

//tencia N° 1322

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, dieciséis de octubre de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva esta causa caratulada: **"AA - CUATRO DELITOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD, CUATRO DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD CONTRA LOS DETENIDOS, ÉSTOS EN CONCURSO FORMAL CON CUATRO DELITOS DE LESIONES GRAVES - CASACIÓN PENAL"**, IUE: 302-588/2011, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito a los recursos de casación interpuestos por el Sr. Fiscal Letrado Nacional especializado en crímenes de Lesa Humanidad, Dr. Ricardo Perciballe y por la Defensa del imputado AA [a cargo del Dr. Carlos Bustamante Barrios] contra la sentencia definitiva N° 57, de fecha 28 de agosto de 2023, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno.

RESULTANDO:

I.- Por la mencionada, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno [Sres. Ministros Dres. Torres Collazo (r), Reyes Oheninger y Eustachio Colombo] falló: *"Confírmase la Sentencia de Primera Instancia, salvo en cuanto a la calificación y a la pena, en cuyo lugar se condena a AA como autor de cuatro delitos de privación de libertad,*

en reiteración real con cuatro delitos de lesiones graves, a la pena de cinco años de penitenciaría (...)" (fs. 1433-1448).

A su vez, el pronunciamiento anterior emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Paysandú de 2° Turno [a cargo de la Dra. Macarena Santoro Berti] por sentencia N° 5, de fecha 12 de septiembre de 2022, había fallado: "*Condenando a AA como autor de cuatro delitos de privación de libertad, cuatro delitos de abuso de autoridad contra los detenidos y éstos en concurso formal con cuatro delitos de lesiones graves a la pena de siete (7) años de penitenciaría con descuento de la preventiva sufrida (...)*" (fs. 1308-1338).

II.- En tiempo y forma, la Fiscalía actuante interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el "Ad Quem". Los fundamentos brindados en el libelo introductorio del medio impugnativo (fs. 1454-1459) son, básicamente, los siguientes.

a) La Sala no hizo lugar a la tipificación del delito de abuso de autoridad contra los detenidos, por entender que el presupuesto de la figura delictiva es que exista un sujeto que haya sido legalmente detenido, es decir, privado de libertad por una orden legal y dada por quien sea competente para

ello. En el caso, está fuera de discusión que existieron actos realizados u ordenados por el imputado, que encuadran plásticamente en los abusos a los que refiere el artículo 286 del CP. Entre otras prácticas, quedaron comprendidas la utilización de capucha, los insultos, la privación del sueño, de agua y alimentos, así como el acceso al baño para realizar sus necesidades o higienizarse. Esas acciones acompañaron a las torturas más aberrantes como los plantones, golpizas, el submarino, el caballete o la picana eléctrica.

El punto en debate es si es posible o no imputar el delito de abuso de autoridad contra los detenidos cuando no existe un arresto legal. Así, señaló que el arresto legal no es un requisito que surja del texto legal, en tanto refiere el artículo 286 del CP a la *"persona arrestada"* y por arrestar debe entenderse retener a alguien y privarlo de su libertad.

Precisó, que el resultado interpretativo postulado por el Tribunal conlleva consecuencias absurdas, por ejemplo, que dos funcionarios que privan ilegítimamente de la libertad a una persona (uno de ellos solo le priva de la libertad y el otro comete actos arbitrarios o le somete a rigores no permitidos contra el arrestado), determinaría el mismo tratamiento punitivo, lo que no resulta ajustado.

b) Con relación a la pena

impuesta, consideró que la misma no guarda relación con la dosimetría de las penas en general. Recordó, que es imposible no pensar que cualquier tipo de rapiña agravada (donde se atenta la libertad y la propiedad) se retribuya con 5 años y 4 años de penitenciaría, mientras que reiterados delitos de privación de libertad y reiterados delitos de lesiones graves realizados por un Oficial del Ejército, merezcan una pena de 5 años de penitenciaría.

La pena impuesta al imputado es muy injusta, si se tiene en consideración que los Sres. BB y CC fueron condenados por la Justicia Militar a las penas de 6 y 7 años de penitenciaría, respectivamente. En ese entonces, eran trabajadores que por el sólo hecho de mantener vivo su sindicato y luchar por sus derechos, fueron ilegítimamente privados de su libertad, sometidos a aberrantes tormentos y finalmente condenados a penas significativas, éstas, impuestas como consecuencia de las confesiones provocadas por la actuación de AA.

Asimismo, la pena impuesta es ilegal. Véase, que la Sala se limitó a confirmar la sentencia en lo que refiere a los delitos de privación de libertad y las lesiones graves. Sin embargo, el órgano no se detuvo a analizar las alteratorias de responsabilidad y, en especial, lo establecido en el

artículo 282 del CP. El delito de privación de libertad se encuentra muy específicamente agravado por obedecer a *"móviles políticos o ideológicos"*. Y, en estos casos, por la agravante muy especial, la pena tiene un mínimo de 6 años de penitenciaría. La tipificación, en este aspecto, así como las alteratorias de responsabilidad consideradas, fueron objeto de confirmación por parte del Tribunal. Por esta razón la pena resulta ilegal, con lo cual, aun cuando no se compute el abuso de autoridad contra los detenidos, no cabe duda que una pena de 7 años se ajusta a la realidad de los hechos historiadados. Se trata de una hipótesis de reiteración real del mismo delito y aún del de lesiones graves.

III.- A fs. 1465-1478, compareció la Defensa del imputado e interpuso recurso de casación. Los agravios esgrimidos pueden resumirse de la siguiente forma.

a) El Tribunal sostuvo que la prescripción del delito no puede ser debatida y contemplada nuevamente por haber sido resuelta. La sentencia infringe las normas que regulan la prescripción (artículos 8, 10, 18, 72 y 332 de la Constitución de la República, artículo 7 numeral 5) del Pacto de San José de Costa Rica, artículos 117, 119, 121 y 123 del CP, artículo 174 del CPP 1980 y artículo 140 del CGP).

La Sala soslayó que la

Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucionales los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831 por sentencia N° 250/2018. Dicha declaración, a su juicio, acarrea como consecuencia que debe computarse todo el plazo transcurrido desde el 22 de septiembre de 1986 y que los delitos a los que se refieren los artículos 1 y 2 no pueden ser considerados crímenes de lesa humanidad.

Indicó que es erróneo considerar que el plazo de prescripción estuvo suspendido desde la promulgación de la Ley N° 15.848 hasta el primer gobierno del Dr. Tabaré Vázquez. El plazo y la forma de cómputo, interrupción y suspensión de la prescripción son de reserva legal.

El *“impedimento por justa causa”* es un instituto procesal que no se aplica al derecho sustantivo. La Ley de caducidad posibilitó el dictado de actos discrecionales del Poder Ejecutivo, efectuados al amparo de una ley vigente que fue acatada por el Dr. Tabaré Vázquez en su primer mandato.

Todas las víctimas de la dictadura pudieron reclamar que se investigaran los hechos, individualizar a sus responsables y obtener la reparación por los daños ocasionados.

b) Indicó que la ley penal desfavorable es un principio general del derecho penal que se aplica también a las leyes que establecen

regímenes de prescripción o modificación más gravosa, en tanto se trata de un instituto sustancial y de orden público. La ley penal debe ser previa, cierta, escrita y estricta, a la vez que clara y precisa, sin dejar margen de dudas.

