

//tencia N° 1627

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, diecinueve de diciembre de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva del expediente caratulado: **"AA - REITERADOS DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AL PUDOR - CASACIÓN PENAL"**, IUE: **2-30103/2021**, venidos a conocimiento de esta Corporación en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado contra la sentencia definitiva de segunda instancia N° 9/2024, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno, y la adhesión a la casación interpuesta por la Fiscalía Letrada Departamental de Ciudad de la Costa de 1° Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 103/2023, del 11 de agosto de 2023, dictada por el titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ciudad de la Costa de 3° Turno, se falló: *"Condenando a AA como autor penalmente responsable de reiterados delitos de atentado violento al pudor, a cumplir la pena de seis (6) años de penitenciaría, con descuento de la preventiva sufrida y de su cargo las accesorias legales de rigor (arts. 105 literales e) y d) y 106 C.P.)."*

Asimismo se dispone como condena accesoria las previstas en los art. 79 y 80 de la Ley 19.580, esto es la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas o privadas en el área educativa, de la salud y todas aquellas que impliquen trato directo con niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores en situación de dependencia por un plazo de 10 años, y la reparación patrimonial a la víctima de 12 salarios mínimos por parte del condenado, comuníquese.-

Notifíquese a la víctima según lo dispuesto en el art. 81 de la Ley 19.580.-

Y según lo establecido en el art. 104 de la Ley 19.889, que en caso de condena firme en la causa se realicen los exámenes correspondientes para lograr la identificación genética del imputado y posterior remisión de ello, junto con los datos identificatorios que prevé la propia norma al Registro Nacional de Violadores y Abusadores Sexuales. (...)" (fs. 93 a 116).

II) Por sentencia definitiva de segunda instancia N° 9/2024, del 29 de febrero de 2024, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno, se falló: "CONFIRMANDO LA SENTENCIA DEFINITIVA N.º 103/2023 DICTADA EN AUDIENCIA DEL DÍA 11/08/2023 RESPECTO AL SEÑOR AA, SALVO EN CUANTO:

a. *CONDENÓ AL ACUSADO POR REITERADOS DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AL PUDOR; CONDENÓ CON LAS SANCIONES ACCESORIAS DE LAS LEYES 19.580 Y 19.889 Y NO COMPUTÓ LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DE LA MENOR EDAD DE LA VÍCTIMA, EN LO QUE SE REVOCA.*

b. *EN SU LUGAR Y MÉRITO, SE CONDENA AL ACUSADO COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DE UN DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AL PUDOR, REVELANDO COMO AGRAVANTE ESPECÍFICA LA EDAD DE LA VÍCTIMA. (...)*" (fs. 163 a 168).

III) En tiempo y forma, la Defensa del encausado AA interpuso recurso de casación contra la sentencia definitiva dictada en segunda instancia. En su escrito impugnativo obrante a fs. 176 a 182 vto. planteó los siguientes cuestionamientos:

a) Errónea valoración de la prueba. Le agravió que el Tribunal haya dado valor probatorio a la declaración del Lic. BB, la que debió ser dejada de lado por encontrarse contaminada, dado que utilizó para elaborar su informe lo declarado por funcionarias de Uruguay Crece Contigo del MIDES. Explicó que tales informes fueron desechados en la audiencia de control de acusación en virtud de la falta de idoneidad de quienes lo realizaron. Y por tanto, la declaración del Lic. BB supone ingresar por vía oblicua prueba prohibida. Y, además, sostuvo que el Juez de primera

instancia se hizo eco de esa prueba, citándola en su sentencia.

Señaló que, en su recurso de apelación, impugnó que se haya valorado la declaración del Lic. BB, agravio que fue desechado por la Sala bajo el absurdo argumento de que la Defensa no realizó objeciones durante la declaración. Apuntó que BB en su informe jamás dijo cuáles eran sus fuentes y recién en el contrainterrogatorio de la Defensa respondió que se basó en el informe del MIDES, por ello fue que la valoración al respecto se realizó en el alegato de clausura.

Cuestionó también la apreciación de la Sala relativa a que el Lic. BB no ingresó el contenido del informe del MIDES ya que no declaró al respecto, sino que fue un testimonio sobre el objeto propuesto. Sobre el punto, expresó la Defensa que el informe del MIDES ha sido ingresado en forma indirecta, al ser usado como fuente, por lo que el argumento del Tribunal no da respuesta a la objeción realizada por la Defensa en su apelación.

Agregó que lo más absurdo es que el Tribunal diga que el Lic. BB no usó como fuente el referido informe para fundar sus afirmaciones y que para concluir ello *"basta con leer el referido informe"*. Al respecto, adujo que ello sólo podría

afirmarse si se tienen en mano el informe del MIDES y el de BB, pero en el caso sólo se cuenta con el segundo, pues el primero no está en el expediente. Añadió que el mismo BB afirmó que no se entrevistó con nadie y nombró como fuente, en primer lugar, el informe del MIDES.

Respecto a lo señalado por el Tribunal en cuanto a que la Defensa no solicitó la nulidad de la declaración del Lic. BB, sostuvo que el hecho de que fuera posible solicitar la nulidad no impide expresar como agravio un hecho en la valoración de la prueba que la perjudica. Lo que se denota con claridad es que la Sala no analizó a fondo esta cuestión, al haber simplemente afirmado que la cuestión planteada no tuvo incidencia, cuando sí la tuvo, en tanto la sentencia de primera instancia citó frases de BB.

Concluyó que por vía oblicua se ha ingresado prueba que antes fue eliminada del juicio en el control de acusación, valorándosela por el juez de primera instancia y luego por el Tribunal.

b) Error en la aplicación del derecho al computar erróneamente la agravante de reincidencia. Sostuvo que la sentencia atacada incurre en error en la aplicación del derecho al computar erróneamente la agravante de reincidencia consagrada en el art. 48.1 del Código Penal.

Citó la norma, indicó los elementos que deben verificarse para que se compute y expresó que, en la situación de autos, la agravante no debió computarse, ya que las condenas que recaían sobre AA son de fecha posterior al hecho de autos. Señaló que el hecho investigado habría tenido lugar entre enero y marzo de 2017, mientras que, según quedó plasmado en el auto de apertura a juicio oral, las sentencias de condena que obrarían de “*antecedentes*” fueron ejecutoriadas en noviembre y diciembre de 2017. En consecuencia, al momento de presuntamente cometerse el delito de autos, no recaía sobre el imputado sentencia de condena ejecutoriada por otros delitos, por lo que mal podía aplicar la agravante del art. 48.1 del Código Penal.

