

//tencia N° 406

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, dos de mayo de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva esta causa caratulada: **"AA - PRESUNTA COMISIÓN DE REITERADOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL, REITERADOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL ESPECIALMENTE AGRAVADOS Y UN DELITO DE DESACATO, TODOS EN RÉGIMEN DE REITERACIÓN REAL - CASACIÓN PENAL"**, IUE: 2-55159/2021, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por la entonces Fiscalía Letrada en lo Penal de Montevideo de Delitos Sexuales, Violencia Doméstica y Violencia basada en Género de Octavo Turno [a cargo del Fiscal Maximiliano Sosa] contra la sentencia definitiva N° 49, de fecha 6 de septiembre de 2023, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno.

RESULTANDO:

I.- Por la mencionada, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno [Sres. Ministros Dres. Larrieu, Míguez y Tapie (r)] falló: *"Confírmase la Sentencia de Primera Instancia, salvo: a) en cuanto al monto de la pena impuesta, en cuya parte se revoca y en su lugar se individualiza la misma en siete (7) años de penitenciaría (...)"* (fs. 91-116 vto.).

A su vez, el pronuncia-

miento anterior emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 33° Turno [juicio oral a cargo de la Dra. María Noel Tonarelli] por sentencia N° 25, de fecha 14 de febrero de 2023, había fallado: "Condenando a AA, como autor penalmente responsable [de] reiterados delitos de abuso sexual, reiterados delitos de abuso sexual especialmente agravado y un delito de desacato, en régimen de reiteración real, a la pena de doce (12) años y seis (6) meses de penitencia, con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo las accesorias legales previstas en el artículo 105 literales d) y e) del Código Penal.

Condénase a la reparación patrimonial que prevé el artículo 80 de la ley 19.580, imponiéndose al penado el pago de doce (12) ingresos mensuales del condenado o en su defecto doce (12) salarios mínimos, a cada una de las víctimas, sin perjuicio de su derecho a seguir la vía procesal correspondiente para obtener la reparación integral del daño.

Dispónese la pérdida de la patria potestad y la inhabilitación para el ejercicio de la tutela, curatela, guarda o tenencia de niñas, niños o adolescentes o personas con discapacidad y personas mayores en situación de dependencia, así como para el ejercicio de funciones públicas y privadas en el área

educativa, de la salud y todas aquellas que impliquen trato directo con niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores en situación de dependencia, por el término de 10 años.

Dispónese la inclusión del penado en el al Registro Nacional de Violadores y Abusadores Sexuales (...)" (fs. 48-61 vto.).

II.- En tiempo y forma, la Fiscalía actuante interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el "Ad Quem" (fs. 123-129 vto.). Los agravios esgrimidos fueron los siguientes.

Existió errónea aplicación de la norma de derecho en lo relativo a la individualización de la pena. En tal sentido, expresó que se aplicaron erróneamente los artículos 50, 51, 53, 54 y 86 del Código Penal.

Asimismo, se agravió por la ausencia de motivación en la sentencia de segunda instancia, lo que determina -en su criterio- la arbitrariedad de la decisión.

Destacó que, al referirse a la sentencia de primera instancia, el Tribunal sostuvo: "*dando como resultado una pena final de 12 años y 6 meses de penitenciaría, quantum punitivo que excede ampliamente las penas que maneja la jurisprudencia para*

casos como el de autos, máxime si tomamos en cuenta que el acusado es primario absoluto". Según su parecer, allí el Tribunal cometió el primer error en la aplicación de la norma sobre individualización de la pena, al considerar a la jurisprudencia como una pauta contemplada legalmente, cuando no lo es, y apartándose de las pautas legales establecidas en los artículos 50 y 86 del CP para la calibración de la pena.

Además, citó el pasaje en el que el Tribunal refiere a la discrecionalidad del Juez para fijar y graduar la pena dentro de los márgenes establecidos por la ley, y se agravió porque el órgano de segunda instancia, convirtió dicha discrecionalidad en arbitrariedad, en la medida en que no existe motivación acerca de por qué llega a la pena de 7 años que impone. Para el Tribunal, la pena impuesta en primer grado es excesiva, pero no indicó el motivo por el cual la considera tal.

No hay norma legal que prohíba estar en los máximos de la pena, sino que, por el contrario, el artículo 54 del CP permite al Juez aumentar la pena cuando los delitos que concurren se cometen en un período de 5 años, en cuyo caso el aumento puede llegar incluso a las dos terceras partes.

Repasó que, en la causa, se verificó la pluralidad de víctimas, la reiteración de

los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado, la agravante especial prevista en el artículo 279 literal c) del CP, y la primariedad como única atenuante. Y concluyó que la discrecionalidad de la que gozan los Magistrados, no es absoluta.

III.- Por decreto N° 559/2023 se confirió traslado del recurso a la Defensa del imputado, quien no lo evacuó.

IV.- Por interlocutoria N° 615, de fecha 25 de octubre de 2023, se tuvo por no evacuado el traslado y se resolvió franquear el recurso de casación interpuesto.

V.- La causa fue recibida en esta Corporación el día 1 de noviembre de 2023 (nota de cargo de fs. 140).

VI.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde desestimar el recurso movilizado (dictamen N° 000218 de fecha 8 de diciembre de 2023, que obra a fs. 144-146 vto.).

VII.- Por decreto N° 1742, de fecha 12 de diciembre de 2023 (fs. 149), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

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

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia amparará -en parte- el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anulará la recurrida exclusivamente en lo atinente al guarismo punitivo y, en su lugar, se fijará la pena en 9 años y 9 meses (nueve años y nueve meses) de penitenciaría, 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 imputado AA en las ocasiones en que las niñas BB y CC se quedaban en su casa y bajo su cuidado, abusó sexualmente de ellas en reiteradas oportunidades. Concretamente les efectuó tocamientos de la vagina y del ano, introduciendo su dedo, exhibiéndoles su pene y masturbándose delante de ellas, mientras que les hacía ver películas con contenido pornográfico.*

Las víctimas CC, nacida el 17 de junio de 2012 y BB nacida el 5 de diciembre de 2014, al momento de los hechos eran vecinas y amigas, así como también sus madres, DD y EE.

El imputado, Sr. AA, es el abuelo de la hermana menor de BB, vivía en la planta de abajo de la vivienda de la niña, quien convivía con su mamá, su hermana menor y el padre de esta última, quien

a la vez es el hijo del acusado. AA vivía solo. La niña CC cohabitaba con su mamá a cuatro casas de la vivienda de su amiga BB y a la misma distancia de la casa del acusado.

BB concurría casi a diario a la casa de AA, después de la escuela y permanecía unas horas mientras que sus padres trabajaban. CC en alguna de esas oportunidades también iba a la casa de AA, con su amiga y quedaba al cuidado del mismo. El acusado las dejaba cocinar, mirar TV cable, les compraba alimentos y regalos.

En el mes de octubre del año 2021 EE fue a buscar a las niñas a la casa de AA, las llevó a la suya y en dicha ocasión CC le manifestó que le dolía mucho 'la cola'.

La adulta revisó a su hija, las hizo bañar a ambas, les cambió la ropa y llamó a la mamá de CC para que fuera a su casa a fin de contarle lo sucedido y que ésta también revisara a su hija.

CC le dijo a su madre que le dolía la cola y que AA le había introducido el dedo. Las niñas relataron a sus madres que AA las hacía acostar en la cama, que les exhibía películas pornográficas, a las que las niñas llaman 'picantes', que cerró la puerta, impidiéndoles salir, se masturbó,

las tocó y les dijo que se estaban preparando.

CC manifestó que esos hechos respecto de ella habían ocurrido tres veces y BB dijo que muchas veces.

Develado lo ocurrido, DD fue a la casa de AA a increparle por sus actos y el acusado negó los hechos.

Las madres de las niñas hicieron la denuncia policial, llevaron a sus hijas a la Policlínica de Capitán Tula y al día siguiente al Hospital Pereira Rossell. En la puerta de emergencia del referido hospital fueron atendidas por la médica pediatra Dra. Laura Miranda quien constató que BB no presentaba alteraciones físicas y que CC presentaba lesiones a nivel genital, concretamente, escoriaciones a nivel perineal, escalpes en la piel a nivel genital, se encontraba lastimada como si hubiera tenido un rozamiento excesivo, un tocamiento forzoso con lesiones por fuerza (vulva y ano, pero más en el ano). En cuanto al estado anímico que presentaban las niñas, la pediatra expresó que las dos se encontraban decaídas, sumisas, introvertidas, con una gran timidez y miedo, siempre mirando al piso.

Luego las niñas fueron derivadas por la pediatra a la atención del equipo interdisciplinario de dicho centro hospitalario,

integrado por los psiquiatras pediátricos Dr. Federico Alzugaray y Valeria Corbo y la licenciada en trabajo social Cintya Borgeaud.

Se ha acreditado que CC padece déficit atencional y dificultad de aprendizaje e intelectual, presenta un nivel límite que necesita apoyo para aprender y recibe tratamiento psiquiátrico y farmacológico sostenido. Desde los 5 años de edad recibió tratamiento psiquiátrico y medicamentoso con la Dra. Mariana Acheriteguy. En el año 2021 CC concurría a la Escuela N° 204, escuela especial para niños con dificultades socio-emocionales (niños con conductas disruptivas).

Una vez develada la situación de abuso sexual por las niñas, la madre de CC se comunicó telefónicamente con la maestra de su hija en la escuela N° 204, Sra. FF y le relató lo sucedido. Ante ello, la docente puso el hecho en conocimiento de la Directora de la escuela, Sra. GG y del equipo de Escuelas Disfrutables que trabajaba en dicho centro con el Dispositivo 1 del plan, es decir con la concurrencia una vez por semana a la institución educativa. El equipo de Escuelas Disfrutables abordó la situación de CC a través de los diferentes técnicos.