En este sentido, citó jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, por la cual se señaló que ni las normas que establecen la imprescriptibilidad de los delitos, ni los tipos penales previstos por tales leyes pueden tener aplicación con relación a hechos acaecidos antes de su incorporación a nuestro ordenamiento.

c) Alegó, que en la sentencia impugnada se valoraron en forma arbitraria los medios probatorios, otorgándose eficacia probatoria absoluta a las declaraciones de los testigos, quienes, además, serían presuntas víctimas.

El hecho de que los declarantes tengan la calidad de víctimas, sesga por completo las declaraciones, lo que no fue considerado al momento de evaluar la prueba en su conjunto. Los testimonios no dan cuenta que AA hubiera cometido los delitos que se le atribuyen sino que lo ubican en el lugar en forma imprecisa, acudiéndose a elementos de identificación indirectos como la voz o supuestas

conversaciones entre soldados. Dichos reconocimientos vagos e imprecisos, brindados por testigos parciales, nunca pueden constituir el estándar probatorio requerido para condenar a una persona.

No se plantea aquí, una revisión del material probatorio ni de la plataforma fáctica, sino una revisión del grado de certeza requerido para la condena, cuestión revisable en casación. En el caso, no existen elementos suficientes para lograr ese grado de certeza requerido respecto de los hechos denunciados ni de la participación de AA, quedando todo en indicios vagos y prueba contradictorias.

Era tarea de la fiscalía confirmar la versión brindada por los testigos-víctimas, a través de medios probatorios idóneos como, por ejemplo, pericias psicológicas o físicas.

Añadió, que no comparte la interpretación del Tribunal dada a la anotación de fs. 1035, donde se calificó de forma positiva a su defendido, tergiversándose el sentido natural de las palabras, sin explicación alguna.

Manifestó, que el Tribunal concluyó que AA participó en las actividades que los testigos describieron (privación de libertad y lesiones), por haber obtenido una calificación positiva

acerca de su desempeño, en tanto el superior de su época refirió a que cumplía con su deber.

Afirmó, que el fundamento de semejante conclusión consiste en una simple frase: "*comentarios huelgan*", expresión que resulta, a todas luces, inadmisibile.

El Tribunal otorgó especial relevancia al reconocimiento del Sr. AA a través de su voz, pero sin haberse realizado la prueba de reconocimiento, elemento indispensable para poder mínimamente considerar la identificación de una persona a través del oído.

d) Por último, en subsidio, aseveró que la pena impuesta es rigurosa, por lo que debe ser abatida, ya que nada justifica el innecesario rigor para los fines del proceso y de la pena (artículo 26 de la Carta).

Los hechos ocurrieron hace 50 años, en el contexto histórico relevado por las sentencias de primera y segunda instancia, por lo que no puede hablarse de peligrosidad ni realizar un pronóstico de reincidencia. La edad de su defendido y las patologías que padece contribuyen a abatir la pena al mínimo legal situado en 1 año y 8 meses de prisión, en mérito a lo dispuesto en el artículo 54 y siguientes del CP.

IV.- Por providencia N° 587, de fecha 19 de septiembre de 2023, se ordenó elevar la causa a esta Corporación. La misma fue recibida el día 3 de octubre de 2023 (fs. 1495).

Por providencia N° 1512, de fecha 7 de noviembre de 2023, se ordenó dar ingreso a los recursos de casación movilizados. Conferido el traslado por el término legal, fue correctamente evacuado por ambas partes.

V.- Los autos pasaron en vista a la Sra. Fiscal de Corte (S) quien, en su dictamen, concluyó que no corresponde hacer lugar al recurso movilizado por la Defensa y acoger el recurso movilizado por la Fiscalía actuante conforme los términos III.1.1 y III.1.2.b de su escrito (dictamen N° 000009 de fecha 14 de febrero de 2024, obrante a fs. 1525-1535).

VI.- Por decreto N° 90, de fecha 22 de febrero de 2024 (fs. 1537), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, acordándose ésta en legal forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia desestimaré el recurso de casación interpuesto por la Defensa de AA y acogerá, con el alcance que se dirá, el recurso movilizado por la Fiscalía interviniente, siendo todo ello así por lo subsiguiente.

II.- De modo preliminar, toma nota la Corte que en autos tramita causa penal bajo las normas del CPP 1980.

La plataforma fáctica validada por la Sala dice relación con que: "*El día 27 de Junio del año 1973 se produjo en el país un Golpe de Estado de carácter cívico- militar. Como consecuencia del mismo se instauró un régimen autoritario que suprimió derechos, garantías y libertades reconocidas en la Constitución de la República, encargándose la lucha antisubversiva a las Fuerzas Armadas*'.

'En este contexto en Paysandú, la represión estuvo a cargo del Batallón de Infantería No. 8. En el mes de mayo del año 1974 personal militar de dicha unidad procedió a la detención de varias personas -entre ellas BB-, las que fueron trasladadas a la unidad y allí fueron objeto de tratos crueles, inhumanos, degradantes, obteniendo confesiones mediante apremios físicos y psicológicos, siendo puestas a disposición de la justicia militar, privadas de su libertad ilegítimamente por extensos períodos'.

'En ese entonces, BB, tenía 31 años de edad y era conocido como un sindicalista de la ciudad de Paysandú. Trabajaba en la empresa Paylana, desarrollaba actividad sindical y tenía vínculos con el movimiento sindical del partido

comunista, pero no era afiliado al mismo'.

'El mismo fue detenido en su domicilio de la calle Verocay 875 de la ciudad de Paysandú, en horas de la noche del día 14 de mayo de 1974. Al momento de la detención se encontraba su familia, sus hijos, de cinco y de dos años y una beba de tres meses, en brazos de su esposa. Esta acción estuvo a cargo de un grupo de militares, fue apuntado con armas largas, lo hicieron sentar y al ratito apareció una camioneta del ejército con un oficial a cargo, lo cargan en la camioneta y comenzaron a golpearlo, acusándolo de sedicioso, de tupamaro y comunista. Le golpearon los testículos y lo llevaron en la caja de la camioneta 'pick up'.

'Al llegar al Cuartel, Bulevar y Nro. 9, fue encapuchado y puesto de plantón hasta el día siguiente y cuando no podía permanecer en pie por el cansancio, fue golpeado para que volviera a la posición indicada'.

'Al día siguiente fue trasladado a una sala de tortura. Era una casa en el cuartel, acondicionada para interrogatorios y la tortura aumentó aún más, fue sometido a golpizas que se intercalaban con choques eléctricos mediante picana. Asimismo, fue objeto de caballete y de submarino en agua con excrementos'.

'Los interrogatorios versaron respecto a su actividad sindical y a la vinculación con el Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros (MLNT) con la finalidad que admitiera su participación y brinde datos, los que se perpetuaron durante 12 días. En ese tiempo no se le proporcionó alimentos, así como fue limitado el acceso al baño y al agua. Sumado a ello, fue atormentado psicológicamente, al escuchar gritos y llantos de mujer se le decía que correspondían a su esposa y que ahí estaban sus hijos, a quien también estaban torturando en la misma habitación- mientras él permanecía con los ojos vendados'.

