

//tencia N° 743

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, veintisiete de agosto de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA - UN DELITO DE VIOLENCIA PRIVADA - JUICIO ORAL - CASACIÓN PENAL"**, IUE: **2-36590/2022**, venidos a conocimiento de esta Corporación en virtud del recurso de casación interpuesto por la Defensa del imputado AA, contra la sentencia definitiva N° 53, de fecha 7 de setiembre de 2023, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva N° 57/2023, de fecha 21 de marzo de 2023, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Paysandú de 4° Turno falló: *"CONDENANDO A AA COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE POR LA COMISIÓN DE UN DELITO DE VIOLENCIA PRIVADA A LA PENA DE SEIS (6) MESES DE PRISIÓN, CON DESCUENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR CUMPLIDA, SIENDO DE SU CARGO LOS GASTOS DE VESTIDO, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN DURANTE EL TIEMPO DE RECLUSIÓN (ARTÍCULO 105 LITERAL E DEL CÓDIGO PENAL)..."* (fs. 32 a 41).

II) Por sentencia definitiva de segunda instancia N° 53/2023, de fecha 7 de setiembre

de 2023, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno confirmó en todos sus términos la sentencia del grado anterior (fs. 110 a 116).

III) En tiempo y forma, la Defensa del acusado AA interpuso recurso de casación contra la referida sentencia del Tribunal (fs. 121 a 145 vto.), oportunidad en la que expresó los agravios que a continuación se resumen.

a) En primer lugar, denunció el error en la aplicación del artículo 289 BIS (rectius 295 BIS) del CPP respecto a la modalidad de cumplimiento de la pena en libertad a prueba. Pues le agravia la decisión del Tribunal de no acceder a la solicitud de cumplimiento de la pena en régimen de libertad a prueba.

Recordó el Defensor que en su recurso de apelación, solicitó la absolución de su defendido y, en forma subsidiaria, para el caso de mantenerse la condena, peticionó que la misma se cumpla por el estatuto de la libertad a prueba (art. 295 BIS del CPP).

Afirmó que no solamente es posible formular la solicitud en segunda instancia, sino que es el momento en que ontológicamente debe solicitarse. Aún más. Aseguró que ni siquiera debe entenderse como un requisito la solicitud de parte, sino que,

incluso, puede disponerse por el Tribunal de oficio en la sentencia de condena.

Manifestó que el Tribunal realizó una interpretación in malam partem, y no aplicó el principio in dubio pro reo. La interpretación prohibitiva aplicada por la Sala, se contradice con los principios fundamentales del derecho penal.

Expresó que no es exigible en una estrategia procesal que defiende la inocencia del acusado, el planteo de defensas subsidiarias respecto al cumplimiento de la pena, como la solicitud de la libertad a prueba para el caso de una eventual condena. Para la Defensa, este tipo de pretensiones subsidiarias son rémoras del proceso penal inquisitivo, incompatibles con el actual proceso adversarial.

Alegó que el artículo 295 BIS del CPP no prohíbe la solicitud en segunda instancia del cumplimiento de la pena en régimen de libertad a prueba. En caso de que la norma deba ser integrada, no puede hacerse con una postura prohibitiva en contra del justiciable, sino conforme a la normativa supranacional, la Constitución y las normas adjetivas.

Apuntó que la interpretación correcta de la norma no impide la solicitud en segunda instancia, conforme al artículo 10 de la Constitución que consagra la cláusula de libertad, que

implica que todo lo que no esté prohibido, está permitido. También esta interpretación es la que mejor se sostiene de la lectura del artículo 86 del Código Penal, relativo a la individualización de la pena. Mencionó que existen Tribunales que aplican el régimen de la libertad a prueba, de oficio, tal como en sentencia N° 8/2023 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Durazno de 1° Turno, y la sentencia N° 80/2022 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno.

La interpretación restrictiva del Tribunal, para la Defensa, es contraria a los principios constitucionales y tratados internacionales ratificados por Uruguay. En tal sentido, afirma que es incompatible con la función retributiva de la pena e ignora la posibilidad de resocialización. También es contraria al principio de humanidad de las penas y a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).

En definitiva, la Defensa cuestiona la aplicación restrictiva de la Sala respecto del régimen de libertad a prueba. Porque no puede exigirse al ciudadano que se declara inocente durante el proceso admitir su culpabilidad, aun de forma subsidiaria, al solicitar que una eventual condena se cumpla en libertad a prueba. Por lo tanto, solicitó que

se case la sentencia en el punto, y se disponga el cumplimiento de la condena en régimen de libertad a prueba.

b) En segundo lugar, en cuanto al mérito del asunto, la Defensa reiteró los agravios contra la sentencia de primera instancia introducidos en el recurso de apelación.