La médica forense de ITF Mónica Ceresa constató en CC lesiones físicas

compatibles con su relato. Expresó que presentaba sarpullido en cara interna de muslos en su parte media y a nivel genital, himen conservado, erosiones en la cara interna del muslo izquierdo y lo mismo a la misma altura del otro muslo, ambas por debajo de la vagina. Concluyó que las erosiones reseñadas podrían corresponder a estigmas ungueales por aferramiento glúteo. La perita manifestó: 'como que fue agarrada... y con uñas largas', agregando que 'puede ser compatible con lo que la niña decía que le había sucedido'.

La Licenciada Gabriela Zalmavide, perita psicóloga de ITF recibió el relato de BB y detalló la sintomatología que presentaba la niña, expresando que ésta última es compatible con haber experimentado situaciones de impacto traumático.

La misma psicóloga dependiente de ITF mantuvo una primera entrevista con CC y le solicitó intervención al psiquiatra forense Mauricio Choca, quien participó en una segunda entrevista.

Ambos peritos recibieron el relato de la niña, percibieron la sintomatología y concluyeron en que CC efectuó un relato con lenguaje y características acordes a su funcionamiento y capacidad intelectual, que es un relato que mantiene una coherencia, un hilo conductor y que se desprende que la

consecuencia del mismo presenta algunos elementos de la esfera ansiosa que "nos evocan a que puede haber estado expuesta a una situación estresante desde el punto de vista vital" (fs. 100 vto.-102).

A su vez, emerge de la sentencia de primera instancia y no ha sido modificado en la alzada, lo siguiente:

"Se ha convenido por las partes tener por probada la existencia de una medida cautelar impuesta por la justicia de Familia Especializada de 7° Turno, Dra. Elhorriburu, notificada el 9 de octubre de 2021 respecto del imputado, disponiendo prohibición de acercamiento en un radio de 500 metros y hasta nueva resolución con las víctimas (BB vivía en el mismo predio que el imputado, mientras que CC lo hacía a dos cuadras). El 17 de noviembre de 2021 el imputado fue detenido en su domicilio (X) dentro del radio de prohibición impuesta.

Por lo que se tiene por probado el incumplimiento de AA de la medida cautelar impuesta" (fs. 50).

En cuanto a la calificación delictual y la pena, la decisora de primer grado entendió que la conducta del imputado, que viene de reseñarse, se adecua a las siguientes figuras delictivas: reiterados delitos de abuso sexual,

reiterados delitos de abuso sexual especialmente agravado y un delito de desacato, todos ellos en régimen de reiteración real.

Señaló en su sentencia, al abordar la calificación legal de los hechos: *“Reiterados delitos de abuso sexual y de abuso sexual especialmente agravado cometidos sobre las dos niñas, CC y BB, de 9 y 6 años de edad al momento de los hechos.*

De la prueba producida en el juicio oral, que ha sido valorada en su conjunto y de acuerdo a la sana crítica, emerge acreditado con la certeza exigida para esta etapa procesal por el artículo 142 del CPP, que AA efectuó con coacción, en reiteradas oportunidades sobre las niñas CC y BB, actos de naturaleza sexual de tocamiento de su vagina y ano, frotamiento con sus genitales y de masturbación frente a ellas, así como también invadió parte de sus cuerpos mediante penetración del ano con sus dedos, incurriendo así en las figuras penales previstas en los artículos 272 bis y 272 ter del Código Penal.

Delito de desacato por incumplimiento de medida cautelar:

El delito de desacato está previsto en el artículo 173 del Código Penal, comete desacato 'quien menoscaba '... la autoridad de los funcionarios de alguna de las siguientes maneras... 2)

Por medio de la desobediencia abierta al mandato de los funcionarios'. (...) En el caso se acreditó mediante acuerdo probatorio que a AA se le impuso una medida cautelar de prohibición de acercamiento y comunicación a las víctimas, la que resultó incumplida en una oportunidad, por lo que incurrió claramente en un delito desobediencia abierta al mandato de la Jueza de Familia Especializada, consumando así con su conducta la figura penal de del delito de desacato por incumplimiento de una medida cautelar impuesta judicialmente en proceso de protección ante la violencia basada en género, doméstica o sexual" (fs. 60-60 vto.).

La precedente calificación delictual fue plenamente confirmada en la sentencia de segunda instancia.

En cuanto a las circunstancias alteratorias de responsabilidad, la decisora "A Quo" relevó como agravante específica de los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado el hecho de haberse cometido sobre personas menores de 18 años (artículo 279 literal C del Código Penal), en tanto las víctimas CC y BB contaban con nueve y seis años de edad, respectivamente, al momento en que se verificaron los hechos. Como circunstancia atenuante genérica, en vía analógica y de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 numeral 13 del Código Penal, relevó la

primariedad de AA. No computó agravantes genéricas de responsabilidad.