'El día 25 de mayo de 1974 el S' de la Unidad, Sr. AA le tomó declaraciones y el 28 del mismo mes lo interrogó el juez sumariante Capitán Nadir Menezes'.

'Fue procesado el día 4 de julio de 1974 cuando se dispuso el levantamiento de su incomunicación y condenado en primera instancia a una pena de 8 años de penitenciaría por sentencia del Juez Militar de Instrucción de 1er. Turno, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo Militar, abatiendo la pena a 6 años de penitenciaría. Luego de su procesamiento fue trasladado a Salto y posteriormente al Establecimiento de Reclusión Militar No. 1 EMR conocido como Penal de Libertad, donde recuperó su libertad en el

año 1980'.

'El encausado Sr. AA al tiempo de los hechos era el Capitán de Infantería del Batallón de Infantería No. 8 del Ejército Nacional, sito en Paysandú. Se desempeñaba como responsable Oficial S-2 del Batallón de Infantería, de inteligencia e investigación, a él le correspondía, entre otras funciones, realizar o dirigir los interrogatorios. El Sr. AA cumplió funciones en el departamento de información e inteligencia departamento 2, existente en todas las ramas de la Fuerzas Armadas. Sus cometidos en el desempeño de su cargo consistieron en relevar información acerca de sujetos y/u organizaciones consideradas enemigas (en este caso todos aquellos ciudadanos y organizaciones de distinto tipo que pudieran ser consideradas subversivas o potencialmente subversivas, con el objetivo de planificar y desarrollar distintas operaciones de desarticulación y eventual eliminación. Asimismo relevó información, planificó acciones de seguimiento, detención e interrogatorios, realizando los mismos en función de Oficial Interrogador. Los oficiales que revestían en el departamento estaban a cargo de la dirección de los interrogatorios realizados a los detenidos, en la medida en que eran quienes habían procesado o dirigido el procedimiento. El mismo fue calificado por el fallecido

Teniente Coronel Meireles con fecha 30 de noviembre de 1974 con el concepto de inteligente y con claro concepto en el desempeño de sus obligaciones, con capacidad para el mando'.

'En el año 1974 ascendió de grado a Mayor, cumplió funciones en Paysandú hasta 1977'.

'Durante su desempeño el Sr AA, funcionario público dirigió concretamente el procedimiento de detención, dónde se consumaron tratos crueles al Sr BB así como practicó interrogatorio con el objeto de obtener información y su confesión'.

'BB sufrió lesiones múltiples, siendo sus efectos graves y asimismo privación de Libertad por el término de al menos 12 días'.

'Asimismo fueron detenidos, DD el 14 de mayo de 1974, EE el 14 de mayo de 1974, FF el 18 de mayo de 1974'.

'El 4 de julio de 1974 fueron procesados GG, BB y FF, disponiéndose la libertad de EE'.

'También se encontraban detenidos en la misma unidad siendo procesados en otras causas: HH, II y JJ'.

'HH tenía 30 años de edad

cuando fue detenido al igual de BB y tenía actividad sindical. En la unidad militar fue encapuchado, sometido a plantones y una sola vez a picana eléctrica. Fue interrogado por el Sr. AA el día 25 de mayo de 1974 y el día 28 de mayo ante el juez sumariante Capitán Nadir Menezes. Fue trasladado a Salto y posteriormente al Penal de Libertad recuperando su libertad en 1976'.

'II tenía al momento de los hechos 34 años, se dedicaba a la pesca en el Río Uruguay. Fue detenido en mayo de 1974, al igual que BB y HH y traslado al Batallón No. 8 de Infantería de Paysandú. Fue encapuchado, sufrió golpizas, plantón y estaqueado y choques con picana eléctrica. No se le permitió el acceso al baño y a la comida y se le limitó el agua. Fue detenido por Ramón AA y de igual forma interrogado por el mismo. Declaró ante AA el día 25 de Mayo de 1974 y el día 28 de mayo ante el Capitán Nadir Menezes'.

'FF, tenía al momento de los hechos 24 años de edad. Trabajaba en la Empresa Paylana. Fue detenido y trasladado el día 18 de mayo de 1974 al Batallón de Infantería No. 8 de Paysandú. Fue objeto de encapuchamiento, sufrió apremios físicos. Fue interrogado por su vinculación con la actividad sindical y BB, interrogatorio efectuado por AA. El día 25 de mayo de 1974 AA le interrogó y el día 28 de mayo fue puesto

ante el juez sumariante Capitán Nadir Menezes Como consecuencia de su confesión fue procesado el día 4 de julio de 1974 fue trasladado al Penal de Libertad y recuperó su libertad en mayo de 1981. Al igual que BB fue condenado en primera instancia a la pena de 9 años de penitenciaría, en tanto el Supremo Titular Militar fijó en 7 años de penitenciaría...'" (fs. 1436 vto./1438).

III.- Establecido lo anterior, se pasarán a analizar los diversos agravios esgrimidos. Así, en primer término, corresponde referirse a los planteos formulados por la Defensa de AA.

El primero de ellos guarda relación a la prescripción de los delitos y la incidencia de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831.

A juicio de la Corte y conforme diversos fundamentos, el planteo del recurrente no resulta atendible.

a) Así, toma nota la Sra. Ministra Dra. Minvielle que, en lo inicial, cabe consignar que por sentencia definitiva N° 250/2018 de fecha 14 de marzo de 2018, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal, acogió la excepción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró inconstitucionales e

inaplicables al caso concreto los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831.

El recurrente sostiene que la sentencia dictada por el órgano de alzada soslaya el pronunciamiento dictado por la Corte, en mayoría, al declarar inconstitucionales los artículos referidos.

Entiende que esa declaración de inconstitucionalidad supone, como consecuencia, que deba computarse todo el plazo transcurrido desde el 22 de septiembre de 1986.

A juicio de la mencionada Sra. Ministra, no le asiste razón en su planteo.

La declaración de inconstitucionalidad formulada por la Corporación supone que los delitos tipificados no puedan considerarse de lesa humanidad (artículo 3) y, por tanto, imprescriptibles. Por otra parte, la inaplicación del artículo 2 de la Ley N° 18.831 simplemente impide que esa norma opere como base de juzgamiento o norma de cobertura de una decisión judicial.

Por tal razón, no puede editarse esa solución normativa que prescribe que no puede computarse plazo procesal alguno de prescripción o caducidad entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de la Ley (el 27 de octubre de 2011).

Pues bien, lo cierto es

que existen otras normas y principios generales de Derecho con vocación aplicativa al caso que abonan la imposibilidad de computar como período de prescripción el intervalo en el que desplegó efectos la Ley N° 15.848 y que supuso un serio e insalvable obstáculo al ejercicio de la función jurisdiccional.

La Suprema Corte de Justicia, en términos perfectamente trasladables, ha consignado que: *“es cuestión zanjada por la jurisprudencia (sentencia N° 1501/2011 de la Suprema corte de Justicia) que no es computable el período de facto para calcular el plazo de prescripción de la acción penal, ya que durante ese tiempo su titular estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes.*

Asimismo, para el caso concreto, tampoco cabe computar para determinar el ‘dies a quo’ de la prescripción el período de vigencia de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado (ley 15.848) (...).

Ahora bien, en virtud de tales argumentos, corresponde analizar si el dictado y la posterior vigencia de la ley 15.848 configura una causal de suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal.