Añadió que el cómputo de esta agravante incidió sobre la parte dispositiva de la sentencia, por cuanto fue considerada por la Sala al determinar el monto de la pena, por lo que corresponde el abatimiento de la misma en consonancia con la eliminación de esta alteratoria.

c) Discordancia entre las sentencias y el *quantum* de la pena. Señaló que, pese a que en primera instancia se lo condenó como autor de reiterados delitos de atentado violento al pudor y en la alzada se revocó la reiteración y se lo condenó por un

único delito de atentado violento al pudor, el Tribunal no modificó en nada el monto de la pena. Expresó que, si se lo castiga con la pena máxima posible por, entre otros factores, la reiteración de hechos, al eliminarse la reiteración delictual ello debió implicar una condena inferior.

Afirmó que resulta arbitrario que la Sala no haya graduado la pena tomando en cuenta la revocación de la reiteración. Añadió que es falaz que, al justificar el *quantum* de la pena, el Tribunal haya mencionado la "*cantidad*" de los delitos, siendo que se entendió probado solamente un hecho.

En definitiva, solicitó que se acoja el recurso de casación y se absuelva al encausado. En subsidio, petitionó que se reduzca el monto de la condena.

IV) Conferido el traslado correspondiente (fs. 184), fue evacuado por la Fiscalía actuante en los términos que surgen del escrito obrante a fs. 187 a 194, en el que abogó por el rechazo del recurso de casación interpuesto por la Defensa y, a su vez, adhirió al medio impugnativo, por entender que existe un error o absurdo evidente al haberse rechazado el concurso de delitos por parte de la Sala.

Sostuvo que, de la prueba diligenciada en juicio, surge que la víctima manifestó a

su progenitora (CC) que los hechos ocurrieron varias veces, circunstancia que también fue mencionada por la perito del ITF Lic. DD. Ambos testimonios fueron valorados por el Tribunal, quien entendió que fueron contestes con el resto de la prueba y que de ninguna manera la Defensa logró desvirtuar o descalificar a dichas testigos. De hecho, añadió, en varios pasajes que la Sala manifiesta: *“la Fiscalía probó su teoría del caso sin que la Defensa lograra rebatirla con sus argumentos”*.

Adujo que el Tribunal, sin fundamento cierto, padeciendo un grave error manifiesto, concluyó que la niña mencionó la ocurrencia de un solo hecho. No indica la Sala en base a qué medio probatorio concluye tal circunstancia y descarta de esta forma lo expresado por la perito del ITF y la madre de la niña, quienes específicamente expresaron que EE padeció un abuso crónico en manos de AA.

Aseguró que la Sala cometió un error absurdo y evidente, al ignorar la progresividad en el relato de CC, quien si bien al principio relató con claridad un único hecho, ya más grande logró dar cuenta de que se trató de una pluralidad de hechos de abuso sexual.

Citó pasajes de las declaraciones la madre de la víctima y de la Lic. DD, y

concluyó que el Tribunal ignoró tales apreciaciones, sin expresar fundamento alguno para apartarse de ellas.

En suma, solicitó que se case la sentencia atacada, exclusivamente en cuanto revocó el cómputo de la reiteración delictual y, en su mérito, se condene a AA por la comisión de reiterados delitos de atentado violento al pudor.

V) El recurso fue debidamente franqueado (fs. 196), y los autos fueron recibidos en la Corte el 3 de mayo de 2024 (según constancia de fs. 198).

VI) Advertido que no se había dado traslado a la Defensa de la adhesión al recurso de casación interpuesta por Fiscalía, se devolvieron los autos al Tribunal para cumplir con ello, lo que así fue realizado (fs. 204 y 207).

VII) La Defensa evacuó el traslado conferido mediante escrito obrante a fs. 210 a 211 vto., en el que abogó por el rechazo de la adhesión deducida.

VIII) Por decreto N° 987, del 1° de agosto de 2024, se dio vista al Fiscal de Corte (fs. 217), quien expidió el dictamen obrante a fs. 219 a 229 vto., en el que se pronunció por rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa y por hacer lugar a la adhesión al recurso deducida por

Fiscalía.

IX) Por decreto N° 1123, del 27 de agosto de 2024 (fs. 231), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

X) 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, hará lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Defensa, únicamente en cuanto computó la agravante genérica de la reincidencia lo que se revocará, y, por unanimidad de sus miembros, amparará el recurso de casación interpuesto por vía adhesiva por la Fiscalía, todo conforme con los fundamentos que se pasan a exponer.

II) El caso.

En primer lugar, y a los efectos de conocer los aspectos centrales del caso a decidir resulta de utilidad reseñar cuál fue la plataforma fáctica que tuvo por acreditada la Sala.

Del análisis de la sentencia atacada se desprende que el Tribunal de Apelaciones de 4° Turno, consideró que *“Valorada la prueba diligenciada en régimen de sana crítica, en el*

que los medios probatorios se pesan no se cuentan, resulta la certeza razonable requerida legalmente para tener por plenamente probado que AA, mantuvo con la Sra. CC una relación de pareja que se extendió por un año aproximadamente en el que convi-vieron también con FF, de tres años, hija de aquella con una pareja anterior.

La relación finalizó en 2017, estando CC embarazada de siete meses.

En el período de convivencia se repitieron varios incidentes de violencia de género, al punto que la mujer lo denunció en dos oportunidades. Es más; el vínculo finalizó por un incidente violento en que AA terminó procesado por lesiones personales contra la mujer y poco después por un delito de rapiña agravada, por los que resultó condenado.

No obstante, CC decidió retomar la relación de pareja visitándolo en la cárcel a la que a veces llevaba a su hijo recién nacido y a FF

El 2 de diciembre de 2017, cuando se iban de la visita carcelaria, la menor le contó a su madre que tiempo atrás el imputado se había bajado los pantalones y la había hecho besar el pene ('Pepe se había bajado los pantalones y le había hecho que le diera un beso en la pepa'). Dijo que no había contado nada porque el imputado le había dicho que era

un secreto entre ellos y si contaba se iban a tener que ir de la casa. Ante la develación la madre presentó denuncia ante las autoridades policiales.

En otro orden, se probó plenamente con los distintos medios valorados críticamente, que clínicamente la niña es una víctima de abuso sexual (ASI)" (fs. 164 y vto.).

III) Análisis del recurso de casación interpuesto por la Defensa.

III.I) Agravio por la errónea valoración de la prueba.