De esta manera, denunció la incongruencia entre los hechos que sustentaron la acusación fiscal y los hechos que tuvo probados la sentencia. Acto seguido, cuestionó la valoración de la prueba practicada, y propuso a su vez, la valoración alternativa que entiende correcta.

En definitiva, solicitó que se case la sentencia impugnada y, en su mérito, se absuelva a su defendido o, en su defecto, se disponga el cumplimiento de la pena en régimen de libertad a prueba.

IV) Por providencia N° 546, de fecha 3 de octubre de 2023 (fs. 147), se confirió traslado del recurso a la Fiscalía actuante, quien lo evacuó y solicitó que se desestime el mismo, y se confirme la sentencia de segunda instancia (fs. 151 a 163).

V) El recurso fue debidamente franqueado (fs. 165), y el expediente fue recibido por este Cuerpo el día 18 de octubre de 2023 (fs. 167).

VI) Por decreto N° 1607 se dispuso el pase en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde rechazar el recurso movilizado (fs. 171 a 180).

VII) Por decreto N° 1820, de fecha 21 de diciembre de 2023 (fs. 182), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

VIII) Culminado el referido estudio, se acordó dictar el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus miembros naturales, amparará parcialmente el recurso de casación interpuesto, únicamente en cuanto a la forma de cumplimiento de la pena.

II) En forma liminar resulta de utilidad hacer un breve resumen del caso de autos, a los efectos de su mejor comprensión.

El mismo tiene su inicio a partir de una diligencia de inspección judicial sin noticia dispuesta por el Juzgado de Paz Departamental de Paysandú, el día 4 de mayo de 2022, promovida por la Sra. BB patrocinada por su abogado el Dr. Aramberri (a la postre la víctima de autos). Esto en el marco de una disputa de carácter civil entre la Sra. BB y el acusado,

BB.

La inspección ocular no se concretó, ya que no se permitió acceder al inmueble por el acusado, circunstancia de la que se dejó constancia en el expediente.

El día siguiente, el acusado se presentó sin previo aviso en el estudio del Dr. Aramberri, y le exigió la entrega de la orden judicial de inspección del día anterior. Todo esto mientras el acusado grababa al letrado con su celular. Luego de retirarse del despacho del Dr. Aramberri, el acusado le escribió al Esc. CC (colega de la víctima y a su vez, primo de la pareja del imputado), en los que textualmente expresó: *"Y quedó cagado? Un día de estos va aparecer todo roto"*; *"Lo voy a agarrar en la calle de tardecita que siempre anda por la playa"*.

Luego de estos sucesos, cuando se concretó la inspección judicial, la víctima optó por no participar de la diligencia y le solicitó a un colega que estuviera presente en su lugar.

III) Una vez enmarcado el caso de autos, corresponde ingresar en el análisis de los agravios esgrimidos.

a) Por razones de orden lógico y expositivo, en primer lugar se abordarán los agravios relativos a la valoración de la prueba y al

fondo del asunto: la condena por el delito de violencia privada.

Estos cuestionamientos, en criterio de la unanimidad de los miembros de este Cuerpo, son de franco rechazo, pues la Defensa recurrente incumple en el punto la carga de efectuar una fundamentación mínima exigible en casación. Esto por cuanto los cuestionamientos que efectúa son la copia textual de lo expresado al apelar la sentencia de primera instancia.

b) Respecto a los cuestionamientos que guardan relación con el régimen de cumplimiento de la pena en libertad a prueba, las Sras. Ministras Dras. Elena MARTÍNEZ ROSSO y Doris MORALES MARTÍNEZ, consideran que existen razones adjetivas que impiden el progreso del agravio. En tanto que los Sres. Ministros Dres. Tabaré SOSA AGUIRRE, John PÉREZ BRIGNANI, y la redactora, consideran que corresponde hacer lugar al mismo.

Veamos.

i) Con relación a la ausencia de fundamentación en cuanto a los agravios por el fondo del asunto (incongruencia de la sentencia y valoración de la prueba).

En primer lugar, el sector de agravios sobre la condena por el delito de violencia

privada (fs. 131-143) resulta, a criterio de la unanimidad de los miembros de este Cuerpo, inadmisibile por ser la reiteración textual (incluso con los mismos subrayados y resaltados) de lo expresado al apelar la sentencia de primera instancia.