...cabe sostener que la vigencia de la ley de caducidad de la pretensión

punitiva del Estado significó un claro obstáculo insuperable (irresistible) para el ejercicio de la acción penal por parte de su titular, el Ministerio Público.

No puede compartirse con el recurrente que existieron medios idóneos para investigar la comisión de los delitos perpetrados durante la dictadura cívico militar, ya que el ámbito preciso para la investigación, resolución, imputación y reproche a los responsables de hechos de naturaleza delictiva es, únicamente, la justicia penal que funciona en la órbita del Poder Judicial. A tales efectos, no resulta útil la serie de institutos a los que, según el impugnante, se podría haber acudido durante la vigencia de la ley 15.848 (organismos internacionales, recursos administrativos ante el Poder Ejecutivo por la inclusión de la causa en la mencionada ley, etc.).

Lo único cierto es que, durante la vigencia de la ley de caducidad, el Ministerio Público se vio impedido de ejercer su poder-deber de acción, situación jurídico procesal que debemos diferenciar bien de aquella en la que se encuentran los restantes sujetos procesales que detentan el derecho o la potestad de accionar en otras materias.

Los delitos objeto de investigación e imputación provisoria en autos son

reatos que no requieren la instancia del ofendido, razón por la cual el Ministerio Público se encontraba, ante el conocimiento de éstos, en situación de poder-deber de llevar adelante la correspondiente acción penal, mandato legal que no pudo cumplir mientras existió obstáculo que significa para el cumplimiento de sus funciones la vigencia de la ley 15.848 para el caso concreto" (sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 935/2015, entre otras).

Pero, además, debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, para Uruguay, una regla general de prohibición de las amnistías, obligatoria respecto de cualesquiera otros hechos similares a los del Caso Gelman. La Corte ordenó, asimismo, al Estado uruguayo *"disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in ídem o cualquier excluyente similar de responsabilidad sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo"* (RINCÓN-COVELLI, Tatiana, *"Democracia y Derechos Humanos: la Sentencia de la CIDH en el Caso Gelman Vs. Uruguay"*, en AA.VV., *"¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado"*, Pablo GALAIN PALERMO (Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 101).

De modo que, en el caso, como bien señala RINCÓN-COVELLI debe destacarse la primacía de las decisiones de la Corte Interamericana sobre decisiones o normas de derecho interno: *“la Sentencia dictada por la Corte Interamericana tiene carácter de cosa juzgada internacional y es vinculante en su integridad (tanto en sus partes considerativas como dispositivas y resolutivas) para el Estado del Uruguay, por lo cual, en cumplimiento de la misma todos sus órganos e instituciones, incluidos sus jueces y el Poder Judicial, deben continuar adoptando todas las medidas que sean necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos cometidos en el presente caso y en casos similares en Uruguay que por su naturaleza sean imprescriptibles, asegurando que los efectos de la Ley de Caducidad o de normas análogas, como las de prescripción, caducidad, irretroactividad de la ley penal u otras excluyentes similares de responsabilidad, o cualquier interpretación administrativa o judicial al respecto, no se constituyan en un impedimento u obstáculo para continuar las investigaciones”* (RINCÓN-COVELLI, T., *“Democracia y Derechos Humanos...”*, cit., pág. 103).

De acuerdo con las decisiones del órgano jurisdiccional en el sistema

interamericano de protección de los derechos humanos, el Estado Uruguayo debe asegurar que institutos como la prescripción no obstruyan las investigaciones penales ni excluya la responsabilidad jurídico penal que le quepa a los responsables de este tipo de crímenes cometidos durante la dictadura.

En definitiva, para la Sra. Ministra Dra. Minvielle, la fundamentación precedente es -por lo menos- suficiente para repeler el agravio sin necesidad de invocar la no aplicación del instituto de la cosa juzgada. Justamente, el Tribunal respetó íntegramente la sentencia de la Corte y no fundó normativamente su decisión judicial en la aplicación de los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831.

b) Por su parte, para los Sres. Ministros Dres. Martínez, Pérez, Morales y el redactor, el planteo no puede prosperar, por cuanto, tal como señala la Sala, dicha cuestión ya fue debatida en dos ocasiones en estos obrados y motivó el dictado de dos sentencias interlocutorias. Así, para el Tribunal, en virtud de lo consignado en sentencias Nos. 210/2017 y 51/2022, la prescripción planteada no resultaba recepcionable, incluso luego de que la Corte haya acogido el planteo de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831.

Así, para el "*Ad Quem*",

operó la cosa juzgada. En tal sentido, expresó *“a modo de introducción importa destacar que el propósito de revivir el debate en torno a la argüida prescripción de los delitos imputados no puede ser contemplado, en tanto se trata de una cuestión que ya ha sido debatida y resuelta en estos obrados (servirse consultar Sent. 210/2017 y 51/2022)”*.

Y, justamente en la sentencia N° 51/2022, el TAP 1° enfatizó: *“Como bien anota la Fiscalía, la pretensión de hacer renacer una cuestión ya saldada, como lo es la de la supuesta prescripción de este tipo de delitos, no puede prosperar.*

En efecto, haciendo un breve racconto de los antecedentes contenidos en obrados, a fs. 51-52vto. emerge que con fecha 10.6.2014, el coindagado KK compareció solicitando ‘se proceda a la clausura y archivo de las actuaciones’, por haber operado en la especie la prescripción de los presuntos delitos denunciados.

La incidencia fue resuelta por Resolución No. 2592 de 7.10.2015 de primera instancia, que rechazó ‘la prescripción invocada’ y dispuso ‘la continuación de las presentes actuaciones’ (fs. 64-68). Ésta fue recurrida por KK y AA el 13.11.2015 (fs. 71-81), y previa la tramitación de

estilo (fs. 81vto.-121) confirmada por la Sala por interlocutoria No. 216 de 25.7.2017 (fs. 122-141). Habiendo incluso la Corporación declarado inadmisibile la Casación incoada contra esta última (Resolución No. 2123/2018, fs. 283-285vto.).

Así las cosas, argüir para hacer procesalmente viable esta nueva solicitud la declaración de inconstitucionalidad de la Ley No. 18.831 que la Suprema Corte de Justicia dictó en autos, no cambia en sustancia las tornas, en lo que hace a la cosa juzgada y a sus efectos connaturales. En tanto los argumentos que se invocaron en primera y segunda instancia para rechazar la prescripción, que no tienen vínculo alguna con la mencionada ley, permanecen incólumes: 'Como la Sala ha reiteradamente sostenido (sentencia N° 51/02 entre otras), la cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. En forma más precisa, cuando adquiere la nota de inmutabilidad, consistente en que -en ningún caso- de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de la sentencia (Couture, Fundamentos... 3ra. ed., ps. 401/402, etc.; Véscovi, Derecho Procesal Civil, T. IV, ed. 1979 pg. 194; Tarigo, Lecciones de Derecho Procesal T. II pg. 295; arts. 215, 219 del Código General del Proceso, este último sobre

los efectos de la cosa juzgada en otro proceso)' (TAC 7o., S. 55/2006).

Pero al margen de ello, la Sala una vez más se habrá de permitir ratificar y remitir a las extensas consideraciones que motivaron el fallo ya emitido, que no hace más que seguir su constante y sólida jurisprudencia sobre el tema. Ello por cuanto aun haciendo abstracción de cuestiones formales como la planteada, se sigue sin aportar una sola razón de peso que jurídicamente autorice a arribar a una solución distinta sobre el tema".

Y, si se observa, en el recurso de casación existen dos cuestiones que abogan contra la desestimatoria del agravio. En primer lugar, pues si bien señala que no comparte lo concluido por el Tribunal (véase punto 5 y 6 de su escrito) y acto seguido enumera una serie de disposiciones que se encontrarían vulneradas (punto 8 del recurso), lo cierto es que no analiza mínimamente porqué entiende que la cosa juzgada vulnera los artículos que menciona. Acto seguido, desarrolla los motivos por los cuales entiende que los delitos tipificados prescribieron, pero no hay desarrollo alguno que ataque en debida forma la aplicación de la cosa juzgada al caso de autos. Y, más en planteos como el presente en el cual se pronunciaron los órganos de mérito antes y después de la declaración

de inconstitucionalidad dispuesta por la Corte. Asimismo, en segundo lugar, el recurrente no da fundamento alguno a los efectos de señalar que la cuestión cambió entre el pronunciamiento N° 51/2022 y el actual. O sea, pretende que ante hechos que resultan incambiados -y esgrimiendo argumentos de similar contenido- se pueda revisar, sin más, una sentencia que ya se refirió al punto.

En definitiva, por los fundamentos que anteceden corresponde la desestimatoria del agravio.

IV.- En otro orden, la Defensa señaló que el Tribunal violó el principio de legalidad por irretroactividad absoluta de la ley penal desfavorable.

A juicio de la Corte el agravio no puede prosperar.

Veamos.

Toda la construcción argumental del recurrente parte de un supuesto error no determinante del fallo. En efecto, el Sr. AA considera que el principio de irretroactividad absoluta de la ley penal desfavorable aplica a las leyes que establecen regímenes de prescripción o que las modifica en forma más gravosa.

En nuestro caso, el

Tribunal no aplicó los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831, por lo que la discusión acerca de la imprescriptibilidad no fue revalidada en estos obrados.

La Sala, revalidando lo dicho con anterioridad, a la luz del régimen normativo vigente -ex ante Ley N° 18.831-, no aplicó regla alguna de imprescriptibilidad, sino que consideró que por efecto de la Ley N° 15.848 existió un obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. No existió una modificación retroactiva de reglas de orden público, puesto que la base normativa de juzgamiento fue otra diversa a los artículos declarados inconstitucionales.

En definitiva, lo anterior, a juicio de la Corte, es razón más que suficiente para desestimar el planteo.

V.- Para los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales, el siguiente agravio de la Defensa se centró en la valoración de la prueba efectuada por la Sala.

El redactor, por su parte, sobre el punto, luego de exponer lo dicho por la mayoría, efectuará algunas precisiones.

a) Pero, volviendo a la cuestión, tal como se señaló por la mayoría, ante la existencia de un supuesto error en la valoración de la

prueba, conlleva a establecer los diferentes enfoques que tienen los miembros de este órgano -en causas que se tramitan bajo las normas del CPP 1980- relativo a la procedencia del agravio fundado en la errónea valoración de la prueba y las conclusiones que de las mismas se desprenden.

Y bien, conforme con la actual integración de esta Corporación, la postura de la intangibilidad de los hechos y, en consecuencia, la no revalorización de los mismos (aún en hipótesis de absurdo o arbitrariedad), es mayoritaria en virtud del concurso de voluntades de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Pérez y Morales. En consecuencia, el agravio tal como fue introducido no puede prosperar.

La postura antes mencionada no es compartida por la Sra. Ministra Dra. Minvielle, tal como dirá.

En consecuencia, se pasará a exponer cada una de las posturas y la respectiva conclusión sobre el agravio esgrimido.

a.1) Postura mayoritaria de la Corporación sustentada por los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez, John Pérez y Doris Morales con relación a la valoración de la prueba en el marco del recurso de casación al amparo del CPP 1980.

A su juicio, en materia de

casación penal (al amparo del CPP 1980) no es posible ingresar a la revalorización de los hechos en ningún supuesto, incluso en aquellas hipótesis en las que se constate una valoración probatoria que resulte absurda o arbitraria.

La función de la Corte, al entender de dichos Sres. Ministros, consiste en tomar el hecho narrado por el Tribunal y reexaminar si la calificación jurídica es o no apropiada a los hechos que fueron tenidos por probados, nada más. En efecto, el material de hecho quedó absolutamente reservado al análisis de los órganos de primera y segunda instancia (Cfme. VEIRAS, J., *"Casación Penal. Integración de sus normas con las del Código General del Proceso"* en: XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, págs. 337 y ss.).

Entienden que la norma procesal penal (artículo 270 del CPP) es distinta a la prevista en materia procesal civil (artículo 270 del CGP) y que la primera no ha sido derogada por la segunda.

En procesal civil, al existir la habilitación prevista en el inciso segundo del artículo 270 del CGP, se acotó el control casatorio de las normas de valoración de la prueba para aquellos supuestos de absurdo o arbitrariedad; pero tal

limitación, a juicio de los señores Ministros, se aplica partiendo del propio texto legal.

Así, Vescovi, en su clásica obra sobre el recurso de casación, señaló: *"nuestro régimen legal de la casación penal ha excluido el error en la apreciación de la prueba como juzgable en casación, diciendo que no se podrá discutir acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados"* (Cfme. VESCOVI, E., *"La casación civil"*, Ed. Idea, Montevideo, 1996, pág. 83). Como expresa Jardí Abella, en cuanto a los límites del recurso señalado *"existe una absoluta intangibilidad de los hechos declarados probados en la sentencia. Es un recurso orientado exclusivamente al contralor del Derecho aplicado -artículos 270, 279, 280, en cuanto establecen: 'dictará (la sentencia) que en su lugar procediere sobre el material de hecho del fallo recurrido', 'no podrá abrirse la causa a prueba ni decretarse diligencias para mejor proveer' (art. 277)- respondiendo a la naturaleza esencial del recurso de casación en su forma más pura"* (Cfme. JARDÍ ABELLA, M., *"Los recursos"*, en Curso sobre el Código del Proceso Penal: Ley N° 15.032, IUDP, FCU, Montevideo, 1981, pág. 379).

Más recientemente, se pronunció en tal sentido Veiras, quien afirmó: *"la existencia de una previsión legal específica sobre el*

punto en el CPP (artículo 270 inciso 2), contraria a la solución genérica establecida en el CGP (artículo 270 inciso 1) -y salvo la excepción que se mencionará-, impide trasladar analógicamente esta última por vía de integración normativa" (Cfme. VEIRAS, J., "Casación Penal. Integración de sus normas con las del Código General del Proceso", en AA. VV., "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", FCU, 2009, pág. 347).

Asimismo, este planteo ha sido sustentado por diversa doctrina extranjera analizando la tesis clásica del alcance del recurso de casación. En lo medular se ha sostenido que: "El control es jurídico, si invade el ámbito de lo fáctico incurre en exceso de poder" (Cfme. BARBERÁ DE RISO, M., "Manual de Casación Penal", Ed. Advocatus-Editorial Mediterránea, 2ª Edición ampliada y corregida, Córdoba, 2000, pág. 16).

Por último, la Sra. Ministra Dra. Morales estima oportuno remarcar que no es posible (por aplicación del artículo 6 del CPP), invocar en el presente recurso el artículo 270 del CGP, pues no se trata de un caso en que sea procedente integrar la norma, en tanto no se dan en el mismo los presupuestos para acudir a la integración. Debe tenerse presente que Barrios De Angelis define la integración como "la actividad que consiste en la aplicación de la

consecuencia -o de las consecuencias- de una o más normas a un caso no previsto” (BARRIOS DE ANGELIS, D., “El proceso civil: Código General del Proceso”, V. I, Ed. Idea, Montevideo, 1989, pág. 31) y en el CPP existe norma expresa y clara. La norma procesal penal (artículo 270 del CPP) es distinta a la prevista en materia procesal civil (artículo 270 del CGP) y la primera no ha sido derogada por la segunda.

Como corolario de lo anterior, a juicio de la mayoría antes mencionada, no resulta posible acudir al mecanismo al que sólo se puede ingresar a través de una norma habilitante no consagrada para este presupuesto (conforme sentencias Nos. 636/2016, 212/2017, 1217/2018, 1106/2019 y 1208/2019 por citar algunas).

En definitiva, bajo tales lineamientos, a juicio de la mayoría conformada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Pérez y Morales, corresponde desestimar el agravio interpuesto dado que resulta imposible revalorizar el material fáctico.

a.2) Postura de la Sra. Ministra Dra. Bernadette Minvielle con relación a la valoración de la prueba en el marco del recurso de casación al amparo del CPP 1980.

A juicio de la mencionada, en hipótesis de ilogicidad, arbitrariedad o absurdo

evidente, este Colegiado puede revalorizar el material probatorio al amparo efectuado por el "Ad Quem".

La Sra. Ministra Dra. Minvielle estima que en nuestro derecho procesal penal el recurso de casación únicamente puede fundarse en una errónea aplicación del derecho, ya sea en el fondo (juzgamiento error "*in iudicando*") o en la forma (procedimiento, error "*in procedendo*") (Cfme. GARDERES, S. y VALENTÍN, G., "*Código del Proceso Penal Comentado*", La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, pág. 638).

Consigna que, al decir de Barrios de Angelis, la máxima fundamental de la casación es que ella solo comprende el punto de derecho y no tiene intervención en la cuestión de hecho (Cfme. BARRIOS DE ANGELIS, D., "*Cuestiones de hecho y de derecho en la casación*", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Año XIII (N° 3), Montevideo, 1962, pág. 579).

Agrega que, no obstante lo antedicho, la jurisprudencia de la Corporación ha admitido la posibilidad de revisar las decisiones sobre valoración probatoria cuando estas resultan arbitrarias, irracionales o contrarias a las reglas de la lógica. Como señala Colombo, si bien la revalorización de la prueba resulta excepcional, la Corte -en base a la teoría del absurdo evidente- puede hacerlo cuando media

error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible. De este modo se abre un nuevo campo para la casación, el cual se admite con un entorno sumamente restrictivo, para realizar y actuar la justicia como último instrumento para evitar la iniquidad del fallo (COLOMBO, E., *"Casación: Teoría del absurdo evidente"*, RUDP 1/1983, págs. 57/58).

Puntualiza, como postulan Valentín y Garderes, que el CPP no contiene una referencia similar a la del artículo 270 del CGP (que incluye expresamente como error de Derecho la infracción a las reglas legales sobre valoración de la prueba) por cuya vía se permite revisar la aplicación de los criterios legales de valoración de la prueba en la casación civil. Sin embargo, cabe convenir que, en esencia, la sana crítica es una regla legal y si las conclusiones probatorias del fallo resultan claramente absurdas, esa regla legal de valoración probatoria se encuentra afectada (teoría del *"absurdo evidente"*, recogida en la jurisprudencia civil de la Suprema Corte de Justicia).

Subraya, en efecto, como expresan los comentaristas en términos plenamente compartibles, que el artículo 270 inciso 2° del CPP no establece algo distinto de lo previsto con carácter general en el artículo 270 del CGP (*"el recurso sólo*

podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho...”).

A su juicio, la aclaración referida a la intangibilidad de los hechos debe interpretarse en ese marco conceptual clásico, sustentado en la distinción entre hechos y derecho, que no supone negar el carácter normativo (derecho) de las reglas legales sobre valoración de la prueba (Cfme. autores citados, *“Código del Proceso Penal Comentado”* citado, pág. 638).

En ese marco, estima la Sra. Ministra que el razonamiento probatorio practicado por los órganos de mérito puede ser revisado excepcionalmente, cuando se denuncie, funde y demuestre la existencia de una valoración de la prueba: a) el recurrente en casación debe denunciar 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; y b) la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada.

En el caso, el impugnante no cumplió con la carga de alegar cuál es el concreto motivo de agravio y en qué sentido no comparte la valoración de la prueba realizada por el Tribunal.

La exposición realizada no resulta ser más que la manifestación de su discordancia

o su desacuerdo con la valoración efectuada, la que, en ningún sentido, puede calificarse como absurda o arbitraria.

En efecto, la Corte ha expresado reiteradamente que, en la etapa de casación, no resulta suficiente con exponer un criterio distinto al del Tribunal en cuanto al mérito de la prueba rendida, sino que es menester demostrar absurdo en la conclusión o violación de las leyes que regulan esa tarea, o evidenciar ausencia de la prudencia y de la conciencia jurídica que la ley exige al juzgador (Cfme. sentencia N° 288/1997, entre muchas otras).

Si el tribunal de juicio no violó alguna de las reglas de la sana crítica racional respecto de pruebas de valor decisivo en orden a la fundamentación de la conclusión dubitativa a la que llega, ésta no resulta controlable por vía del recurso de casación (BARBERÁ DE RISO, M., *“Recurso de casación penal contemporáneo”*, Advocatus, 1ª Edición, Córdoba, 2014, pág. 249).

En tal sentido, la sana crítica, regla presidida por la lógica y la razón, solo puede ser violada a través de la valoración contraria, es decir, por el absurdo o la arbitrariedad.

No hay un desarrollo explicativo mínimo del error notorio de percepción de la

Sala en cuanto a los elementos de prueba que habrían sido olímpicamente soslayados.

En base a ello, cabe concluir que el recurso se introdujo -en este aspecto- sin cumplir con tales exigencias formales de admisión en el grado casatorio.

En efecto, en la impugnación ensayada, no se invocó un supuesto de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta en la ponderación probatoria practicada por la Sala, circunstancia que, en función de lo expuesto, habilita el rechazo de la recurrencia.

Sin perjuicio de anotarse, carece de utilidad práctica que la Sra. Ministra Dra. Minvielle examine si el absurdo evidente en el razonamiento de la Sala fue denunciado expresa o implícitamente así como su concreta demostración. Y ello, habida cuenta de que la mayoría de los miembros de la Corporación (Sres. Ministros Dres. Martínez, Pérez y Morales) entienden que el artículo 270 del CPP 1980 regula un supuesto de intangibilidad absoluta de los hechos en casación. La valoración probatoria, para la mayoría, no constituye un motivo de impugnación que admita su corrección por esta vía recursiva.

b) Por su parte, para el redactor, no corresponde analizar tal cuestión, pues

conforme los dichos del recurrente "no se plantea aquí una revisión del material probatorio ni de la plataforma fáctica, sino una revisión del grado de certeza requerido para la condena, cuestión revisable en casación" (fs. 1472 vto.).

En otras palabras, el recurrente -seguramente sabedor de la posición mayoritaria de este Cuerpo- no se encuentra, según sus dichos, batallando contra los hechos que dio por probados la Sala, sino que su esfuerzo se circunscribió a señalar que no se llegó al estándar de certeza requerido para condenar. Y, justamente, tal agravio será analizado por todos los Sres. Ministros en el siguiente considerando.

VI.- A continuación corresponde pronunciarse sobre el planteo que guarda relación con el estándar probatorio requerido para condenar.

La Corte, por unanimidad de pareceres, pero por diversos fundamentos, desestimaré el agravio.

a) Para los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales, bajo el rótulo de "LA PRUEBA" el impugnante parece confundir lo que es una crítica fundada sobre el razonamiento probatorio formulado por el órgano de alzada con la satisfacción del estándar probatorio para condenar.

Y, tales, son dos cuestiones distintas, la primera si existen elementos de prueba dentro del acervo reunido que acreditan la veracidad de un enunciado probatorio y, la otra, si los elementos reunidos satisfacen el umbral de suficiencia probatoria para condenar.

Sin embargo, la Defensa no realiza el adecuado distingo entre valoración de la prueba y el estándar probatorio requerido para tener por acreditada las proposiciones fácticas.

Como señala Ferrer Beltrán la conclusión de la valoración de la prueba nos permitirá solo llegar a la conclusión de que una hipótesis sobre los hechos tiene un mayor o menor grado de corroboración a partir de las pruebas presentadas y practicadas; pero nunca la valoración de la prueba bastará para tomar una decisión sobre los hechos, porque para ello necesitamos disponer de criterios que determinen si el grado de corroboración alcanzado es o no suficiente para considerar probadas todas o algunas de las hipótesis planteadas (FERRER BELTRÁN, J., *"Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso"*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pág. 23).

La referencia al estándar de prueba como agravio autónomo incumple con el artículo 272 del CPP 1980, puesto que no hay un desarrollo serio,

fundado, robusto sobre el umbral de suficiencia para condenar y su vinculación con el caso concreto.

Lo expuesto, para la mencionada mayoría, resulta suficiente para desestimar los agravios.

b) Por su parte, para el redactor, si bien no existió un desarrollo profundo sobre la temática, mínimamente se logra comprender sus fundamentos. Así, expresa *“la prueba para la condena debe superar el escollo de la duda razonable, en tanto se exige certeza en cuanto a la autoría de un delito para imponer la pena consiguiente (...) el hecho de que los testigos posean simultáneamente la calidad de víctimas, sesga por completo sus declaraciones, elemento que no fue tomado en cuenta al momento de evaluar la prueba en su conjunto”*.

Así, si bien en otros fragmentos del escrito incumple con la carga de la alegación y confunde certeza requerida para condenar con los hechos que se tuvieron por acreditados (véase punto 73 y siguientes), lo cierto es que existe agravio con relación a que, a su juicio, la sentencia no podría valerse de las declaraciones de las víctimas.

Y bien, es postura del Sr. Ministro redactor -con relación al valor probatorio que pueden tener dichas declaraciones- que tanto bajo las

disposiciones del CPP 1980 con en las del NCPP, la víctima puede brindar su declaración como testigo en juicio y será el juez quien, en definitiva, valorará lo declarado por estas al analizar el cúmulo (véanse sentencias Nos. 62/2021, 114/2021, 243/2022, 1071/2022 y 1188/2022, entre muchas otras).

Ergo, no se observa reproche alguno al actuar de la Sala por cuanto tuvo presente las mismas y el resto de la probanza obrante a los efectos de concluir que el imputado participó en los hechos que se le atribuyen.

VII.- A continuación, la mayoría de la Corte integrada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales, pasará a analizar el agravio de la Defensa que guarda relación con la graduación de la pena.

El redactor, por su parte, nada dirá, por cuanto ambas partes se agraviaron sobre tal extremo y la suerte del presente agravio dependerá en gran medida si se modifica o no la calificación jurídica a la que arribó la Sala. Y, tal como se adelantó en el considerando I, al acogerse parte del recurso de la Fiscalía, la pena se deberá modificar, pues de mantenerse sería ilegal (asimismo, fue petitionado por esta).

Y bien, la mayoría de este

Alto Cuerpo integrada por los Sres. Ministros Dres. Martínez, Minvielle, Pérez y Morales, estima oportuno señalar que la doctrina procesal tradicional, entiende que la valoración de las alteratorias de responsabilidad supone un juicio de hecho que debe ser formulado por los jueces de mérito, encontrándose vedado su control en casación.

Así, De La Rúa declaró que los jueces de los hechos son soberanos en la apreciación que efectúan de las circunstancias atenuantes o agravantes a los efectos de la individualización de la pena por ser una *"cuestión de hecho"*, pues los jueces de las instancias ordinarias gozan de facultades privativas para apreciarlas y sus conclusiones por eso son irrevisables en casación (Cf. DE LA RÚA, F., *"El recurso de casación. En el Derecho Positivo Argentino"*, Víctor P. De Zavalía Editor, Buenos Aires, 1968, págs. 312/313).

Ahora bien, esta tesis acuñada por la Corte a lo largo de los años, en cuanto a que resulta incensurable en casación la graduación de la pena, ha ido actualmente cediendo terreno, flexibilizando su consideración como motivo de impugnación.

En efecto, el proceso de individualización de la pena es fruto del ejercicio de una prerrogativa discrecional del juzgador en el cual

ostenta un margen de apreciación razonable a la hora de barajar y seleccionar la reprimenda a aplicar.

Sucede que, en ese proceso formativo de la voluntad coexisten elementos reglados que deben adecuadamente sopesarse, esto es, ponderar las circunstancias concurrentes que atañen al infractor. Ello, naturalmente, forma parte del deber de justificación que no puede soslayarse.

La discrecionalidad aludida no es sinónimo de campo fértil para que el Juez seleccione la pena a aplicar sin otra limitación que mínimos y máximos para la pena a aplicar.

Andrés Ibáñez, en términos trasladables, comentando la jurisprudencia tradicional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se había mostrado inclinada expresándose en términos elocuentes como *"libérrima decisión"* (sentencia de 5 de diciembre de 1991) o *"función discrecional cuasi absoluta"* (sentencia de 21 de mayo de 1993), cuyo uso estaría excluido del control en casación.

Pero lo cierto es, como advierte el autor y en términos que me parecen extrapolables a nuestro Derecho, que en los últimos años ha ido afianzándose una corriente que, inspirada en principios como los de la interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad, y el deber constitucional

de motivación, que es más proclive al control (Cfme. ANDRÉS IBAÑEZ, P., *"Justicia penal, derechos y garantías"*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007, pág. 206).