En primer lugar, la Defensa se agravia por el hecho de que el Tribunal haya dado valor probatorio a la declaración del Lic. BB, la cual, a su juicio, debió ser dejada de lado, por encontrarse contaminada, dado que utilizó para elaborar su informe lo informado por funcionarias de Uruguay Crece Contigo del MIDES, siendo que tales informes del MIDES fueron desechados en la audiencia de control de acusación en virtud de la falta de idoneidad de quienes lo realizaron.

Sostuvo que la declaración del Lic. BB supone ingresar por vía oblicua prueba prohibida y que el Juez de primera instancia se hizo eco de esa prueba, citándola en su sentencia.

Cuestionó los fundamentos

vertidos por el Tribunal de Apelaciones para desechar el agravio expresado al respecto por la Defensa en su recurso de apelación.

En suma, concluyó que la Sala no debió haber valorado la declaración del Lic. BB, que sin embargo sí fue tomada en cuenta por el Tribunal en su sentencia.

En tanto el presente planteo apunta contra la valoración probatoria practicada por el Tribunal, corresponde, en lo inicial, exponer cuál es el alcance que tiene la valoración de la prueba como causal de casación en los procesos regidos por el nuevo Código del Proceso Penal.

A este respecto, ha señalado este Colegiado en sentencia N° 57/2021: "(...) *el Código del Proceso Penal, vigente a partir del 1° de noviembre de 2017, implicó un cambio relevante en relación a la errónea valoración de la prueba como causal de casación en comparación al anterior régimen procesal penal del Decreto-Ley No. 15.032.*

A saber, en el C.P.P. vigente a partir de 2017, Ley N° 19.293, en su artículo 142 se prescribe: '(Valoración de la prueba). Las pruebas serán valoradas por separado y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación

diversa. El tribunal indicará concretamente el o los medios de prueba que constituyan el fundamento principal de su decisión'.

A su vez, al regularse el recurso de casación, en el artículo 369 se establece: '(Remisión y particularidades). Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso (...)'.

A partir del marco normativo descrito, el régimen de valoración de la prueba como causal de casación que rige las causas tramitadas bajo el nuevo CPP es el mismo que rige para las causas civiles. En este sentido, se expidió un reciente estudio sobre el punto (Cfme. Doninalli, L y Flores, C. El recurso de casación en el Proceso Penal', publicado en VV.AA., Alejandro Abal Oliú -Coordinador-, Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal -Ley No. 19.293-, Tomo 2, FCU, Montevideo, 2019, págs. 71 y ss.)".

En el seno de este Colegiado existen dos posturas gradualmente diversas sobre el régimen de valoración de la prueba como causal de casación en los procesos regidos por el nuevo CPP (lo mismo que ocurre respecto a los tramitados por el CGP).

En opinión mayoritaria de la Corte, conformada por los Sres. Ministros Dres. Elena Martínez, Doris Morales, John Pérez, y la redactora, la causal de casación relativa a la errónea valoración de la prueba se reduce a dos supuestos: i) en hipótesis de prueba tasada, cuando se violan las tasas legales; ii) en los casos en que corresponde aplicar el sistema de la sana crítica, cuando se incurre en absurdo evidente, por lo grosera e infundada de la valoración realizada por el órgano de mérito (criterio sostenido por la mayoría de la Corte en sentencias Nos. 408/2000, 52/2010, 594/2013, 640/2017 y 507/2021, entre muchas otras).

Y conforme con esta postura, se requieren dos condiciones para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba. Como primera condición: quien recurre en casación debe denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, más sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación. Como

segunda condición: la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado. En efecto, cabe exigir, para que prospere una impugnación como la de autos, la verificación de un caso de absurdo evidente o arbitrariedad en la decisión judicial; un supuesto de error inequívoco, concebido como la necesidad de una apreciación exactamente opuesta a la que arribó la Sala sentenciante.

Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Tabaré Sosa, sostiene una posición diferente a la de la mayoría, en efecto, considera que el error en la apreciación de la prueba como causal de casación no debe interpretarse restrictivamente, ya que las reglas de la sana crítica y de la experiencia configuran pautas legales consagradas expresamente en la norma procesal y por ende su infracción puede alegarse en el proceso de casación, en este proceso de impugnación que se ventila ante el grado supremo de la jerarquía judicial.

Como consecuencia de ello, y atento a que el régimen de valoración de la prueba como causal de casación en el nuevo Código es el que rige para las causas civiles, considera el Sr. Ministro que la valoración en causas tramitadas ante el Nuevo

Código del Proceso Penal no puede limitarse a hipótesis de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta. A su criterio, la solución básicamente es idéntica tratándose de recursos movilizados, ya sea al amparo del CGP, CPP (1980) o NCPP (2017), por el motivo reseñado. Y en el punto, se remite el Sr. Ministro a las consideraciones que efectuara en anteriores fallos, sentencias Nos. 187/2020, 191/2020, y 281/2020, entre muchas otras.

En el presente caso, en criterio de la mayoría antes referida, la Defensa recurrente no ha denunciado en ningún sentido posible, la existencia de una valoración arbitraria de la prueba por parte del Tribunal.

El agravio se limita a cuestionar a la Sala el hecho de haber dado valor probatorio a la declaración de uno de los peritos intervinientes, medio probatorio que, según la Defensa, no debió considerarse, por encontrarse contaminado, ya que el perito habría hecho referencia o tomado en cuenta en su declaración las resultancias de un informe del MIDES, que previamente había sido excluido del juicio oral, en la audiencia de control de acusación.

Resulta claro que, de esta manera, la recurrente no logra dar cumplimiento a la primera condición previamente referida, puesto que, además de no denunciar la existencia de "absurdo

evidente" o "*irracionalidad manifiesta*" en la valoración del Tribunal (lo que de por sí no sería definitorio, ya que no hay fórmulas sacramentales para denunciar tales extremos), lo cierto es que de ninguna manera ha planteado en su recurso de casación que el razonamiento de la Sala incurra en vicios pasibles de ser calificados de esa manera.

La Defensa ni siquiera ofrece una valoración alternativa de la prueba, lo que tampoco sería suficiente para admitir el agravio en etapa de casación. Su planteo se reduce a cuestionar un medio probatorio, de los múltiples diligenciados y valorados en autos. Además, de la lectura de la sentencia atacada emerge que el medio de prueba cuestionado (declaración del Lic. BB) no ha sido de ninguna manera determinante o medular en el razonamiento probatorio, sino que fue apenas un elemento más, valorado en el cúmulo, sin haber adquirido una importancia central o especialmente relevante en la consideración de los órganos de mérito.

En consecuencia, al haberse atacado únicamente la valoración de un medio probatorio, que ni siquiera tuvo preponderante relevancia en el razonamiento global del Tribunal, es evidente que el agravio está destinado al fracaso.

La recurrente no ha

cumplido, entonces, con la exigencia de denunciar y argumentar debidamente la existencia de un razonamiento probatorio notoriamente absurdo por parte del órgano de alzada.

Al no haber denunciado ni fundado la existencia de absurdo evidente en la valoración practicada por el Tribunal, el agravio no puede prosperar, en tanto el planteo no satisface las exigencias formales en la materia (arts. 270, 271 y 273 del CGP, aplicables por la remisión dispuesta por el art. 369 del CPP).

En otras palabras, la Defensa no ha cumplido a cabalidad con la primera condición necesaria para el progreso del agravio, en tanto no alegó, en la forma debida, un error o vicio en el razonamiento probatorio del órgano de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente.

Por todo ello, se impone el rechazo de su agravio, sin necesidad de ingresar en consideraciones adicionales.

También para el Sr. Ministro Dr. Sosa Aguirre, el agravio de la Defensa no puede prosperar, pues únicamente se centró en cuestionar el valor probatorio asignado por la Sala a lo manifestado en juicio por el Lic. BB. Y tal planteo se

encuentra lejos de demostrar que haya existido vulneración en la valoración de la prueba, por cuanto la sentencia condenatoria se basó en un cúmulo probatorio que se compuso de diversos medios de prueba y lo declarado por BB, fue tan solo un aspecto más de los tantos testimonios que se recibieron a lo largo del juicio oral.

Para el Sr. Ministro, la certeza requerida para condenar no se edifica bajo el relato exclusivo de dicho profesional y, más aún, no existió desarrollo alguno del recurrente a los efectos de señalar que de haberse valorado en forma diversa la declaración del mencionado licenciado, otra hubiera sido la conclusión de la Sala.

En definitiva, no existió esfuerzo argumentativo de la Defensa en realizar una valoración alternativa de los hechos a partir del cúmulo probatorio obrante en la causa y dejando de lado la supuesta declaración de BB, la cual, a su juicio, no debió tenerse en cuenta.

Estas carencias sellan la suerte del agravio, pues aun partiendo de que lo dicho por la recurrente fuera correcto, esto es, que no debe darse valor probatorio alguno a una de las declaraciones de autos, de todas maneras, existe un copioso cúmulo probatorio que se encuentra en total asimetría con los

intereses del recurrente.

III.II) *Agravio por error en la aplicación del derecho al computar erróneamente la agravante de reincidencia.*

En segundo lugar, sostuvo la Defensa que la sentencia atacada incurre en error en la aplicación del derecho al computar erróneamente la agravante de reincidencia consagrada en el art. 48.1 del Código Penal.

Al respecto, expresó que la citada agravante no debió computarse, ya que las condenas que recaían sobre AA son de fecha posterior al hecho de autos; o sea, al momento de presuntamente cometerse el delito de autos, no recaía sobre el imputado sentencia de condena ejecutoriada por otros delitos, por lo que mal podía aplicar la agravante del art. 48.1 del Código Penal.

Añadió que el cómputo de esta agravante incidió sobre la parte dispositiva de la sentencia, por cuanto fue considerada por la Sala al determinar el *quantum* punitivo, por lo que entendió que corresponde el abatimiento de la pena, en consonancia con la eliminación de esta alteratoria.

Pues bien. En criterio de la mayoría de este Cuerpo, conformada en este caso por los Sres. Ministros Dres. Sosa, Pérez, y la redactora,

le asiste razón a la Defensa.

En lo inicial, cabe señalar que, tal como indica Fiscalía al evacuar el traslado del recurso de casación, la Defensa no había expresado agravio en su apelación a la sentencia de primera instancia respecto al cómputo de la agravante de reincidencia.

Ello, a juicio de las Sras. Ministras Dras. Martínez y Morales, determina el rechazo del agravio deducido por la Defensa en casación, en virtud de la aplicación de los principios de preclusión y de trazabilidad del agravio; por lo que extenderán la discordia correspondiente.

Por su parte, los Sres. Ministros Dres. Sosa y Pérez, como han expresado en otras ocasiones, no comparten la referida tesis, por carecer de sustento normativo, siendo inaceptable la pretendida aplicación de tal supuesto principio en perjuicio del imputado, sin norma legal habilitante.

Así en sentencia N° 193/2024, han señalado: "*(...) en materia procesal penal, donde existe un amplio margen para el recurso de casación (por ejemplo: es irrelevante que los pronunciamientos anteriores sean o no coincidentes), no corresponde obturar la posibilidad de impugnación de la sentencia de segunda instancia sobre la base de*

presuntos requisitos que no emergen de la normativa legal aplicable.

Véase que se invoca lo dispuesto en el artículo 272 del CGP (aplicable al proceso penal en virtud de la remisión prevista en los artículos 359 y 369 del CPP), pero aquella disposición, si se lee en su integridad, no habilita a rechazar el agravio en examen dado que la regla allí prevista sólo opera cuando la sentencia de segunda instancia fuera totalmente confirmatoria de la de primer grado, supuesto que aquí no se verifica.

En efecto, el artículo 272 del CGP dispone: 'Legitimación para interponer el recurso.- El recurso sólo podrá interponerse por la parte que recibe un agravio de la sentencia. No podrá interponer el recurso quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la del tribunal superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla'.

Y en sentencia N° 104/2021 se ha sostenido: "En distinta postura, el Sr. Ministro Dr. Tabaré Sosa Aguirre discrepa con la tesis sustentada por la mayoría de la Corporación en el Considerando III.II del presente pronunciamiento. Respecto al hecho de que la Defensa no apeló la adecuación típica realizada en primera instancia, considera el Sr.

Ministro Dr. Sosa Aguirre que no resultan trasladables las normas del Código General del Proceso que prevén tal exigencia a la Defensa en una causa penal. Añade que tal criterio no resulta para nada novedoso y recoge la postura sostenida por esta Corporación en sentencia dictada hace más de 15 años, en la que, con total claridad, se concluyó: 'Se ha expresado en el Acuerdo que con carácter previo cabe indicar que contrariamente a lo dictaminado por el Fiscal de Corte, la circunstancia de que la Defensa no se hubiera agraviado contra la sentencia condenatoria de primera instancia no le impide articularlos en casación, pues el C.P.P. no requiere -a diferencia del C.G.P. art. 272- que el recurrente hubiera interpuesto apelación contra la sentencia de primera instancia en caso de agraviarle. Tal exigencia podría aplicarse en todo caso por analogía (art. 6 del C.P.P.) al Ministerio Público, pero no es aplicable al encausado pues el razonamiento analógico no procede para restringir derechos y garantías' (LJU caso: 15518, Sentencia Suprema Corte de Justicia No. 110/2005)'.

Por lo demás, ninguna otra disposición del CPP o del CGP exige la necesidad de que un determinado agravio haya sido ensayado en todas las instancias anteriores para habilitar su deducción en casación, por lo que la razón formal vertida por la

mayoría no es compartida por los suscritos”.

Por su parte, la Sra. Ministra redactora, si bien en general sostiene la tesis de que el no expresar agravio en la apelación de la sentencia de primera instancia determina el rechazo del agravio deducido en casación, en el caso concreto en análisis, al tratarse de una alteratoria, que puede ser relevada de oficio, y cuyo cómputo puede tener relevancia no solo en el caso sino también en el futuro procesal (v.gr. en hora de unificar penas), comparte con los Sres. Ministros referidos, que el agravio resulta de recibo. En su criterio, es un error grave de derecho computar la reincidencia cuando no se configura la misma, por lo cual, más allá de que no se haya esgrimido tal agravio en el recurso de apelación, corresponde por la entidad del error relevado, corregirlo en casación.

Por tanto, para la mayoría de este Cuerpo (Sres. Ministros Dres. Sosa, Pérez y la redactora), la sentencia impugnada ha aplicado una agravante genérica que no debió ser computada. Y el hecho de que la sentencia de primer grado también la hubiera computado y que la Defensa no haya expresado puntual agravio al respecto, no puede ser óbice para su impugnación en esta etapa, desde que se trata de un error de derecho, corregible en casación y, como fuera señalado por los Sres. Ministros Dres. Sosa y Pérez,

ninguna norma del CPP prevé como requisito para interponer un agravio en casación que dicho planteo haya sido introducido en alguna etapa anterior.

Véase que la Defensa apeló la sentencia de primera instancia y bregó por su absolución. De esta manera, no puede entenderse que haya consentido la aplicación de la agravante de reincidencia por el mero hecho de no haber expresado un agravio concreto sobre ese punto específico, desde que pidió lo máximo, esto es, la revocación de la sentencia de condena y su consecuente absolución.

En suma, en criterio de la mayoría, el agravio resulta formalmente admisible.

En lo sustancial, conforme se adelantó, el planteo también resulta de recibo.

Véase que del auto de apertura a juicio oral, obrante a fs. 1 a 3 vto., emerge que, en la audiencia de control de acusación, las partes alcanzaron convenciones probatorias, esto es, acordaron tener por probados determinados hechos, sin necesidad de producir pruebas al respecto en el juicio oral. Entre tales hechos, tuvieron por probado que el imputado, AA, fue condenado por dos delitos anteriores, mediante sentencias que quedaron ejecutivo-riadas en noviembre y diciembre de 2017. Ello determina que, al momento en que se cometió el hecho juzgado en este proceso (entre enero

y marzo de 2017), el encausado no había sido condenado mediante sentencia firme por un delito anterior, por lo que no tenía la condición de reincidente, lo que determina la improcedencia del cómputo de la agravante solicitada por Fiscalía.

En tal sentido, surge del auto de apertura a juicio oral: *"En audiencia de control de acusación las partes alcanzaron convenciones probatorias: En relación a los antecedentes del imputado y por tanto se prescinde de la planilla de antecedentes del ITF y asimismo respecto de la incorporación de la partida de nacimiento de la víctima. De la planilla de antecedentes surge un delito de lesiones personales del 2017 condenado a 8 meses de prisión ejecutoriada el 11-12-2017, y un delito de Rapiña especialmente agravado de noviembre de 2017, condenado a 5 años de penitenciaría, no surge vencimiento"* (fs. 2).

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 48 del Código Penal: *"Agravan también la responsabilidad:*

1. *(La reincidencia). Se entiende por tal, el acto de cometer un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena, cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente*

permaneciera privado de la libertad, o por la detención preventiva, o por la pena”.

Tal como ha señalado el TAP 1° en sentencia N° 293/2009: *“El art. 48 N° 1 del C.P., califica al reincidente como aquel sujeto que ejecuta ‘un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior,...’; y en términos del Dr. Bayardo: ‘Por ‘condena’ debe entenderse entonces toda sentencia que imponga una pena, y que procesalmente tenga firmeza de cosa juzgada, debe tratarse de un acto jurisdiccional que tenga definitividad, que sea firme; si no fuera así, el reo que volviera a delinquir luego de este fallo, sería un reiterante, pero no un reincidente’ (Bayardo, F., ‘Derecho Penal Uruguayo’, t., II, p. 301). Se comparte el concepto del penalista que surge de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 54 y 48 N° 1 del C.P. (...) En consecuencia, atendiendo a sus antecedentes y al estado de todas las causas, BB es un reiterante (art. 54 del C.P.) y no un reincidente (art. 48 N° 1 del C.P.)”.*

En la especie, el imputado AA fue condenado por un delito de atentado violento al pudor, que tuvo lugar en fecha no determinada exactamente, pero que habría ocurrido entre enero y marzo de 2017. En cualquier caso, resulta indiscutible, en virtud de las resultancias de autos, que el hecho

aconteció antes de noviembre de 2017.

De esta manera, si las condenas por delitos anteriores cometidos por AA quedaron ejecutoriadas en noviembre y diciembre de 2017 (así surge de las convenciones probatorias a las que arribaron las partes) y el hecho aquí juzgado tuvo lugar entre enero y marzo de 2017, es claro que, al momento en que se cometió el delito de autos, el sujeto no tenía la calidad de reincidente, dado que no había sido condenado por sentencia firme anterior.

La agravante genérica de la reincidencia fue, entonces, incorrectamente computada, lo que debe ser corregido en casación.

Ello, además, tiene influencia sobre la determinación de la pena, puesto que emerge de la sentencia impugnada que la referida agravante fue considerada por la Sala al momento de establecer el quantum punitivo.

Dicho extremo será analizado más adelante, pues previamente debe abordarse el último agravio de la Defensa, vinculado justamente con el monto de la pena impuesta.

III.III) *Agravio relativo a la discordancia entre las sentencias y el quantum de la pena.*

Señaló la Defensa recu-

rrente que, pese a que en primera instancia se lo condenó como autor de reiterados delitos de atentado violento al pudor y en la alzada se revocó la reiteración y se lo condenó por un único delito de atentado violento al pudor, el Tribunal no modificó en nada el quantum de la pena. Expresó que, si se lo castiga con la pena máxima posible por, entre otros factores, la reiteración de hechos, al eliminarse la reiteración delictual ello debió implicar una condena inferior.

