grado entendió configurado el delito de violación, en la redacción dada por la Ley N° 19.889 (vigente al momento de los hechos que datan del mes de diciembre de 2020), agravado por la circunstancia específica prevista en el literal c del art. 279 del CP. Es importante destacar que la Defensa no cuestionó la aplicación de esta agravante.

Tal encuadre típico coloca el caso en la pena mínima en cuatro (4) años de penitenciaría.

A su vez, la referida sentenciante relevó como atenuante genérica la primariedad absoluta en vía analógica (art. 46 numeral 13 del CP), y agregó que el hecho se produjo en breve lapso de tiempo (meses) computando la reiteración real del art. 54 del CP, según el cual debe partirse de la pena que corresponda por el delito mayor, aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, sin exceder de la mitad de la misma pena. Con este telón de fondo, fijó la pena en el grado en nueve años de

penitenciaria.

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal abatió sensiblemente la pena, fijando el quantum en cuatro años de penitenciaria, sobre la base de dos argumentos i) la desproporción de la pena dispuesta en el grado anterior y; ii) el cómputo de la imputabilidad disminuida de la acusada.

En cuanto al segundo punto, no le asiste razón al Tribunal en cuanto convoca la incapacidad disminuida de la imputada al momento de individualizar la pena, como viene de verse en la presente sentencia. Por lo tanto, uno de los argumentos sobre los que se justificó el abatimiento de la condena quedó sin sustento.

Ahora bien, aplicando los elementos que prevé el artículo 86 del CP para la individualización de la pena, la impuesta en primera instancia de nueve años de penitenciaría y que la mayoría vota por mantener resulta -en criterio de estas Sras. Ministras- excesiva.

Los antecedentes que releva la decisión en mayoría de la Suprema Corte de Justicia para justificar la pena impuesta, si bien coinciden en la imputación de reiterados delitos de violación, en todos los casos refieren a una plataforma fáctica diametralmente distinta a la que se ventila en

este expediente, extremo que no puede soslayarse.

En su mayoría, se trata de casos de abuso sexual intrafamiliar (padre, padrastro como sujetos activos), y en todos los casos el ejercicio efectivo de violencia y amenazas para la conjunción carnal resultó plenamente acreditado; no se aplicó ninguna "presunción".

Veamos algunos ejemplos.

En la sentencia N° 15/2021 del TAP 1° Turno, se condenó al acusado a nueve años y seis meses de penitenciaria por violar a su hija, de dieciséis años de edad *"BB fue abusada sistemáticamente por su padre biológico desde los 9 años de edad, siendo además amenazada con un arma de fuego a efectos de que mantuviera en secreto el aberrante hecho"*. Sentencia N° 65/2022 de la misma Sala, condenó al padrastro de la víctima a nueve años de penitenciaria: *"desde abril de 2017 y hasta abril de 2018, realizó actos de naturaleza sexual sobre el niño AA, cuando este tenía tan solo 8-9 años de edad. Concretamente, lo obligaba y sometía a sufrir tocamientos sexuales, practicarle sexo oral y a sufrir la penetración anal"*. Por último, en la sentencia N° 8/2023 del TAP 4° Turno, se condenó al acusado, padrastro de la víctima, a ocho años de penitenciaria *"En dicho entorno familiar, el acusado ejecutó sobre CC actos de naturaleza sexual que inicialmente consistieron*

en reiterados tocamientos lascivos en zonas íntimas de la menor, los que luego amplió en distintas oportunidades sometiéndola a la conjunción carnal. Para ello se sirvió de violencias y amenazas diciéndole que sí contaba algo mataría a su hermana y le pegaría a su madre; además le pegaba, la inmovilizaba atándole las manos con una piola y le tapaba la boca”.

Como puede verse, los antecedentes no son asimilables ni se adecúan a los hechos que aquí se ventilan.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista le asiste razón al Tribunal cuando concluye que la pena fijada en primera instancia es desproporcionada.

Ahora bien, destaca la Sra. Ministra Dra. Minvielle, que el Tribunal, al reducir la pena, la colocó en el mínimo legal, sin tomar en cuenta la reiteración que su propia sentencia confirmaba, asistiéndose entonces a un supuesto de penal ilegal.

Por lo tanto, sin desconocer la gravedad de los hechos, estimamos que la reiteración de los actos delictivos, la asimetría de edad y poder, el grado de lesividad del bien jurídico tutelado, y la primariedad absoluta de la imputada, justifican graduar la pena en seis años de

penitenciaria, monto que resulta exactamente retributivo, a la luz de las pautas consagradas al efecto (art. 86 CP).

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA