

Sentencia No.117

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

Montevideo, cuatro de mayo de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "1.- B., J.; 2.- G., O.; 3.- A., L.; 4.- R., F.; 5.- D., G. - **CONCUSIÓN, CONJUNCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y PERSONAL, FRAUDE, ETC. - CASACIÓN PENAL**", IUE: 102-121/2006; venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado J. C. B., la defensa de J. L. A. D. O. y los defensores de F. R. G. contra la Sentencia No. 395/2013, dictada el 9 de diciembre de 2013 en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno.

RESULTANDO:

1°) Que por la referida decisión se falló confirmando la sentencia de primera instancia, salvo en cuanto imputó a J. C. B. la autoría de tres delitos de conjunción del interés personal y del público, en cuya parte se revocó y absolvió; y en cuanto a la pena que se le impuso, que se fijó en cuatro años y dos meses de penitenciaría, inhabilitación por el mismo período y multa de seis mil unidades reajustables (6.000 U.R.) (fs. 3.657/3.687).

Por su parte, el

pronunciamiento de primer grado, por Sentencia No. 46/2012, del 8 de mayo de 2012 emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 6° Turno falló condenando a: "...1) J. C. B. R., como autor responsable (art. 60 inc. 1°) de tres delitos de Conjunción del interés personal y del público, en grado de autoría (arts. 54, 60 inc. 1 y 161), un delito continuado de Conjunción del interés personal y del público en grado de co-autoría (art. 61 inc. 5° y 161), en reiteración real y en concurrencia fuera de la reiteración con un delito continuado de fraude (arts. 54, 58, 60 inc. 1° y 160) y en reiteración real con un delito continuado de Concusión en grado de co-autoría (arts. 54, 61 inc. 1° y 156) a la pena de: cuatro (4) años y seis (6) meses de penitenciaría, la inhabilitación especial prevista en el art. 76 del C.P. por el mismo período y una multa de seis mil (6.000) Unidades Reajustables.

2) A O. L. G. B., como autor responsable (art. 60 inc. 1°) de un delito continuado de Conjunción del interés personal y del público en grado de autoría (arts. 54, 60 inc. 1° y 161); en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de Fraude en grado de co-autoría (arts. 56, 58, 61 inc. 3° y 160) y en reiteración real con un delito continuado de Concusión en grado de autoría (art. 54, 60

inc. 1° y 156) a la pena de cuatro (4) años de penitenciaría, la inhabilitación especial prevista en el art. 76 del C.P. por el mismo período y una multa de cinco mil (5.000), Unidades Reajustables.

3) A J. A. D. O., como autor responsable (art. 60 inc. 1°) de un delito continuado de Conjunción del interés personal y del público en grado de autoría (arts. 54, 60 inc. 1° y 161); en concurrencia fuera de la reiteración con un delito continuado de Fraude en grado de co-autoría (arts. 56, 58, 61 inc. 3° y 160) y en reiteración real con un delito continuado de Concusión en grado de autoría (arts. 54, 60 inc. 1° y 156), a la pena de: cuatro (4) años de penitenciaría, la inhabilitación especial prevista en el art. 76 C.P. por el mismo período y una multa de cinco mil (5.000) Unidades Reajustables.

4) A F. N. R. G., como co-autor responsable de un delito continuado de Fraude (arts. 56, 58, 61 inc. 3°, 64 y 160) en reiteración real con un delito continuado de Concusión (arts. 54, 61 inc. 3°, 64 y 156), también en grado de co-autoría, a la pena de: tres (3) años y seis (6) meses de penitenciaría, la inhabilitación especial prevista en el art. 76 del C.P. por el mismo período y una multa de cuatro mil (4.000) Unidades Reajustables.

5) A G. D., como co-autor responsable de un delito continuado de Fraude (art. 61 inc. 3° y 160 del C. Penal), a la pena de: dos (2) años y seis (6) meses de penitenciaría, la inhabilitación especial prevista en el art. 76 del C.P. por el mismo período y una multa de tres mil (3.000) Unidades Reajustables.

En todos los casos con descuento de las respectivas preventivas sufridas, siendo de cargo de los condenados los accesorios de rigor..." (fs. 3.484-3.520).

2°) A fs. 3.700 y siguientes, el defensor del procesado J. C. B. interpuso recurso de casación, y luego de fundar su procedencia, sostuvo en síntesis:

- La Sala interpretó erróneamente el Derecho al tipificar los delitos de Fraude y Concusión.

La Fiscalía no probó, luego de tomar testimonios, que el Cr. B. tuviera alguna participación espuria en los procesos licitatorios, o en las decisiones administrativas que constituyeran las bases sobre las cuales se dispuso la solicitud de procesamiento y posterior condena del Cr. B..

- De los careos surge la no participación del Cr. B. en la contratación de slots

al 40% y hasta el 50% de su producido; surge del expediente que la contratación de slots por la vía del arrendamiento se realizó a partir de un llamado a licitación en un todo de acuerdo con los preceptos legales en la materia; surge del informe de los peritos del Instituto Técnico Forense que la empresa en la cual habría participado un familiar de uno de los colaboradores del Cr. B. en su directorio, no recibió ni un solo centavo del erario público.

- No existió engaño, no existió ni existe beneficio económico del Cr. B.. No se trata de establecer si el Cr. B. estuvo bien o mal procesado, de lo que se trata es de si se reunieron elementos de prueba suficientes y necesarios, es decir, si existe plena prueba, más allá de una duda razonable, para condenarlo por los delitos que se le imputan, y en tal sentido la defensa afirma que no se han considerado todos los testimonios y todas las pruebas que se encuentran en el expediente.

- La única empresa que tenía en su directorio un integrante que sería familiar de un colaborador del Cr. B., no cobró un centavo por la firma de un contrato con el Director General de Desarrollo Económico e Integración Regional y que por incumplimiento en el mismo, a instancia del Cr. B., fue dejado sin efecto por el Sr. Intendente también es un

hecho comprobado, se verifica en el informe del I.T.F., que no se verificaron pagos a dicha empresa. Los integrantes de la Cooperativa Mozlui manifestaron en toda ocasión que nada tuvo que ver el Cr. B. ni activa ni pasivamente en los hechos que manifiestan se constata en sus declaraciones.

- Se demostró que los porcentajes de arrendamiento que se abonaron a las empresas que participaron y fueron adjudicadas en el proceso licitatorio, que fuera devuelto sin observaciones por parte del T.C.R., fueron los menores del mercado.

- Es imposible demostrar para la Defensa que no ocurrió lo que no se pudo probar. No corresponde probar un no delito, es el Estado el que debe probar más allá de duda razonable que el mismo ocurrió.

- La Fiscalía no demostró la existencia de delito alguno por el hecho de arrendar slots al 40% y hasta el 50% de su producido, no obstante de existir, sí quedó probado que el Cr. B. no participó de los mismos.

3º) A fs. 3.719 y ss. el defensor de J. L. A. D. O. dedujo recurso de casación, y resumidamente manifestó:

- La sentencia de segunda

instancia que confirma a la de primera condena a su defendido A. como autor de un delito continuado de conjunción de interés personal y del público, en concurrencia fuera de la reiteración con un delito continuado de fraude como coautor en reiteración real con un delito continuado de concusión en grado de autor, a la pena de 4 años de penitenciaría e inhabilitación especial por el mismo período y multa de 4.000 U.R.

Si el Ministerio Público pide una condena para el procesado de 4 años y 6 meses de penitenciaría y la sentencia condena a cuatro años de penitenciaría y no descuenta la preventiva de 2 años y 2 meses que sufrió el defendido, en realidad lo está condenando a más de lo pedido en la acusación fiscal en dos años y dos meses más.

Se trata de un error de derecho, que como se expresó viola el principio de congruencia y como tal constituye error de derecho y por tal pasible de casación.

- Es evidente que en la tramitación del sumario en momento alguno se aportó nueva prueba diferente a aquella que fue utilizada como semiplena prueba. J. L. A. desempeñaba un rol absolutamente secundario como uno de los dos secretarios contratados y designados por la administración para cumplir tal rol dentro de la Dirección de Casinos

Municipales. En ese punto está el error de derecho del Tribunal pues la jerarquía administrativa de A. no podía ser de la relevancia que se le adjudica al punto que su actividad haya sido necesariamente determinada para que la realización de sus actos fuera de aquellos sin los cuales el delito no se hubiera podido realizar.

- El Tribunal tuvo por probado el hecho de que la comunicación con las jerarquías superiores las realizaba el encausado Cr. B. y no el encausado J. L. A., lo cual se sostuvo a lo largo de toda la sentencia del Tribunal. En tal sentido el concepto de coautor no le es aplicable a este último en el propio relato histórico de los hechos que tuvo por demostrado el Tribunal.

- La Sala vulneró el art. 54 del Código Penal. La aplicación de este artículo hace a la pena que deban cumplir los condenados. Es sabido que se entiende por delito mayor aquel cuya pena es más severa. En el caso tenemos tres delitos: el fraude; concusión; conjunción del interés personal y del público. Eliminado del elenco solamente el delito de Fraude respecto de A., es evidente que la pena a la que fue condenado viola los guarismos máximos de los otros dos delitos que fue condenado.

- Las penas, principal y accesoria, son notoriamente desproporcionadas en sus

guarismos violando para el caso de autos el principio general de derecho sancionatorio, de que toda pena debe ser proporcional al hecho ilícito y a la participación del enjuiciado en el mismo lo que a todas luces constituye un error de derecho revisable en el grado casatorio pues excede notoriamente las facultades discrecionales del Tribunal de mérito.

4°) A fs. 3.728 los defensores del imputado F. R. G., dedujeron recurso de casación, indicando en síntesis:

- El Tribunal señaló que la obra fue realizada "concusión mediante", pero no explicitó cuáles serían los hechos en los que fundamentó dicha afirmación. Los hechos fueron relatados en el numeral 19) de la sentencia de segunda instancia. Son los dados por probados, pero la falta de precisión de los hechos que consideró probados, el Tribunal señaló que se les "exigió" o "impuso" a los integrantes de la cooperativa, que declararon que se sintieron presionados, dando por supuesta dicha presión, pero no explicitó los hechos, ni señaló concretamente de dónde surgen esas amenazas. De las propias declaraciones del Presidente de la Cooperativa Mozlui al momento que se hizo la reforma surge que la amenaza del llamado a licitación fue realizada en el año 2004, cuando la obra y el aporte para la misma fue efectuado en el año 2002.

En consecuencia, debe tenerse presente que no está definida la amenaza ni el contexto en que fueron amenazados.

- Idéntica situación se nos presenta en la configuración del tipo penal respecto al aporte realizado por los empresarios que pondrían las máquinas en el Parque Hotel, porque la única referencia que realizó el Tribunal es a declaraciones del Señor O. B., pero de las mismas no existe ninguna descripción a la conducta del tipo penal Concusión.

El Tribunal refirió a unos hechos que lo incluyen a R. pero no explicó dichos hechos, en las conclusiones no incluyó a R. en la concusión. Esa discordancia, a nuestro entender, afecta la coherencia del fallo. Los hechos ocurrieron de determinada forma que impiden la calificación del tipo penal.

- En referencia a la supuesta configuración del delito de concusión por el compelimiento a las cooperativas para que aportaran a la remodelación de la barra de bar -lo que se realizó en el año 2002- mediante amenaza del llamado a licitación, resulta de autos que ocurrió en el año 2004, previo a la remodelación de la barra de bar. Pero aún cuando dicha supuesta amenaza hubiera ocurrido dos años antes cuando se realizaron las obras de la barra de bar, tampoco

hubiera configurado concusión alguna.

La figura típica por la cual se condena observa como verbo nuclear el de "compeler". Dicho verbo no se compone de una amenaza cualquiera, tal como sería el caso de la violencia privada. Compeler refiere a una conducta consistente en forzar, impulsar, obligar a alguien por la fuerza o mediante amenazas a hacer o no hacer algo, en contra de su voluntad. Extremos que no coinciden con la idea de "presiones" alegadas por los cooperativistas, quienes incluso, en ocasión de carearse con F. R., manifestaron jamás haber sido amenazados, sino cuanto mucho "presionados".

No es una conducta típica de compeler el advertir a un permisario que, de no adecuarse a las exigencias de la administración, se le revocaría un permiso.

- Aún sin considerar que la supuesta amenaza del llamado a licitación ocurrió en una reunión que tuvieron los cooperativistas con los asesores de B. en el año 2004, y la reforma ya estaba realizada hacía dos años, a este respecto tampoco se ha tenido presente que el único con potestad de revocar el permiso de marras no era otro más que el Intendente A.; así como el único que podía convocar a una licitación.

- En la persona de F. R.

en ningún elemento probatorio se ha fundamentado la existencia del elemento subjetivo distinto del dolo que exige el tipo penal del art. 156 C.P.

- No se comprende cómo a R. se le ha impuesto una pena de similar cuantía a los otros co-imputados por el mismo delito, cuando él no observaba (ni observó nunca) la calidad de funcionario público. R. fue condenado por dos delitos en régimen continuado y no por tres como los otros co-imputados. Recibiendo empero una condena sólo seis meses menor a los otros. Indudablemente el grado de incidencia de la conducta de F. R. jamás podría sustentar un mismo grado de antijuridicidad material que las conductas idénticas o similares desplegadas por otros que sí observaran la calidad de funcionarios públicos. Castigar a R. de la misma manera que aquellos que detentaban la función administrativa, sencillamente es determinar una responsabilidad sin considerar a la objetividad jurídica tutelada, así como también su falta de dominio sobre el curso causal.

- De la prueba diligenciada en autos, contrariamente a lo afirmado por la Sala, surge que la totalidad de los gastos en la remodelación del Casino Parque Hotel se encuentran plenamente justificados; no existe indicio alguno de que el Cr. B. y/o sus colaboradores recibieran algún

beneficio por la obra; la idea de realizar la obra partió de los empresarios, así lo declararon todos los empresarios que participaron; todos los empresarios decidieron realizar la obra porque el Casino del Parque Hotel tenía condiciones deplorables y ni siquiera podían contratar seguro en las condiciones edilicias en las que se encontraban, representando su inversión una fracción muy pequeña del valor de las máquinas; fueron los empresarios quienes aceptaron a la Arq. A. y el proyecto elaborado por la misma; los pagos se fueron realizando de acuerdo al avance de la obra y la inexistencia de rendición de cuentas obedece a que ellos pagaron por un resultado; las autoridades estaban en pleno conocimiento de las obras de remodelación -existiendo incluso diversas resoluciones que referían a las mismas- y no es razonable quitarle trascendencia a la nota firmada por R..

- Desde la perspectiva del Sr. R., las obras contaban con la aprobación expresa del propio Intendente Municipal.

- Tampoco es cierto que la obra de refacción hubiera requerido licitación pública, ya que no correspondía llamar a licitación porque fue una obra realizada por particulares, financiada por los mismos y coordinada por una empresa elegida por los empresarios.

El Arquitecto A. declaró expresamente que las obras "eran un convenio entre particulares" por lo que no correspondía que la I.M.M. realizara un contralor de montos, costos, etc.

- La Sala no fue precisa respecto de los hechos constitutivos del fraude, ya que no hizo referencia específica a los elementos probatorios en los que fundó sus afirmaciones. Así, la impugnada señaló que SABID S.A. facturó de más, pero nunca indicó cuál fue la diferencia. Se le atribuyó a R. ser un engranaje más del fraude imputado, y que por ello se beneficiaba cobrando más de lo que correspondía, pero no se explicó cuál fue la diferencia de más que cobró.

La lectura de la pericia con el texto de la licitación, determina que no existió ningún tipo de sobrefacturación.

- R. es titular de SABID S.A. y ésta siempre se dedicó al mantenimiento de slots y en nada incide el régimen en el que las máquinas estuvieran en la I.M.M., o sea si compradas o arrendadas, ya que en cualquier caso, todas necesitaban mantenimiento. La ausencia de beneficio se evidencia en que cuando se inicia la gestión de B. en la I.M.M., R. brindaba en forma exclusiva el servicio de mantenimiento de las máquinas ya que se le había adjudicado el mismo mediante licitación, en forma absolutamente legal por

las administraciones anteriores, y cuando finaliza la gestión de B. había 5 empresas competidoras de SABID S.A. Es indudable que el sistema de arrendamientos no benefició en forma alguna a SABID S.A.

- Hay tres circunstancias concretas que el Tribunal dio por supuestos, pero que no existen elementos probatorios que fundamenten las afirmaciones que se realizaron en la sentencia: el Tribunal no indicó la entidad de las pérdidas causadas por el supuesto fraude; el Tribunal atribuiría las pérdidas de los Casinos Municipales al cambio de sistema debido a que la I.M.M. comienza a arrendar máquinas de slots, en lugar de comprarlas, como elemento constitutivo de la figura del fraude imputado; el Tribunal hizo caudal que si bien el porcentaje propuesto a las empresas era un 30%, "lo dicho, en sustancia, no era cierto: a algunas empresas les acordó un 40%, a otras el 45%, y llegó a pagar incluso el 50%".