Afirmó que resulta arbitrario que la Sala no haya graduado la pena tomando en cuenta la revocación de la reiteración. Y añadió que es falaz que, al justificar el monto de la pena, el Tribunal haya mencionado la "cantidad" de los delitos, siendo que se entendió probado solamente un hecho.

Ahora bien. En virtud de que se amparará (conforme surge del Considerando IV) el agravio esgrimido por la Fiscalía en ocasión de la adhesión a la casación, relativo al concurso de delitos, el presente agravio carece de objeto. Y tal extremo, aisladamente considerado, no puede aumentar la pena, pues Fiscalía petitionó condena por seis años de penitenciaría.

Por lo que corresponde desestimar el agravio.

IV) Análisis del recurso de casación interpuesto por Fiscalía (por vía adhesiva).

IV.I) Agravio por la valoración de la prueba.

La parte actora, al evacuar el traslado del recurso de casación interpuesto por la Defensa, adhirió al medio impugnativo, por entender que existe un error o absurdo evidente al haberse rechazado el concurso de delitos.

Sostuvo en su escrito que, de la prueba diligenciada en juicio, surge que la víctima manifestó a su progenitora (CC) que los hechos ocurrieron varias veces, circunstancia que también fue mencionada por la perito del ITF Lic. DD.

Adujo que el Tribunal, sin fundamento cierto, padeciendo un grave error manifiesto, concluyó que la niña mencionó la ocurrencia de un solo hecho. Le reprochó no haber indicado en base a qué medio probatorio concluye tal circunstancia y haber descartado, de esta forma, lo expresado por la perito del ITF y la madre de la niña, quienes específicamente expresaron que EE padeció un abuso crónico en manos de AA

Aseguró que la Sala cometió un error absurdo y evidente al ignorar la progresividad en el relato de EE, quien si bien al

principio relató con claridad un único hecho, ya más grande logró dar cuenta de que se trató de una pluralidad de hechos de abuso sexual.

Pues bien.

En primer lugar, cabe precisar que asiste razón a la Fiscalía en cuanto señala que la Sala no brindó las razones concretas para concluir que se trató de un solo hecho en lugar de varios. En efecto, no se identifican los medios probatorios que permiten al Tribunal extraer tal conclusión.

En segundo lugar, considera este Cuerpo que efectivamente existió una errónea valoración de la prueba por parte de la Sala, pues en forma errónea -sin tener presente el cúmulo- concluyó que los actos que el acusado ejecutó distintos a la conjunción carnal, fueron en una oportunidad, tal como surgiría del relato de la menor.

Tal como se dirá, del cúmulo obrante se desprende que, si bien existieron más detalles con relación a un episodio puntual, ese no fue el único. Antes bien, se reiteraron en el tiempo desde enero a marzo de 2017.

Veamos.

DD, perito de ITF, se refirió a ello en el juicio oral y profundizó con

relación al informe elaborado el día 8 de abril de 2021. Así, señaló que la menor tenía pesadillas con animales muertos; el imputado mataba animales delante de ella. Episodios de violencia intrafamiliar. Expresó que el imputado dañó psíquicamente a la menor y más en instancias donde el psiquismo está en desarrollo.

Al ser preguntada sobre qué es lo que ella le comenta sobre el vínculo con el imputado y los hechos denunciados, la licenciada narró que la menor expresó que Pepe cambia cuando se muda a una casa más grande. *"A partir de ahí cuando se mudan (...) a la casa más grande... esta persona le pegaba a su madre, los amenazaba a ellos que los iba a lastimar... que mataba animales delante de ellos... que se comía animales..."*.

Y, acto seguido, lee el informe de donde surge lo que la niña dijo a la licenciada: *"me obligaba a hacer algo que yo no quería hacer... me decía que si le contaba a mi madre me iba a lastimar... todos los días me decía eso... y en realidad la lastimó adelante mío... comía caracoles y babosas adelante de mí y me decía que lo mirara... me obligó a que le diera un beso en la parte íntima pero ta... no quiero hablar más de eso... pasó hace mucho y quiero olvidar"*.

La Fiscalía pidió a la

licenciada aclaración, pues si bien describió una situación abusiva, en su informe habla de una dinámica sexualmente abusiva.

Así, en el minuto 20:17, de su relato dijo la licenciada: *"ese relato fue a la primera vez que sucede algo así, pero en realidad la niña lo que relata es que eso era una práctica habitual, un abuso sexual crónico según lo que surge de la pericia... comenzó de esta manera"*. Refirió a una serie de indicadores, tales como el relato de la niña (específico), además presentaba masturbación por fuera de una conducta exploratoria. Tenía pesadillas en las que aparecía el indagado. Síntomas de estrés postraumático. *"En el plano de la activación... era una niña híper alerta. Su organismo estaba preparado para vivir una situación estresante. Dormía poco, con cualquier cosa se despertaba o sobresaltaba. Iba por la calle y si veía a alguien parecido se asustaba, se angustiaba. Mucho temor. Mucho contenido mórbido. Animales muertos"*.

En cuanto al relato, señala que es de una perspectiva personal, brindando detalles centrales y periféricos. Con un lenguaje propio de su edad. Persistencia de sintomatología asociada a los hechos narrados. *"Es imprescindible que la niña realice tratamiento psicoterapéutico. Logró narrar desde*

su perspectiva cómo vivenció ciertas cosas. Ella da detalles de la situación abusiva en sí, como periféricos, que son la coyuntura familiar”.

Y, los diversos episodios -además de lo constatado por la licenciada DD- surgen de lo dicho por la menor a su madre CC. Así, ésta, al declarar, expresó que EE presencié episodios de violencia. Un día saliendo del COMCAR en 2017, la hija, con cinco años, le relató: *“él se había bajado los pantalones y le había dado un beso en la pepa... no identificado el miembro masculino... al otro día radicó la denuncia. Ella después declara, le cuento lo que me hizo Pepe... le cuento lo que me hizo Pepe... me dijo que le había dado un beso en la pepa [refiere al pene] a Pepe... que se había bajado el pantalón... que parecía un chupetín... era un secreto que no se podía contar a nadie... si no me iba a enojar y no lo íbamos a ver más... ella no pronuncia bien las palabras... fue a foniatra”.*

Expresó que en esa casa vivieron de enero a marzo de 2017. Ellos compartían mucho tiempo. Tenían una relación padre e hija: *“ella me cuenta eso... después yo no indagué mucho en el tema... a veces quería contar algo... sí ella después fue contando algo más... pero...”* (Minuto 14:42 y ss.) *“En otra ocasión ella me dijo que él le tocaba las partes íntimas*

y que él le decía que se relajara... yo el 23 de este mes antes de la audiencia... nunca toqué el tema en profundidad con ella... el 23 le pregunté... yo tengo juicio ahora... te voy a hacer una pregunta nomás y no voy a entrar en detalles... estos episodios ocurrieron más de una vez?... sí muchas veces... empezó a llorar y ella tenía miedo de que él la buscara cuando saliera".