En cuanto a la incongruencia de la sentencia relevada, cuyo desarrollo en casación surge de fs. 131 a 134 vto. (puntos 53 a 71), es la reiteración de las fs. 49 a 52 vto. (puntos 35 a 51). Lo mismo sucede con los restantes agravios relativos a la valoración de la prueba practicada (véase fs. 134 vto. a 143 de la casación, y cotéjese con fs. 52 vto. a 62 de la apelación).

Tal proceder es reprimido invariablemente por la Suprema Corte de Justicia y no puede cohonestarse.

Como lo expresara la Corte ya en sentencia N° 41/1999: *"...el recurso de casación interpuesto se remite a la apelación y la Corporación ha dicho en forma reiterada, que el recurso debe bastarse a sí mismo, esto es, debe ser autosuficiente e indicar en forma precisa, como lo dice el Codificador '... las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas' y '... invocación de las causales legales de casación'. Ello, como requisitos indispensables o que 'necesariamente' el libelo respectivo debe contener"*.

De ningún modo puede admitirse que la mera reiteración de los agravios contra la sentencia de primera instancia, implique una crítica razonada de la sentencia de segundo grado para fundar el recurso de casación.

Por lo tanto, la crítica no cumple con la carga de fundamentación mínima exigible para obtener un pronunciamiento hábil del máximo Tribunal. El recurso no cumple con el artículo 273 del CGP, aplicable por la remisión del artículo 369 del CPP, que requiere la expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos de manera "*clara y concisa*", cualidades ausentes en el sector del recurso a examen.

Como sostuvo con claridad la profesora KLETT, la exigencia de fundamentación del medio impugnativo "*reconoce como principio inspirador el de lealtad, probidad y buena fe, así como el de economía procesal. Y significa -en términos generales- la carga de la debida fundamentación que se impone al sujeto agraviado en la presentación del medio, para que éste resulte admisible. Así, en sede de los recursos de apelación y casación, la fundamentación del recurso, mediante la respectiva invocación de los motivos de sucumbencia, se impone como requisito de admisibilidad, estableciendo la ley como sanción ante el incumpli-*

miento, que el recurso de apelación se rechazará de plano, teniendo por desistido al recurrente (art. 253.1 inc. 3 del CGP); la misma solución se establece en el recurso de reposición (art. 246) y en el de queja (art. 263). En sede de casación, existe una disposición similar que regula el cumplimiento de las menciones que preceptúa el art. 273, bajo el apercibimiento de rechazo similar" (KLETT, Selva, "Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos, en Revista de Derecho Procesal N° 2/2005, págs. 388 y 389).

Este Colegiado comparte el temperamento del Sr. Ministro Dr. Sosa en sentencia de la Corte N° 991/2022, donde afirmó: "Tal reiteración textual, prácticamente idéntica -anota el Sr. Ministro, Dr. SOSA- no puede ser permitida en casación. De hecho, la Corte, en reiteradas oportunidades ha señalado: "Ahora bien, se parte de una premisa equivocada; esto es, que el Tribunal, si bien confirmó lo resuelto por primera instancia, en ningún momento se remitió in totum al desarrollo argumentativo realizado por el decisor de primera instancia. Y, valga la redundancia, no lo hizo por la simple razón del artillero: de haber procedido de esa manera se habría vulnerado la motivación de la sentencia y el propio alcance que tiene en nuestras latitudes el recurso de apelación. La repetición de agravios (en forma textual y sin un mínimo de adecuación

al caso) es razón suficiente para repeler el recurso. Los arts. 269 y 270 del CPP, prescriben que el recurso deberá versar sobre la existencia de una infracción a la ley -en el fondo o en la forma- cometida en una sentencia dictada por nuestros Tribunales de Segunda Instancia en lo Penal y no contra lo resuelto por el decisor de primera instancia (...) Las formalidades exigibles determinan que quien pretende interponer el recurso de casación debe efectuar un desarrollo explicativo mínimo y no una mera transcripción -en bruto- de agravios ya articulados al apelar (...)” (Cf. Sentencia N° 220/2021).