Como señala BARBERÁ DE RISO la determinación judicial de la pena es una cuestión de derecho de fondo, pero es una cuestión de la fundamentación de la sentencia desde el punto de vista formal cuando se deben relacionar las circunstancias del caso con esas nociones que pueden ser personales, culturales, sociales, familiares, demostrativas de finalidades y de ocasión (Cf. BARBERÁ DE RISO, M., *"Manual de casación penal"*, ADVOCATUS, Córdoba, 2000, págs. 162-163).

Y es en base a las pautas prenombradas, que el órgano de casación debe fiscalizar el ajuste técnico de la incidencia de las alteratorias de responsabilidad, precisamente, si medió un error de calificación al no computar tal o cual atenuante y la argumentación o justificación adoptada a la hora de ponderar las circunstancias.

Es, por tanto, controlable en el recurso de casación la individualización de la pena, en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena (Cfme. MARTÍNEZ ARRIETA, A. y

ENCINAR DEL POZO, M., "El recurso de casación y de revisión penal", Tirant lo blanch, 3ª Edición, Valencia, 2016, pág. 356).

En el caso, la actividad intelectual de dosificación de la pena ha sido suficientemente explicativa mediante el análisis de circunstancias concurrentes que atañen al infractor de la ley penal.

La individualización singularizó las circunstancias del caso concreto y cómo inciden específicamente en la elección formulada por el juzgador, no advirtiéndose -en este aspecto en la crítica del impugnante- que la pena resulte irracional o arbitraria.

El principio de proporcionalidad que es un parámetro a considerar en la dosimetría penal, implica que la respuesta punitiva sea idónea y necesaria. Y, para ello, para el análisis de "necesidad", no queda otra alternativa que tener en cuenta "sobre la mesa" todas las circunstancias que convergen e inciden en la responsabilidad penal del infractor.

En el supuesto planteado por el impugnante, no nos encontramos ante la determinación de una *pena arbitraria o irrazonable* (Cfme. sentencia de la Suprema Corte de Justicia N°

591/2022), extremo que habilite su corrección en casación. El argumento de que los hechos ocurrieron hace 50 años en otro contexto histórico, la edad y patologías de su defendido, no dan cuenta de un error en la singularización de la pena impuesta por el Tribunal.

Es más, en la sentencia de primera instancia, existió una ponderación concurrente de alteratorias atenuantes y agravantes, genéricas, especiales y muy especiales, las condiciones del encausado, respecto a su peligrosidad, antecedentes personales, avanzada edad y probados problemas de salud.

En segunda instancia, el Tribunal abatió la pena, utilizando un parámetro severo, pero con ajuste a la ínsita gravedad de la conducta desarrollada a la luz de los parámetros legales y las pautas a considerar (artículos 50 y 86 del CP, fs. 1447 vto.).

En consecuencia, para la mayoría antes nombrada, el planteo es de total y franco rechazo.

VIII.- Y bien, a continuación la Corte se pronunciará sobre los agravios esgrimidos por la Fiscalía actuante.

El primero de ellos guarda relación con la absolución al imputado del delito de abuso de autoridad contra los detenidos.

Y bien, la Corte acogerá el agravio, pues revalidará lo dicho en sentencia N° 1024/2024.

Allí se señaló: *“sostiene la [DEFENSA] recurrente que, si se aplica el delito de abuso de autoridad contra los detenidos, no se puede aplicar el de privación de libertad, mientras que si se aplica este último, no se puede aplicar el primero. Postula que aplicar ambos a la vez, sobre los mismos hechos y personas, es un error en la aplicación del derecho. Expresa que el tipo penal del abuso de funciones (sic) exige que el encargado de la custodia o traslado de una persona arrestada o condenada cometa con ellos actos arbitrarios. Entonces, si se considera que XX cometió abuso de autoridad contra los detenidos - aunque sin prueba para ello-, las víctimas de esos supuestos delitos deben haber estado legalmente detenidos, lo que excluye el delito de privación ilegítima de libertad. Concluye que se viola el tipo penal y se condenaría por una conducta atípica si se pretendiera imputar el abuso de autoridad contra los detenidos, que conlleva necesariamente a la víctima como persona legalmente arrestada o condenada.*

Para la Corte, el planteo no resulta de recibo. El delito de abuso de autoridad contra los detenidos está regulado en el art. 286 del

Código Penal, que en su redacción vigente al momento en que se cometieron los hechos investigados, establecía: 'Con la misma pena [3 a 18 meses de prisión] será castigado el funcionario público encargado de la administración de una cárcel, de la custodia o del traslado de una persona arrestada o condenada que cometiere con ella actos arbitrarios o la sometiere a rigores no permitidos por los reglamentos'. La disposición castiga la comisión de actos arbitrarios o el sometimiento a rigores no permitidos respecto a 'una persona arrestada o condenada', sin exigir que ésta haya sido legalmente arrestada o condenada. Al no distinguir la disposición, no le corresponde distinguir al intérprete, por lo que la conducta prohibida se verifica tanto cuando la persona sometida a actos arbitrarios o rigores no permitidos fue arrestada o condenada legalmente, como cuando lo fue de manera ilegal.

Tal como señala Langón al analizar este delito: 'Sujetos pasivos son aquellos arrestados o detenidos en el sentido amplio que venimos dando a la expresión, en definitiva las personas privadas de la libertad por la autoridad pública (arrestados, detenidos, presos, condenados)' (Cfme. Langón, M., 'Código Penal Uruguayo y Leyes complementarias comentados', Universidad de Montevideo, 2017, pág. 286). En suma, no se exige que las personas

hayan sido legalmente detenidas para que pueda comprobarse el delito de abuso de autoridad contra los detenidos”.

IX.- En cuanto al guarismo punitivo, teniendo presente lo consignado por la Corte en el Considerando VII, y la conclusión arribada en el punto anterior, asiste razón a la Fiscalía, en cuanto a que la pena fijada en 5 años es ilegal, por dos motivos.

Primero, porque la Sala -como se dijo- no adscribió a la imputación los delitos de abuso de autoridad contra los detenidos (artículo 286 del CP). Y, en segundo lugar, por cuanto no consideró que el delito de privación de libertad esté específicamente agravado por obedecer a móviles políticos o ideológicos.

En tal sentido, la ley en el artículo 282 establece los guarismos punitivos en los que debe oscilar el reproche penal, previéndolo entre 6 años y 12 años de penitenciaría. Por lo que la Sala incurrió en un error de Derecho al validar la tipificación delictual y, paralelamente, disminuir la pena sobrepujando el mínimo previsto en la Ley. Si a esto se agrega la adscripción -como se vio- de cuatro delitos de abuso de autoridad contra los detenidos, aspecto sobre el que se coincide con la sentencia de primera instancia, la fijación de 7 años de peniten-

ciaría se ajusta a las resultancias de autos.

X.- No hay mérito para imponer especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos y en atención a lo establecido en los artículos 269 y siguientes del Código del Proceso Penal, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DEL PROCESADO AA.

ACÓJASE EL RECURSO DE CASACIÓN MOVILIZADO POR LA FISCALÍA INTERVINIENTE Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA ÚNICAMENTE EN CUANTO ABSOLVIÓ AL IMPUTADO POR EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD CONTRA LOS DETENIDOS, EN CUYO LUGAR SE IMPUTA EN EL PRESENTE GRADO Y, EN LO QUE RESPECTA A LA PENA IMPUESTA, LA QUE SE INDIVIDUALIZA EN EL PRESENTE EN SIETE (7) 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

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