Asimismo, acierta el Sr. Fiscal de Corte (S) al expresar: *"Tampoco se comparte la postura del Sr. Defensor, en cuanto sostiene que los demás testigos expertos y peritos niegan la posibilidad de la reiteración. Y, ello por cuanto, de sus informes y su declaración en el juicio, no se infiere que solo existió pro parte del imputado un único hecho de abuso sexual y tampoco sus testimonios tenían como objetivo acreditar tal extremo, si bien los mismos refuerzan la credibilidad de la existencia de los abusos con sus respectivas evaluaciones"* (fs. 228 y véase en extenso lo mencionado con relación a la Lic. Crisafulli, Schiappacase, Canto, Dra. Trillo, a fs. 228 y 229 de la vista Fiscal).

En definitiva, de la prueba obrante es dable concluir que el imputado de autos debe responder como autor penalmente responsable de reiterados delitos de atentado violento al pudor los que ocurrieron durante los meses de enero a marzo de

2017.

Si bien en el caso no se contó con la declaración anticipada de la menor en cámara Gesell, tal extremo, ha dicho este Cuerpo en reiterados pronunciamientos, no es óbice suficiente para disponer la absolución del imputado. La víctima no está obligada a declarar y su testimonio no es prueba tasada. Así, en una de las tantas se expresó: *"Pareciera que el Tribunal considera como regla que, en los delitos sexuales, la prueba de cargo debe estar conformada con la declaración de la víctima como elemento central. Sin embargo, ello no siempre debe ser así y existen circunstancias atendibles, como la especial vulnerabilidad o estado emocional de la víctima, que impiden que ésta narre sus vivencias en el proceso. Ello, como puede verse, fue puesto de manifiesto por la Fiscalía, aseverando que la niña no se encontraba en condiciones emocionales de afrontar el juicio. En otras palabras, el hecho de que la menor no haya declarado en el proceso penal bajo la modalidad de prueba anticipada, a través de la Cámara Gesell, no implica en lo más mínimo que no se pueda llegar a una sentencia condenatoria. En efecto, no existe norma que disponga que la declaración de la víctima de un delito sexual es preceptiva o excluyente a los efectos de condenar"* (sentencia N° 832/2022, entre tantas otras).

Aquí, como se repasó, diversos profesionales dieron cuenta de lo dicho por la menor en distintas ocasiones. En especial, cobra singular relevancia a los efectos del agravio de la Fiscalía lo declarado en juicio por la progenitora de la víctima y las apreciaciones formuladas por la licenciada de ITF DD.

Justamente, sobre este tópico, ha dicho la Corte: *"En los supuestos de testigo-víctima en los 'delitos clandestinos' nos enseña NIEVA FENOLL es posible que no existan otras pruebas que el testimonio de la víctima y el del imputado. Y en este supuesto sí que es necesario afrontar la cuestión de modo diferente, puesto que en caso de que el testimonio de la víctima se declare increíble por falta de corroboraciones, no será posible pronunciar una condena en muchísimos casos de agresiones sexuales, lesiones, y hasta robos. Y es que en la mayoría de estos supuestos no existen dichas corroboraciones, y el imputado puede urdir una coartada incluso con cierta facilidad. Por ello, como se viene haciendo con cierta frecuencia, habría de ser necesario en estos supuestos de ausencia de corroboraciones periféricas, que se busque el dictamen pericial de un psicólogo del testimonio a fin de que, realizando la correspondiente entrevista cognitiva, ilustre al tribunal sobre los posibles*

elementos de credibilidad de la víctima. Y aunque la pericia llevada a cabo no pueda ser considerada como una corroboración periférica, porque deriva de la propia declaración de la víctima, al menos sí suministra al juez los conocimientos que le faltan para valorar debidamente el resto de extremos de la declaración, es decir, su coherencia, contextualización, observando qué le han parecido al psicólogo las respuestas de la víctima y cómo las ha interpretado (NIEVA FENOLL, J.: 'La valoración de la prueba', cit., págs. 249/251). Es en este contexto que la Sala indicó que no observaba razón alguna para que la joven relate estos hechos falsamente, ni tampoco para que los técnicos que intervinieron y ofrecieron sus versiones estén equivocados, cuando en su mayoría ven consistente el relato de la joven con su situación personal (fs. 217 vta.)" (Cfme. sentencia N° 296/2021, entre tantas otras).

El Tribunal basó su conclusión de que se trató de un solo hecho a partir del episodio concreto que dio inicio a las actuaciones: develamiento de la niña a su madre. Sin embargo, no consideró la prueba rendida en conjunto, en particular, la pericia realizada tres años después y el testimonio de CC en juicio, que apuntan a que con mayor madurez, la niña pudo exteriorizar que se trató de varios hechos

abusivos. De esta manera, la conclusión arribada por la Sala resulta arbitraria, y corresponde que sea corregida en casación.

Por los fundamentos que anteceden, se hará lugar al agravio movilizado por el Ministerio Público.

V) *Determinación del monto de la pena en virtud del amparo de los agravios referentes a la reincidencia y a la reiteración.*

Como fuera analizado anteriormente (Considerando III.II), en criterio de la mayoría de este Cuerpo, el Tribunal incurrió en errónea aplicación del derecho al haber computado la agravante genérica de la reincidencia, la que tomó en cuenta a la hora de seleccionar la pena a aplicar al imputado. A su vez, a juicio de la unanimidad de la Corte, la Sala también incurrió en errónea aplicación del derecho al haber condenado por un único delito de atentado violento al pudor y no por reiterados delitos de tal calificación.

Al tratarse de vicios de fondo (errores in iudicando), corresponde a la Corte, de acuerdo con lo previsto en el art. 277.1 del CGP (aplicable al proceso penal en mérito a lo dispuesto en el art. 369 del CPP), dictar la sentencia que corresponda sobre la materia de hecho del fallo recu-

rrido y reemplazar los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.