Añade el Sr. Ministro, Dr. SOSA que la sentencia del 'Ad Quem' nunca puede ser el calco de lo ya dicho por la 'A Quo', dado que al interponerse el recurso de apelación la Sala analizará cada uno de los agravios vertidos y es recién a partir de lo dicho por la Sala que tales extremos puedan causar agravios. En otras palabras, el contenido del agravio no puede ser idéntico al apelar que al presentar el recurso de casación, pues cada sentencia brindó argumentos propios y, sin perjuicio de llegar a conclusiones similares, se brindó un desarrollo extenso de los motivos por los cuales entendió que prácticamente -con la salvedad de la privación de libertad- la acusación quedó plenamente acreditada”.

En definitiva, la mera reiteración de lo expresado al apelar (de manera textual), no constituye una crítica hábil de la sentencia de segunda instancia, argumento más que suficiente para desestimar este cuestionamiento.

ii) *Con relación al agravio por el régimen de cumplimiento de la pena en libertad a prueba.*

En el presente agravio, si bien reitera parte de lo ya expresado al solicitar la libertad a prueba al apelar, corresponde reconocer que la Defensa elabora una argumentación específica y coherente contra los fundamentos de la sentencia dictada por el Tribunal.

En pocas palabras, se agravia de la decisión del Tribunal de no hacer lugar al cumplimiento de la pena en libertad a prueba (art. 295 BIS del CPP).

Para la Sala, "No corresponde hacer lugar al pedido de la Defensa en el recurso de apelación por expreso mandato legal, pues la libertad a prueba debe ser a solicitud de parte y se fija en la sentencia definitiva de condena (art. 295 bis del C.P.P). En consecuencia, la solicitud fue planteada en forma extemporánea, pues debe ser antes del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia".

La recurrente, por el contrario, sostiene que no sólo es admisible la solicitud en segunda instancia, sino que además, es el momento oportuno para realizar el pedido. Esto por cuanto no resulta exigible en un proceso de tendencia adversarial, la presentación por la Defensa de hipótesis subsidiarias en una estrategia procesal que defienda la inocencia del acusado. Para la Defensa, el Tribunal lleva a cabo una interpretación restrictiva de la norma en contra del imputado, que vulnera el principio in dubio pro reo y las normas constitucionales y supranacionales relativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Ahora bien. Con relación a este punto, discrepan -como se señalara- los miembros de la Corporación.

Las Sras. Ministras Dras. Elena Martínez y Doris Morales, consideran que corresponde desestimar el agravio, y por tanto extenderán discordia. Mientras que los Sres. Ministros Dres. Tabaré Sosa, John Pérez, y la redactora, entienden que el agravio es de recibo.

Posición de los Sres. Ministros Dres. Sosa, Pérez y Minvielle. Los referidos Sres. Ministros consideran que corresponde amparar el agravio, en virtud de lo subsiguiente.

La Sra. Ministra redactora, luego de un muy meditado y exhaustivo reexamen de la cuestión, estima que asiste razón a la recurrente. Y que su postura es la que mejor se ajusta a una interpretación "*in dubbio pro reo*" de la normativa vigente, máxime si se tiene presente que el beneficio referido vino a ser un sustituto del antiguo instituto de la libertad condicional, que habilitaba su petición una vez recaída la condena.

Recuerdan los referidos Sres. Ministros, que la norma en cuestión (art. 295 bis del CPP) dispone lo siguiente: "*Régimen de libertad a prueba*).- *Las penas privativas de libertad podrán cumplirse en régimen de libertad a prueba en los casos y bajo las condiciones que se establecen en la presente ley... La libertad a prueba procederá en todos los casos a solicitud de parte y será impuesta por el tribunal al dictar la sentencia definitiva de condena. El tribunal fijará el plazo de intervención que será igual al que correspondería cumplir en régimen de privación de libertad*".

A la luz de tal redacción, dos cuestiones son las que deben definirse: a) si existe un momento procesal específico para pedir la aplicación de esta forma de cumplimiento, y b) si es posible que la misma sea aplicada de oficio o únicamente a solicitud de

parte. Pues de la lectura del artículo se advierte que no señala expresamente cuál es el momento procesal oportuno para solicitar la aplicación del régimen de libertad a prueba, ni establece límite temporal alguno para su solicitud. Solo expresa el codificador que se requiere "... *solicitud de parte*" y que será impuesta por el tribunal al tiempo de disponerse la condena. Entonces, al no haberse previsto una oportunidad expresa para ello, tal vacío, debe colmarse recurriendo a los principios generales del derecho penal.

En el caso concreto de obrados, consideran los Sres. Ministros referidos que el segundo problema no existe, desde el momento que la Defensa pidió expresamente que la pena sea cumplida bajo el régimen de la libertad a prueba al interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia condenatoria. Por tanto, el quid de la cuestión radica en definir si el pedido de la Defensa es extemporáneo o no.

A diferencia de lo sostenido por la Sala, estiman los Sres. Ministros Dres. Sosa, Pérez y Minvielle, que no existe un límite temporal expresamente previsto en la norma que conlleve a que el pedido de la Defensa pueda considerarse extemporáneo. Para ello, y sin dejar de destacar la opinabilidad del punto, el planteo de la Defensa en

segunda instancia al interponer recurso de apelación es hábil para ser analizado por el Tribunal, todo ello en base a que razones de texto y de contexto militan para sostener que el pedido de la Defensa en segunda instancia no pueda ser considerado extemporáneo.

Si bien es cierto, que la norma no establece de forma expresa cuándo se debe peticionar la forma de cumplimiento de la pena, debe tenerse en consideración que tal regulación se encuentra en el marco del proceso de ejecución penal. Tal es así, que el artículo 295 bis del CPP, anteriormente transcrito, integra el *"LIBRO III - DEL PROCESO DE EJECUCIÓN. TÍTULO II - DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. CAPÍTULO II - DEL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD A PRUEBA"* del Código del Proceso Penal. Al integrar este capítulo (proceso de ejecución), está claro que presupone la existencia de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y consecuentemente el cumplimiento de la pena impuesta por la sentencia de mérito.

Una interpretación en contrario, conllevaría una violación al principio in dubio pro reo a la hora de interpretar la norma, cuando la misma no limita de forma expresa el límite temporal en la cual tal petición puede ser realizada. Atento a ello, el límite temporal del pedido coincide con el

pasaje de la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

El vacío referido debe ser colmado efectuando una integración a favor del imputado, pues así lo indica el principio del in dubio pro reo, pilar fundamental de las garantías del debido proceso penal. Este principio del derecho penal que favorece al acusado en caso de duda sobre su culpabilidad, asegura que si existe incertidumbre en la interpretación de la ley o en la valoración de la evidencia, la decisión debe beneficiar al acusado.

Entonces, en el caso a estudio, al existir incertidumbre sobre el momento en el cual corresponde solicitar la aplicación del régimen de la libertad a prueba, si durante el desarrollo de la primera instancia, o bien durante la segunda instancia, frente a estas dos interpretaciones legales posibles de una misma situación, se debe abogar por aquella menos gravosa para el indagado; y en el caso, esa interpretación no puede ser otra que admitir la solicitud de tal régimen en segunda instancia, pues no hay establecido un límite temporal para tal solicitud, ni prohibición alguna que lo impida.

Un segundo argumento, este sí de contexto, y coadyuvante con el anterior, aparece si se toma en consideración el tipo de proceso que implementó el nuevo CPP, esto es un proceso de índole

acusatorio-adversarial. En este sentido Binder -con la sabiduría que lo caracteriza- ha expresado: en el *"sistema adversarial se quiere que las decisiones judiciales surjan de las audiencias públicas y contradictorias donde las partes deban presentar las pruebas, discutir y argumentar a favor de su caso. En especial, el juicio oral y público debe ser el momento donde las partes presentan su caso, examinan y contra examinan la prueba, argumentan y contra argumentan y hacen peticiones concretas para que el juez decida"* (Cfme. BINDER, Alberto, *"El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades"*, en Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, pág. 14).

Sabido es que a la hora de preparar un caso penal, la teoría del caso tanto del acusador como de la defensa debe ser única, con lo cual deben desterrarse las peticiones subsidiarias. No obstante ello, en la hipótesis particular de un caso que permita arribar a resoluciones alternativas, éstas no deben ser contradictorias ni incoherentes entre sí. Al respecto, destacan Andrés Baytelman y Mauricio Duce que *"La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que*

vincula nada a proveer un punto de vista tanto de la evidencia cómo es posible dentro de un lado coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos, o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás. Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, toda vez que está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal puede mirar toda la evidencia y la actividad probatoria, de manera tal que el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado inevitablemente a fallar a nuestro favor. Desde luego, la teoría depende en primer término del conocimiento que el abogado tenga acerca de los hechos de la causa. Además, va a estar determinada también por las teorías jurídicas que queremos invocar de nuestra parte. No se trata, en consecuencia, de 'inventar' una historia que altere - que mienta- sobre los hechos ocurridos. Ello, tanto por razones poderosas en el ámbito ético - de las que, sin embargo, hablaremos en otra ocasión- como por razones igualmente fuertes en el plano estratégico. El entorno del juicio oral dificulta enormemente la posibilidad de mantener consistentemente una mentira, y es además extraordinariamente sensible a ella, pues no exige - para sancionarla - que seamos capaces de probar el