- No existió sobrefacturación en el contrato de mantenimiento de las máquinas con SABID S.A. La sentencia refiere reiteradamente a sobrefacturación, pero nunca determina a cuánto ascendió la misma. Se argumenta que las máquinas fuera de sala se encontraban en desuso, pero ello no es cierto, los empleados de SABID S.A. debían reparar entre 25 y 30 máquinas por día, pero ello era aleatorio, dependía de

las necesidades del servicio.

De la lectura del Pliego Licitatorio referidos al mantenimiento de máquinas, surge en forma indubitable que SABID S.A. facturó lo que correspondería facturar.

- R. nunca dijo que existió facturación "al azar". El Tribunal repite una expresión que se le atribuye a nuestro representado, hasta dándole el efecto de una confesión, pero no indica concretamente cuando R. dijo que facturaba al azar. Ello es porque nunca lo dijo.

El error de la imputación inicial contra SABID S.A. se encontraría en que en el informe inicial del Tribunal de Cuentas no se había considerado las máquinas fuera de sala, pero que integraban el universo de máquinas a reparar. El contrato incluía la totalidad de los slots en funcionamiento, estén o no fuera de sala, no existe otra interpretación posible al pliego licitatorio, por ello todas las autoridades municipales que declararon en estos autos señalaron que las máquinas "disponibles" eran objeto de mantenimiento.

En consecuencia, surge que nunca ocurrió una facturación en el aire o al azar como afirma la sentencia, porque la I.M.M. nunca hubiera pagado por servicios que no se hubieran prestado, ya que

la cantidad de máquinas surgen del sistema informático de la I.M.M. y éste se lleva diariamente al menos desde el año 1993 y R. nunca dijo que hubiera facturado máquinas al azar.

- En el delito de Fraude se exige que un funcionario público proceda con engaño dañando a la Administración. En el caso, R. no era funcionario público. Fue absolutamente ajeno a la estrategia de B. la que no conoció sino hasta que estaba en marcha. No se advierte cómo podría tener dolo de engañar a la Administración, alguien que no es funcionario público y que por tanto, al no participar en actos o contratos, no tiene poder para hacerlo.

5°) Por Auto No. 591/2014, la Suprema Corte de Justicia resolvió dar ingreso a los recursos de casación interpuestos, y conferir traslado del mismo por el término legal (fs. 3.768).

6°) La Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 3° Turno evacua el traslado conferido postulando por los fundamentos que expone se desestime el recurso interpuesto, declarando que el fallo recurrido no causa nulidad (fs. 3.776 a 3.777 vto.).

7°) Por Resolución No. 887/2014, la Corte dispuso dar vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 3.779), quien, por Dictamen No. 01556 de

fecha 8 de mayo de 2014, consideró que procede el rechazo de los recursos en vista (fs. 3.781 a 3.787).

8°) Por Providencia No. 953/2014, la Corporación decretó: "Pasen a estudio y autos para sentencia, citadas las partes" (fs. 3.789).

9°) Atento a que el Sr. Ministro Dr. Julio César Chalar cesó en su cargo el día 5 de noviembre de 2014, se procedió a la correspondiente audiencia de integración, recayendo el azar en el Sr. Ministro Dr. Julio Olivera Negrín (fs. 3.812 y 3.819).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad desestimaré los recursos de casación interpuestos, al no advertirse que el Tribunal incurriera en las vulneraciones normativas alegadas, sino que por el contrario, subsumió adecuadamente los hechos de autos dentro de las disposiciones aplicables, no verificándose ninguno de los supuestos que permitan al órgano casatorio ingresar a su corrección.

Ello sin perjuicio de las distintas opiniones de quienes concurren a formar la voluntad de la Corte sobre los agravios fundados en la errónea valoración de la prueba.

II) En cuanto al recurso de casación deducido por la defensa de B. los Dres. Ruibal,

Larrieux, Chediak y Olivera Negrín postulan que adolece de defectos formales que impiden el estudio de fondo, por cuanto no menciona las normas de derecho infringidas ni tampoco invoca las causales de casación.

Básicamente sostiene que la Fiscalía no probó que el Cr. B. tuviera alguna participación espuria en los procesos licitatorios o en las decisiones administrativas que constituyeran las bases sobre las cuales se dispuso la solicitud de procesamiento y posterior condena del Cr. B., lo que deviene absolutamente insuficiente para entender que dio cumplimiento con los requisitos dispuestos en el art. 272 del C.P.P.