La nómina de circunstancias atenuantes y agravantes fue ratificada en la sentencia de alzada.

La única diferencia entre las sentencias recaídas en ambos grados radicó en la individualización de la pena (único punto objeto de agravio en casación). Así, mientras la sentenciante de primera instancia fijó la pena en 12 años y 6 meses de penitenciaría, el Tribunal de Apelaciones la individualizó en 7 años de penitenciaría.

III.- Y bien, tal como se adelantó, a juicio de la Corte le asiste razón a la Fiscalía actuante, en tanto se asiste a un supuesto de motivación insuficiente en lo que respecta a la reducción de la pena impuesta en primer grado e individualización de la misma en 7 años de penitenciaría, lo que torna arbitraria la pena fijada en alzada. En consecuencia, se anulará en el punto la decisión impugnada y se dictará, en su lugar, la sentencia correspondiente (artículo 277.1 CGP).

En forma preliminar, cabe rechazar el primer planteo de la recurrente en cuanto señala como un error del Tribunal haber expresado que el *quantum* punitivo impuesto en primera instancia "excede

ampliamente las penas que maneja la jurisprudencia para casos como el de autos".

Sostiene la impugnante que la jurisprudencia no es una pauta contemplada legalmente por lo que existiría aquí apartamiento de las pautas legales previstas en los artículos 50 y 86 del Código Penal.

El planteo de la Fiscalía parte de una incorrecta interpretación de la sentencia atacada en tanto el Tribunal no fundó la reducción de la pena en los parámetros jurisprudenciales para casos similares.

El referido argumento no fue ensayado por la Sala, sino por la Defensa en su apelación. Así quedó perfectamente consignado en la sentencia de segunda instancia cuando se indicó: *"La Defensa señala que una condena como la impuesta con un tan elevado quantum punitivo que básicamente rompe con los parámetros de pena que aplica nuestra jurisprudencia para estos tipos de delitos, debe considerarse un agravio en sí mismo. Luego de analizar la pena impuesta, señala que la sentenciante, sin fundar las razones aumenta hasta el máximo permitido por el artículo 54, esto es los dos tercios, dando como resultado una pena final de 12 años y 6 meses de penitenciaría, quantum punitivo que excede ampliamente las penas que maneja la*

jurisprudencia para casos como el de autos" (fs. 115 vto.). Se trata, inequívocamente, de la transcripción de los argumentos de la Defensa y no de fundamentos que haya brindado el órgano de alzada para fundar su decisión.

De la lectura contextual de la sentencia emerge que, si bien el Tribunal acogió en parte el recurso de apelación de la Defensa y redujo el monto de la pena impuesta en primera instancia, no lo hizo sobre la base de considerar que ésta excediera las habitualmente manejadas por la jurisprudencia. En ninguna parte de su exposición la Sala convoca tal argumento para adoptar la decisión de reducir la pena.

En consecuencia, el primer planteo de la insurgente resulta de rechazo.

IV.- Como se señaló, el agravio medular de la recurrente refiere a los defectos de motivación de la sentencia atacada.

A su juicio, el Tribunal ha aplicado erróneamente las normas sobre la individualización de la pena (artículos 50, 51, 53, 54 y 86 del Código Penal), en tanto no ha especificado el razonamiento que lleva a la conclusión, por lo que ha incurrido en arbitrariedad, en virtud de la ausencia de motivación debida.

A efectos de abordar el

presente agravio, cabe recordar que la Corte, en reiteradas oportunidades, ha dicho 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, además, lógicamente, de aquellos casos en que se ha fijado una pena ilegal o que excede de la peticionada por la parte actora.

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, lo que discute sustancialmente la Fiscalía recurrente es la ausencia de motivación suficiente en la sentencia del Tribunal a la hora de reducir drásticamente la pena que había sido dispuesta en el fallo de primer grado. O sea, no cuestiona la discrecionalidad invocada por la Sala en lo que respecta a la individualización de la pena, pero sí se agravia por la falta de motivación a la hora de reducir la pena a 7 años de penitenciaría, carencia que,

a su criterio, torna arbitraria la decisión del órgano de alzada.

Y bien, tal como se adelantó, estima la Corte que le asiste razón a la recurrente en su planteo. En efecto, el margen de discrecionalidad con que cuentan los órganos de mérito a la hora de la determinación de la cuantía de la pena, reconocido inveteradamente por la jurisprudencia de la Corte, no exime a los tribunales de su poder-deber de motivar adecuadamente la elección de la pena a recaer.