perjuicio; basta con que el tribunal no crea la teoría del caso planteada por la parte para que ella pierda el juicio, que es finalmente el mayor costo (...). Una buena teoría del caso será, pues, la que logre explicar de la forma más consistente posible la mayor cantidad de hechos de la causa, incluidos aquellos que establezca la contraparte. La teoría del caso, en suma, es nuestra simple lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió. Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en el juicio" (Cfme. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, "Litigación penal: Juicio Oral y Prueba", Ed. Alternativa, 2005, pág. 110).

A raíz de ello, parece ilógico cargar como una de las responsabilidades de la Defensa, que ésta deba petitionar una forma de cumplimiento de pena particular, cuando la teoría del caso sustentada es negar los hechos articulados por la Fiscalía, o expresar que los mismos no encuadran en un determinado ilícito penal. La Defensa, se tornaría contradictoria si por un lado se niega la responsabilidad penal, y por el otro, se pide que la pena a aplicar sea bajo el régimen de la libertad a prueba.

Este extremo, propio de la lógica del sistema acusatorio es hábil para concluir que

el pedido de la defensa de una forma de cumplimiento de pena diferente a la establecida por una sentencia de condena, recién nazca cuando la misma es dictada. Es decir, si la teoría del caso de la Defensa es negar la existencia de los hechos o expresar que los hechos imputados por Fiscalía no configuran delito, recién al recibir un fallo de primera instancia en contra es que podrá pedir, conforme lo mandata la norma, una forma de cumplimiento de la eventual pena a recaer que devenga más benevolente a su interés particular.

No debe olvidarse que, conforme la nueva legislación penal, a la Defensa una vez presentada la acusación se le dará traslado con el fin de que *"ofrezca la prueba que pretende producir en juicio oral"* (art. 128 CPP). Ese es el alcance que la norma le da a la contestación de la acusación por parte de la Defensa.

En definitiva, consideran los Sres. Ministros que conforman la mayoría de la Corte, que no existe una norma que obligue a la Defensa a peticionar la forma de cumplimiento de pena en un momento oportuno, lo que conlleva a acoger este sector de la impugnación.

Y analizando el caso concreto, observan que se cumplen todas las condiciones necesarias para que se acceda al régimen de la libertad

a prueba. A saber: 1) se trata de un delito doloso, en el que la Fiscalía requirió una pena (6 meses) muy inferior a 24 meses de prisión (art. 295 bis lit B); 2) se trata de un acusado que no reviste la calidad de reincidente, reiterante o habitual, surgiendo del acuerdo probatoria celebrado por las partes, que es primario absoluto; 3) finalmente, el delito por el cual es condenado, no se encuentra incluido en la enumeración realizada en el art. 295 bis inc. 5 del CPP.

Por lo tanto, al cumplirse las condiciones para que el acusado pueda acceder a la sustitución de la pena de prisión por la libertad a prueba, consideran los Sres. Ministros referidos, que corresponde hacer lugar al agravio de la Defensa, y en su mérito, sustituir la pena por libertad a prueba, imponiéndole las siguientes condiciones: 1.- residir en un lugar determinado donde sea posible la supervisión por la DINASLA; 2.- sujeción a la orientación y vigilancia permanentes de DINASLA; 3.- presentación una vez por semana a la Seccional Policial correspondiente al domicilio fijado, y 4.- prestación de servicios comunitarios de 8 horas semanales, teniendo la obligación de cumplir las tareas que se le asignen en Organismos Públicos u ONG, con fines de utilidad social.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por

mayoría,

FALLA:

AMPÁRASE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, ÚNICAMENTE RESPECTO DE LA FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA, Y EN SU MÉRITO, SUSTITÚYASE LA PENA POR LA LIBERTAD A PRUEBA, DEBIENDO CUMPLIR EL PENADO LAS SIGUIENTES CONDICIONES: 1.- RESIDIR EN UN LUGAR DETERMINADO DONDE SEA POSIBLE LA SURVEVISIÓN POR LA DINASLA; 2.- SUJECCIÓN A LA ORIENTACIÓN Y VIGILANCIA PERMANENTES DE DINASLA; 3.- PRESENTACIÓN UNA VEZ POR SEMANA A LA SECCIONAL POLICIAL CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO FIJADO, Y 4.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMUNITARIOS DE 8 HORAS SEMANALES, TENIENDO LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LAS TAREAS QUE SE LE ASIGNEN EN ORGANISMOS PÚBLICOS U ONG, CON FINES DE UTILIDAD SOCIAL.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE 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

DISCORDES

PARCIALMEN-

TE: Por

DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

cuanto en-
tendemos

que corresponde desestimar el recurso de casación del acusado, incluido el agravio relativo al cumplimiento de la pena en régimen de libertad a prueba.

1) Con relación a este cuestionamiento, si bien se reitera parte de lo expresado al solicitar la libertad a prueba al apelar, es justo reconocer que la Defensa se esfuerza por construir una argumentación específica y coherente contra los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Apelaciones.

En pocas palabras, la Defensa se agravia de la decisión del Tribunal de no hacer lugar al cumplimiento de la pena en libertad a prueba (art. 295 BIS del CPP).

Para la Sala "No corres-

ponde hacer lugar al pedido de la Defensa en el recurso de apelación por expreso mandato legal, pues la libertad a prueba debe ser a solicitud de parte y se fija en la sentencia definitiva de condena (art. 295 bis del C.P.P). En consecuencia, la solicitud fue planteada en forma extemporánea, pues debe ser antes del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia".

El recurrente, por el contrario, sostiene que no solo es admisible la solicitud en segunda instancia, sino que además es el momento oportuno para realizar el pedido. Esto por cuanto no resulta exigible en un proceso de tendencia adversarial, la presentación por la Defensa de hipótesis subsidiarias en una estrategia procesal que defienda la inocencia del acusado. Para la Defensa, el Tribunal lleva a cabo una interpretación restrictiva de la norma en contra del imputado, que vulnera el principio *in dubio pro reo* y las normas constitucionales y supranacionales relativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

2) Desde nuestro punto de vista, razones de índole formal impiden el progreso del agravio en casación.

Al respecto, las suscritas tuvimos oportunidad de pronunciarnos ante un caso de idénticas características al que aquí se presenta, y que

en esta ocasión votamos por mantener el mismo criterio.

En efecto. En la sentencia N° 568/2023, sostuvimos lo siguiente:

“Con anterioridad al dictado de la sentencia de primer grado, DD no solicitó ampararse en el beneficio legal. Esa omisión determinó que la Jueza a quo no emitiera resolución al respecto, puesto que no existió pedimento de parte (el inc. 7° del art. 295 BIS del CPP previene que ‘la libertad a prueba procederá en todos los casos a solicitud de parte y será impuesta por el tribunal al dictar la sentencia definitiva de condena’).

Al no existir en ese punto pronunciamiento en primera instancia, el encausado tampoco tenía agravio para proponer en la apelación (aunque de todos modos lo planteó). Con lo cual, si carecía de agravio en alzada, tampoco lo puede tener ahora en casación.

En efecto, si el agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral (Cfme. Couture, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, 1981, pág. 346), y es lo que mide el interés que se requiere como presupuesto para recurrir, entonces, si es actual, el perjudicado tiene la carga de proponerlo, en modo de agravio, en la primera oportunidad procesal que tenga, y si tal

actualidad pervive, entonces habrá de seguir insistiendo en las etapas procesales siguientes, so riesgo de perder el interés para recurrir (Cfme. sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 1.633/2017 y 315/2014).

Sin embargo, para tener agravio, previamente debe existir una pretensión planteada, puesto que, de lo contrario, no existirá pronunciamiento y tampoco injuria.

Siempre a juicio de las Sras. Ministras Dras. Martínez, Minvielle y Morales, la referida exigencia no fractura ningún principio o norma procesal penal vigente; por el contrario, cabe concebirla como un presupuesto de toda impugnación, ya sea civil o penal. Deriva de la teoría general del derecho procesal y está presente en la regulación de cualquier sistema procesal moderno, porque si el juzgador debe pronunciarse sobre las cosas litigiosas (principios dispositivo y de congruencia), va de suyo que no las integran los temas que el recurrente no planteó y que recién introduce al interponer recursos de apelación y casación.