Como fuera indicado, el Tribunal de Apelaciones, al igual que lo hiciera el Juez de primera instancia, fijó la pena a imponer al encausado AA en 6 años de penitenciaría. Para ello, tuvo en consideración la calificación delictual, la entidad del delito, las circunstancias alteratorias de la responsabilidad computadas (sin considerar la específica relevada en el grado: condición de menor de 12 años de la víctima), la personalidad y peligrosidad del agente, puesta de manifiesto en el acto ejecutado contra una niña de cinco años.

A juicio de los Sres. Ministros Dres. Sosa, Pérez, y la redactora, cabe compartir en líneas generales la justificación de la pena formulada por la Sala, no obstante lo cual, al procederse a condenar por reiterados delitos de atentado violento al pudor y al revocarse la circunstancia agravante genérica de la reincidencia (art. 48.1 de Código Penal), ello necesariamente impacta en la medida de la pena.

En efecto, al momento de determinar la pena, cabe partir de las prescripciones establecidas en el art. 86 del Código Penal: *"El Juez determinará en la sentencia, la pena que, en su*

concepto, corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número -sobre todo la calidad- de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el hecho".

A su vez, el art. 50 del Código Penal dispone que: *"Las circunstancias agravantes, tanto las generales como las especiales le permiten al Juez llegar al máximo; y las atenuantes, al mínimo de la pena establecida para cada delito.*

Para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y a las conclusiones que ellas permitan derivar acerca de la mayor o menor peligrosidad del agente".

Y el art. 53 establece: *"Cuando concurran circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho, el Juez, teniendo en cuenta su valor esencialmente sintomático, tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, fijando la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiere".*

En el presente caso, AA fue condenado por el Tribunal como autor penalmente responsable de un delito de atentado violento al pudor.

Ahora bien, en virtud del amparo del agravio de Fiscalía, se condenará a AA como autor penalmente responsable de reiterados delitos de atentado violento al pudor (art. 54 CP). Por otro lado, cabe indicar que en la sentencia atacada se computaron como circunstancias alteratorias las agravantes genéricas del abuso de las relaciones domésticas (art. 47 num. 14 CP) y la reincidencia (art. 48 num. 1 CP). Si bien el Tribunal también relevó de oficio, en aplicación del principio "*iura novit curiae*", la agravante específica de tratarse de víctima menor de 12 años, no la tomó en consideración para determinar la pena (por aplicación del principio "*non reformatio in peius*"). Como fuera señalado, la agravante de la reincidencia debe ser dejada de lado, por resultar improcedente, por los fundamentos ya indicados. No se computaron circunstancias atenuantes.

El máximo legal para el delito de atentado violento al pudor es de 6 años de penitenciaría (art. 273 CP). Máximo que en el caso podría teóricamente ser sobrepujado, pues opera la reiteración delictual (art. 54 CP). Y si bien la entidad del delito, la gravedad del daño causado a una niña de apenas 5 años al momento de los hechos, la peligrosidad del agente (derivada de tales extremos), la inexistencia de circunstancias atenuantes y el cómputo de la

atenuante del abuso de las relaciones domésticas, conducen a situar la pena en un guarismo cercano al máximo legalmente previsto, y al haberse revocado la agravante de la reincidencia que había sido considerada por la Sala para fijar la pena en 6 años de penitenciaría, corresponde abatir ligeramente el monto de la punición y fijarlo en 5 años y 6 meses de penitenciaría.

En resumen, tomando en consideración los elementos indicados en el art. 86 del Código Penal, así como las previsiones de los arts. 50, 53 y 54 del mismo cuerpo normativo, la pena justa para el presente caso es la de 5 años y 6 meses de penitenciaría.

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

FALLA:

AMPÁRASE PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE AA, Y EN SU MÉRITO, ANÚLASE PARCIALMENTE LA SENTENCIA IMPUGNADA, ÚNICAMENTE EN CUANTO COMPUTÓ LA AGRAVANTE GENÉRICA DE LA REINCIDENCIA. REVÓCASE EL CÓMPUTO DE DICHA AGRAVANTE, Y EN CONSECUENCIA, REDÚZCASE LA PENA IMPUESTA A AA, LA QUE SE FIJA EN CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PENITENCIARÍA, CON DESCUENTO DE LA PREVENTIVA SUFRIDA.

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN
INTERPUESTO POR LA FISCALÍA EN VÍA ADHESIVA, Y EN SU
MÉRITO, CONDÉNASE A AA POR LA COMISIÓN DE REITERADOS
DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AL PUDOR.

TODO SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

HONORARIOS FICTOS 30 BPC.

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

DISCORDES PAR-
CIALMENTE: Por

DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

cuanto votamos
por desestimar

el recurso de casación interpuesto por la Defensa.

A diferencia de la mayoría, entendemos que el agravio de la Defensa por el cómputo de la agravante por reincidencia resulta formalmente inadmisibile.

En efecto. El recurrente recién introdujo el planteo en etapa de casación, y ya en primera instancia se había relevado la reincidencia, sin que la defensa interpusiera recurso de apelación al respecto.

Sobre el punto, en sentencia N° 193/2024 de la Suprema Corte de Justicia, afirmamos que:

“Si no existió crítica a la solución dictada en primer grado, es decir, si la Defensa no propuso como objeto de análisis en segunda instancia la inocencia de la Sra. GG, tal extremo no puede ingresar como agravio en casación.

Ello -continúan las mencionadas Sras. Ministras- por simple aplicación del principio de ‘trazabilidad del agravio’, que informa que el juzgador, previo a su análisis, puede y debe tomar nota sobre el progreso del agravio durante las distintas etapas del proceso. Tal enunciado es un derivado del

principio general contenido en el artículo 272 del CGP ('No podrá interponer el recurso [de casación] quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la contraparte...'), aplicable, por la remisión operada partir de lo previsto en los artículos 359.3 y 369 inc. 1º del CPP.

En efecto, el agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral (Cfme. COUTURE, E.: 'Fundamentos de Derecho Procesal Civil', Ed. Depalma, año 1981, pág. 346), y es lo que mide el interés que se requiere como presupuesto para recurrir; entonces, si el agravio 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 Corte Nos. 1.633/2017 y 315/2014).

Tal exigencia, a juicio de las mencionadas Sras. Ministras, no fractura ningún principio o norma procesal penal vigente. Por el contrario, cabe concebirlo como un presupuesto de toda impugnación (civil o penal), porque si el juzgador debe pronunciarse sobre las cosas litigiosas (principios dispositivo y de congruencia), entonces no las integran los temas que el recurrente no planteó y que recién

introduce al interponer el recurso de casación”.

Por la carencia formal
apuntada, consideramos que corresponde desestimar el
agravio y con ello, el recurso de casación de la
Defensa.

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