En tal sentido, ha señalado la Corporación que discrecionalidad no significa arbitrariedad y que *“cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad con que cuenta el órgano para resolver determinada cuestión, mayores serán las exigencias relativas a la adecuada fundamentación del ejercicio de tales potestades discrecionales”* (Cfme. sentencia N° 239/2021 de este Cuerpo).

A este respecto, sostienen Gascón Abellán y García Figueroa: *“Si el juez ya no es la ‘boca que pronuncia las palabras de la ley’ sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un*

ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; antes al contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo. Este es el sentido de las teorías de la argumentación” (Cfme. GASCÓN, M. y GARCÍA, A., “Interpretación y argumentación jurídica”, Consejo Nacional de la Judicatura - Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, págs. 20-21).

En la misma línea, destaca Hernández García: *“Las razones deben ser concluyentes. Sobre todo en procesos discrecionales, debe identificarse la fuerza justificativa de cada una de las razones en liza, patentizando su valor específico en el caso concreto, dando cuenta del grado de convergencia o de conflicto entre aquéllas” (Cfme. HERNÁNDEZ, J., “Exigencias éticas y motivación”, en AA.VV., “Ética judicial: reflexiones desde Jueces para la Democracia”, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009, pág. 56).*

En el caso, la sentencia de primera instancia había argumentado extensamente las razones para determinar el *quantum* de la pena en 12 años y 6 meses de penitenciaría, monto que luego fue revocado

y reducido en la sentencia de apelación, mediante una motivación por demás genérica, que no identificó las concretas razones determinantes de tal decisión.

Veamos.

En la sentencia de primer grado, a la hora de individualizar la pena, sostuvo la Magistrada: *"En la búsqueda de una pena justa, el Juez pondera el grado de culpabilidad (arts. 18, 30 y 86 del CP), el grado del injusto o sea la valoración de la gravedad del hecho y el análisis de la peligrosidad, por imperio de lo que disponen los artículos 50, 53 y 86 del CP.*

En el caso, los montos punitivos que se prevén para las figuras que se imputan y las normas que rigen para la concurrencia, hacen que la pena solicitada por el Ministerio Público sea legal, sin perjuicio de lo cual se entiende que es algo elevada, sin dejar de considerarse la gravedad que revisten los hechos probados como cometidos por el imputado, que configuran los tipos delictuales solicitados y que se recogerán en la condena, pero considerando la atenuante de responsabilidad que se releva (la primariedad absoluta).

Ha de destacarse que la acusación pública solicita la condena a 14 años de penitenciaría, omitiendo la fundamentación del monto del

reproche penal pretendido.

La pena prevista para el delito de abuso sexual especialmente agravado en virtud de lo establecido en el artículo 272 ter del Código Penal es de 2 a 16 años de penitenciaría, pudiendo incrementarse de un tercio a la mitad si la víctima fuera una mujer o una persona menor de 18 años (artículo 279 C del CP).

La pena prevista para el delito de abuso sexual (art. 272 bis del CP) es de 2 a 12 años de penitenciaría.

Por su parte el delito de desacato por incumplimiento de una medida cautelar se pena con 3 meses de prisión a 2 años de penitenciaría.

Atento a que las tres figuras concurren en régimen de reiteración real, de acuerdo a lo previsto en el artículo 54 del Código Penal, por su mandato se deberá aplicar la pena que corresponda al delito mayor, aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, sin que el aumento pueda exceder de la mitad de la misma pena, salvo que tales delitos se hubieren ejecutado en el término de 5 años a partir del primero, en cuyo caso el aumento puede llegar a las dos terceras partes.

Esos son los parámetros que debemos contemplar para fijar la pena. En el caso se

entiende que el delito más grave es el de abuso sexual especialmente agravado, que por tratarse de reiterados, respecto de dos niñas, por la gravedad de las circunstancias y la agravante específica concurrente se fijará en 7 años y 6 meses (parto de 5 años de pena y aumento la mitad por haber sido ejercida sobre víctimas menores de 18 años).

Partiendo de esa pena de 7 años y 6 meses y en función de que el artículo 54 permite aumentar la pena hasta las dos terceras partes en función del número y gravedad de los otros delitos siempre que se hubieran ejecutado en el término de 5 años (hipótesis que se cumple en el caso de autos) y considerando que los reiterados delitos de abuso sexual que fueron cometidos a dos niñas, constituye un delito grave, se aumentará la pena al máximo que prevé el artículo 54, es decir dos terceras partes, por lo que la condena será de 12 años y 6 meses de penitenciaría" (fs. 61).

En segunda instancia, frente al agravio específico deducido por la Defensa respecto al monto de la pena, el Tribunal expresó: "Sabido es que el Juez tiene discrecionalidad para fijar y graduar la pena dentro de los márgenes que la propia ley señala, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 86 del Código Penal

edificado sobre juicios lógicos, cuyos cimientos lo constituyen los datos de la realidad, la culpabilidad y antijuridicidad.