Igual criterio fue seguido, por ejemplo, por el TAP 1º, el que expresó en sentencia interlocutoria N° 705/2019: 'La regla de que el agravio es la medida de la apelación, constituye un criterio rector en la evolución de los medios

impugnativos en tanto que limitación impuesta por imperio del principio dispositivo -en el caso acusatorio-, emanada, asimismo, de la construcción del concepto de 'agravio' como supuesto de la facultad recursiva de la parte. La solución no es diversa de la que se aplica en materia civil, porque un efecto devolutivo total o pleno... no se compadece con los principios acusatorio y de igualdad (SCJ, sent. 727 de 22/VII/96, LJU 13.122 y de la Sala, S. 356/07 y S. 142/2008)' (véase asimismo: sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 28/2021).

En suma, por las razones señaladas, consideran las Sras. Ministras Dras. Martínez, Minvielle y Morales, que se impone el rechazo del último agravio de la Defensa recurrente".

Tal argumentación es trasladable enteramente al caso que aquí se ventila, por tratarse del mismo supuesto de hecho.

3) A su vez, corresponde aclarar un punto que la Defensa recoge en su argumentación, relativo a que el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno, en sentencia N° 80/2022, aplicó de oficio y sin solicitud de la Defensa el instituto de la libertad a prueba.

Es cierto que en la sentencia invocada el Tribunal dispuso que la condena se

cumpla en régimen de libertad a prueba sin previa solicitud de la Defensa.

Pero lo que omite explicar el Defensor es que en ese antecedente, en primer lugar, la sentencia de primera instancia dispuso la absolución de los acusados y fue en segunda instancia que se dispuso la condena. Y en segundo lugar y más importante: el Tribunal procedió a la recalificación jurídica de los hechos, y condenó por un delito diferente al que solicitó la Fiscalía.

En efecto. En el antecedente la Fiscalía acusó por un delito de homicidio a título de dolo eventual, mientras que el Tribunal, recalificación mediante, condenó por homicidio culposo. Por esta razón, la Sala dispone que la pena se cumpla en régimen de libertad a prueba. Esto por cuanto el Tribunal bien señala que por el delito que la Fiscalía despachó acusación, no era posible aplicar la libertad a prueba por expreso mandato legal y, por lo tanto, no era exigible al Defensor solicitarla.

En palabras del Tribunal
*“En efecto. Enfrentada a la imputación dolosa, con pedido de pena superior a dos años de penitenciaria, **la Defensa no tenía posibilidad alguna de remover el obstáculo de la solicitud de parte para -en subsidio de la absolución- solicitar***

que la pena no fuese de cumplimiento efectivo (art. 295 lit. B) CPP). De acuerdo con ello, EE será condenado por autoría de Homicidio a título de culpa, a pena correccional que contempla su falta de antecedentes y peligrosidad, así como lo declarado por algún testimonio policial en cuanto a la inexistencia de instrucción en persecuciones, su escasa antigüedad como policía y juventud; y la pena no será de cumplimiento efectivo, Ello en tanto no puede ser excluido del beneficio quien no tuvo chance de ejercer la condición durante la primera instancia: mal podía aspirar a libertad a prueba entonces, siendo que el art 295 lit B) la excluye en delitos dolosos con pena superior a 24 meses de prisión y la pena mínima del homicidio a dolo eventual por el que acusó Fiscalía es dos años de penitenciaría (arts. 18 y 310).

En la medida que la Sala recalifica el elemento subjetivo, desaparece el obstáculo y sería ciertamente perverso imponerle cumplimiento efectivo de la pena al autor de un delito que se reputa culposo, sin tomar en cuenta lo que viene de ponderarse, haciendo prevalecer una requisitoria con base en otro contexto, a la que el actual deja sin sentido y convierte en kafkiana".

En realidad, si se lee con

atención el fallo, el Tribunal incluso argumenta en contra de lo que aquí sostiene la Defensa, pues reconoce que resulta exigible la solicitud de parte para aplicar la libertad a prueba: *“la Defensa no tenía posibilidad alguna de remover el obstáculo de la solicitud de parte para -en subsidio de la absolución- solicitar que la pena no fuese de cumplimiento efectivo (art. 295 lit. B) CPP)”* y también *“no puede ser excluido del beneficio quien no tuvo chance de ejercer la condición durante la primera instancia”*). Por la recalificación mediante, por un delito que si admite la libertad a prueba, es que la Sala dispone el cumplimiento de la pena en este régimen.

Esto es diferente a lo que sucedió en este caso, donde desde el comienzo, el delito imputado y la pena solicitada en la acusación si admitían la aplicación de la libertad a prueba.

Por lo tanto, votamos por desestimar el agravio relativo a la modalidad de cumplimiento de la pena y con ello, el recurso de casación de la Defensa.

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