Como dice ANTOLISEI: 'La determinación concreta de la pena se deja en estos casos al poder discrecional del juez, es decir, a la sabia apreciación del magistrado, que se halla obligado, sin embargo, a indicar los motivos por los que hace uso de esa facultad que se le confiere' (Cf. Manual, pág. 523, Ed Uthea).

'El principio de culpabilidad, fundamento, límite y medida de la pena, hace necesario vincular su fijación con el hecho concreto, con el delito históricamente cometido que debe retribuirse con el castigo que mejor corresponda a ese acontecimiento' (Langón, Derecho Penal y Procesal Penal, Del Foro, 2006).

Como lo expresa el Profesor Milton CAIROLI: 'La proporción debe darse entre el delito y la sanción a imponer a su autor. La mayor o menor severidad de las penas depende de la gravedad o levedad de la infracción y ella a su vez del grado de importancia del bien jurídico vulnerado y de la magnitud de la lesión causada al titular de ese bien jurídico. La proporción debe ser la justa, por un lado, el valor del bien jurídico afectado y por otro el mal causado al

autor del delito con la sanción impuesta...' (Curso de Derecho Penal Uruguayo Tomo III, pág 123 y ss).

La Sala infiere que la pena fijada por la Sra. Juez de primer grado es excesiva y debe abatirse a siete (7) años de penitenciaría, entendiendo que la misma se ajusta pacíficamente a las pautas previstas en el artículo 86 del Código Penal y a su vez se erige como justa retribución por los delitos cometidos.

Como lo ha dicho el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er Turno, '... la pena admite un moderado correctivo a la baja, habida cuenta de las pautas individualizantes contenidas en el Código (arts. 50 y 86 del CP) y la antigua y constante opinión de este Tribunal sobre el tema, que advierte sobre la inconveniencia de elevarla en demasía, cuando de delitos sancionados con mínimos sumamente severos se trata (Sent 77/99). Sent. N° 135 de fecha 12/12/2015, Dres. Reyes, Vomero, Torres (r).

En definitiva, la sanción impuesta de siete (7) años de penitenciaría, se encuentra dentro de los márgenes establecidos para los reatos en cuestión y se respetaron las pautas del artículo 86 del Código Penal, ya que el quantum referido se ajusta a la gravedad de los ilícitos imputados y circunstancias alteratorias" (fs. 115 vto./116).

Al entender de la Corte, la precedente fundamentación resulta insuficiente en aras de motivar adecuadamente la elección de la pena. El Tribunal se limitó a efectuar algunas citas de doctrina y jurisprudencia, así como a plantear algunas consideraciones abstractas (que en teoría resultan plausibles), pero nunca descendió concretamente al caso particular para justificar la drástica reducción de la pena que finalmente dispone.

Así, la Sala indicó que el Juez tiene discrecionalidad para fijar y graduar la pena dentro de los márgenes que la propia ley señala, destacando que debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 86 del Código Penal, edificado sobre juicios lógicos, cuyos cimientos lo constituyen los datos de la realidad, la culpabilidad y antijuridicidad. No obstante, no especificó cuáles serían, en el caso concreto, los datos de la realidad, de la culpabilidad y de la antijuridicidad que operan en la especie y que justifican la elección de la pena de 7 años de penitenciaría.

A continuación, el Tribunal transcribió algunas citas doctrinarias respecto al poder discrecional que tiene el Juez para determinar la pena, al principio de culpabilidad como fundamento, límite y medida de la pena, así como a la necesaria

proporción que debe existir entre el delito y la sanción a imponer a su autor. Pero, luego de dicho encuadre teórico, plenamente compartible, afirmó que la pena fijada en primer grado *"es excesiva y debe abatirse a siete (7) años de penitenciaría, entendiendo que la misma se ajusta pacíficamente a las pautas previstas en el artículo 86 del Código Penal y a su vez se erige como justa retribución por los delitos cometidos"*, sin justificar por qué entendió excesiva la pena seleccionada en primera instancia y cuáles son las pautas del artículo 86 del Código Penal que tiene en cuenta en el presente caso para abatir la pena y fijarla en 7 años de penitenciaría.

Acto seguido, la Sala invocó una sentencia del TAP 1° sin indicar cuál sería la semejanza entre dicho caso y el presente (ni siquiera queda claro que se tratara de los mismos delitos, de la misma concurrencia delictual, circunstancias alteratorias, etc.), para, finalmente, concluir que la pena de 7 años de penitenciaría *"se encuentra dentro de los márgenes establecidos para los reatos en cuestión y se respetaron las pautas del artículo 86 del Código Penal, ya que el quantum referido se ajusta a la gravedad de los ilícitos imputados y circunstancias alteratorias"*.

A este respecto, no está en duda que la pena seleccionada por el Tribunal se

encuentra dentro de los márgenes legales, pero el problema es que no se han dado argumentos concretos suficientes que permitan controlar que, efectivamente, se hayan respetados las pautas del artículo 86 del Código Penal. Por su parte, la expresión final de la Sala, relativa a que el monto de la pena se ajusta a la gravedad de los ilícitos y circunstancias alteratorias, resulta por demás genérica, al no haberse analizado en concreto la gravedad de los diversos delitos imputados, cómo concurren entre sí, la cantidad y especialmente la calidad de las agravantes y atenuantes computadas en el caso, la mayor o menor peligrosidad del encausado, sus antecedentes personales, etc.

El error jurídico que cabe reprochar a la sentencia atacada radica en que, en una tarea eminentemente discrecional, como lo es la individualización de la pena, el Tribunal de Apelaciones no ha satisfecho la exigencia de justificar -utilizando las citadas expresiones de Hernández García- *"cada una de las razones en liza, patentizando su valor específico en el caso concreto"*. La Sala se limitó a hacer mención de generalidades y abstracciones, pero no desarrolló, siquiera mínimamente, las razones que determinan, en el presente caso, la reducción de la pena impuesta en primer grado.

Se asiste a un supuesto de

motivación insuficiente de la sentencia.

Sobre el particular, señaló la Corte en sentencia N° 1.559/2018: “(...) la ausencia o falta de motivación supone la carencia total o casi total de fundamentos en el documento judicial. Exige la ausencia de motivación en sentido formal. En el resto de los casos de motivación incorrecta existe una motivación en sentido formal pero no en el material o sustancial. Éste sería el caso que adolece de una motivación insuficiente, que se produce cuando se omite dar una respuesta motivada a algunas de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes (cf. MALEM SEÑA, Jorge: 'El error judicial y la formación de los jueces', Gedisa, Barcelona, 1ª Edición, 2008, pág. 179)” (en igual sentido: sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 108/2020 y 239/2021).

En suma, le asiste razón a la recurrente en su planteo, por lo que deberá casarse la sentencia impugnada y corregirse el vicio detectado.

V.- De acuerdo con la postura actual de la Corporación, la insuficiencia en la fundamentación supone un vicio *in iudicando*, por lo que, cuando ello se configura no corresponde el reenvío, sino que es función de la Corte dictar la decisión que en su lugar corresponda sobre la materia de hecho del fallo recurrido, sobre la base de los fundamentos que estime

correctos (artículo 277.1 del CGP).

Al respecto, ha sostenido la Corte (integrada) en sentencia N° 309/2003 que, tratándose la motivación de una exigencia estructural de la sentencia y su ausencia del incumplimiento de un deber funcional del Tribunal (artículo 197 CGP), el vicio en la motivación “(...) *no afecta la validez del proceso sino el contenido de la resolución en cuestión, que reclama una corrección en el 'encuadre legal' adoptado, es el invocado un error in iudicando (art. 277.1 C.G.P.)*; ello determina que, constatada su verificación, la Corte integrada deba pronunciarse sobre la *'materia de hecho del fallo recurrido'*, reemplazando *'los fundamentos jurídicos erróneos'* -o en el caso, la ausencia total de éstos- por los que estima correctos (Cf. Gozaíni, *Derecho procesal civil*, 1992, t. I, vol. 2, pág. 685, *Código General del Proceso*, cit., págs. 70/72, y Véscovi, *El recurso de casación*, cit., págs. 62 y 98, nota 85)” (véase, además: sentencias Nos. 1.559/2018, 1.128/2019, 108/2020 y 239/2021 de este Alto Cuerpo).

Al haberse acogido el agravio ensayado por la recurrente y tratándose de un vicio de fondo (*error in iudicando*), corresponde a la Corte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 277.1 del CGP, dictar la sentencia correspondiente con

relación al punto en disputa.

Al momento de determinar la pena, cabe partir de las prescripciones establecidas en el artículo 86 del Código Penal: *“El Juez determinará en la sentencia, la pena que, en su concepto, corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta 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 concurran en el hecho”*.

En el caso, AA fue condenado en primera instancia como autor penalmente responsable de reiterados delitos de abuso sexual, reiterados delitos de abuso sexual especialmente agravado y un delito de desacato, en régimen de reiteración real.

Se computaron como circunstancias alteratorias: a) como agravante específica de los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado, el hecho de haberse cometido sobre personas menores de 18 años (artículo 279 literal C del Código Penal), en tanto las víctimas CC y BB contaban con nueve y seis años de edad, respectivamente, al momento en que se verificaron los hechos; b) como atenuante genérica, en vía analógica y de acuerdo a lo

establecido en el artículo 46 numeral 13 del Código Penal, la primariedad de AA.

Tanto la calificación delictual como las circunstancias alteratorias fueron confirmadas en segunda instancia, sin que se hayan esgrimido agravios al respecto en etapa de casación.

Los mínimos y máximos legales para las figuras delictuales imputadas son los siguientes: a) respecto al delito de abuso sexual especialmente agravado: de 2 a 16 años de penitenciaría (artículo 272 ter CP); b) respecto al delito de abuso sexual: de 2 a 12 años de penitenciaría (artículo 272 bis CP); c) respecto al delito de desacato por incumplimiento de una medida cautelar impuesta judicialmente en procesos de protección ante la violencia basada en género, doméstica o sexual: de 3 meses de prisión a 2 años de penitenciaría (artículo 173 inc. final CP).

En la especie, con respecto a los dos primeros delitos indicados, opera la agravante especial prevista en el artículo 279 lit. C del Código Penal (*"Si la víctima fuera menor de dieciocho años de edad"*), lo que determina que las penas previstas en los artículos 272, 272 bis, 272 ter, 273, 273 bis y 274 *"aumentarán de un tercio a la mitad"*.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que se trata de reiterados delitos de abuso

sexual especialmente agravado, así como de reiterados delitos de abuso sexual, y que todos ellos concurren entre sí, en régimen de reiteración real, con un delito de desacato por incumplimiento de medidas cautelares impuestas en procesos de protección. La reiteración real torna aplicable al caso el artículo 54 del Código Penal, que ordena aplicar la pena que corresponda al delito mayor, aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, sin que el aumento pueda exceder de la mitad de la misma pena, salvo que tales delitos se hubieren ejecutado en el término de cinco años a partir del primero (hipótesis que se verifica en el presente), en cuyo caso el aumento puede llegar a las dos terceras partes.

Corresponde partir, entonces, de la pena correspondiente al delito mayor, que lo es el abuso sexual especialmente agravado.

Opera en el caso la agravante especial prevista en el artículo 279 lit. C del CP y la atenuante genérica de la primariedad computada en vía analógica (artículo 46 num. 13 del CP).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Penal, la configuración de una agravante especial permitiría al Juez llegar al máximo, mientras que el cómputo de una atenuante lo habilitaría para llegar al mínimo de la pena establecida legalmente.

Por supuesto, ello no implica que el Juez deba en tales casos imponer el máximo o el mínimo, sino que queda facultado para hacerlo.

El inciso segundo del artículo 50 CP añade que, para elevar o rebajar la pena, *“el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y a las conclusiones que ellas permitan derivar acerca de la mayor o menor peligrosidad del agente”*.

Para seleccionar la pena concreta, el Juez debe tener en cuenta, además, las previsiones de los artículos 53 y 86 del Código Penal.

De acuerdo al artículo 53 del CP: *“Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho, el Juez, teniendo en cuenta su valor esencialmente sintomático, tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, fijando la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiere”*.

Por su parte, el ya citado artículo 86 del CP ordena tomar en cuenta, al determinar la pena, 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 concurrentes.

En el caso, si bien debe valorarse favorablemente la ausencia de antecedentes penales del imputado, no puede soslayarse el número plural de víctimas, su corta edad (6 y 9 años) y la reiteración de las conductas típicas, lo que demuestra la gravedad del injusto.

Con tales circunstancias en consideración, resulta adecuado fijar la pena por la comisión, en calidad de autor, de reiterados delitos de abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 ter CP), sobre víctimas menores de 18 años de edad (artículo 279 lit. C), en 6 años y 6 meses de penitenciaría.

A su vez, como se dijo, tales delitos concurren en régimen de reiteración real con reiterados delitos de abuso sexual y con un delito de desacato por incumplimiento de medidas cautelares impuestas en procesos de protección, por lo que debe aplicarse lo previsto en el artículo 54 del Código Penal.

Cabe partir, entonces, de la pena base que viene de indicarse (correspondiente al delito mayor), o sea, 6 años y 6 meses de penitenciaría, para luego aumentarla en razón del número y gravedad de los otros delitos, con el límite de las dos terceras partes (dado que los reatos se ejecutaron en el término de cinco años a partir del primero).

En el presente caso, tomando en cuenta el número y la gravedad de los otros delitos imputados al encausado, atendiendo especialmente a que los reiterados delitos de abuso sexual cometidos sobre dos niñas de corta edad, la Corte considera apropiado un aumento de la mitad respecto a la pena base, por lo que se fija en 9 años y 9 meses de penitenciaría.

En suma, por los fundamentos expuestos, corresponde amparar el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anular la sentencia impugnada exclusivamente respecto a la cuantía de la pena y, en su lugar, fijar la misma en 9 años y 9 meses de penitenciaría.

VI.- 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 EN PARTE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA FISCALÍA ACTUANTE Y, EN SU

MÉRITO, ANÚLASE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EXCLUSIVAMENTE EN CUANTO ABATIÓ LA PENA DISPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA Y, EN SU LUGAR, FÍJASE LA MISMA EN 9 (NUEVE) AÑOS Y 9 (NUEVE) MESES DE PENITENCIARÍA CON DESCUENTO DE LA CAUTELAR YA CUMPLIDA.

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

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