En consecuencia, consideran enteramente aplicables las consideraciones formuladas por la Corporación en Sentencia No. 1.315/2008: *"En efecto. La recurrencia no podrá prosperar, por no cumplir con los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 272 del C.P.P., siendo naturalmente compartibles las opiniones de De la Rúa y Morello que ya fueron recogidas por la Corte, entre otras, en Sentencia No. 424/97.*

En el referido pronunciamiento dijo la Corporación: *"La Suprema Corte de Justicia declarará inadmisibile el presente recurso de casación, toda vez que el recurrente no ha cumplido con*

los requisitos formales exigidos por el art. 272 nal. 1 del Código del Proceso Penal, pues no mencionó, en su escrito, las normas de derecho presuntamente infringidas o erróneamente aplicadas”.

“Como lo ha reiterado la Suprema Corte de Justicia, el recurso de casación es acentuadamente formalista, por lo que exige que se cumpla, estrictamente, con los requisitos de interposición y formales, preceptuados por los arts. 271 y 272 del Código del Proceso Penal”. “Este último precisamente, dispone que: ‘El escrito respectivo contendrá necesariamente: 1o.) La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas...’”.

“Señala DE LA RUA que los requisitos formales deben observarse, porque no son solemnidades innecesarias ni arcaísmos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal sino que ‘responden a la necesidad, siempre actualizada, de no quitar al recurso su carácter de medio de impugnación verdaderamente extraordinario, que supone -por eso mismo- el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo...’ (El recurso de casación, Ed. 1968, pág. 456)”.

“En coincidencia con esta opinión, expresa MORELLO: ‘No es de menor entidad -por

los gravosos efectos que conlleva su defectuosa atención en punto a satisfacer la carga de motivación técnicamente suficiente- la mención expresa de los preceptos legales que se habrían infringido...' (La casación, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, pág. 437)".

III) El redactor de la presente, por el contrario entiende que en la medida que se cuestiona la configuración del elemento culpabilidad inherente a la calificación típica, resulta una temática susceptible de ser considerada en casación.

Asimismo, en el ámbito del recurso de casación penal, conforme a lo establecido en el artículo 6 del C.P.P. es aplicable la norma del art. 270.1 del C.G.P. que admite como causal "...la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba".

Así, la infracción del art. 174 C.P.P. puede señalarse en casación por aplicación del art. 270 del C.G.P., convocado a regir el proceso penal por el art. 6 del C.P.P. que dispone: "*Las palabras y el espíritu de estas normas se integran con lo que disponen las leyes de la República, siempre que no se les opongan, directa o indirectamente*". El art. 270 C.G.P., lejos de oponerse o contradecir al art. 270 C.P.P., es claramente complementario de éste. Ambas disposiciones dicen, en su inciso primero, lo mismo: "*El*

recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma". Pero el art. 270 C.G.P., posterior en vigencia a su homónimo, precisa el concepto, en el sentido de que el mismo (infracción o errónea aplicación de normas de derecho) comprende, inclusive, *"...la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba"*.

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia, juzgando en casación, se encuentra habilitada al contralor de legalidad relativo a la valoración de la prueba realizada por el Tribunal y la referencia del inc. 2° del art. 270 C.P.P. en cuanto a que *"No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos"*, debe entenderse bajo reserva de que hayan sido debidamente valorados, por cuanto, ahora está claro, la errónea aplicación de las normas de derecho en el fondo o en la forma, comprende también la infracción de las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba.

Posición reforzada por ser doctrina más recibida y por haberse aprobado el régimen casatorio similar al C.G.P. al establecer el art. 369 de la Ley No. 19.293 (Remisión y particularidades) que: *"Con respecto al recurso de casación en materia penal se*

aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso...".

IV) El redactor de la presente, ingresando a su análisis entiende que no se advierte que la ponderación del cúmulo probatorio efectuada por el *ad quem* pueda considerarse reñida con las reglas de la sana crítica, sino que existe una ligazón lógica entre la prueba de autos y las conclusiones a las que se arriba en la impugnada, resultando correcta la adecuación típica de los hechos dados por probados, dentro de las figuras previstas en las normas aplicables configurantes de los delitos que se les imputara a los encausados.

En efecto, en cuanto a la calificación delictual de la prueba reunida en autos surge que B. incurrió en el delito de conjunción del interés personal y del público a título de coautor y G. y A. D. O., como autores. Pues estos últimos integraron la comisión asesora de la licitación que se llamó para proveer tragamonedas a los Casinos Municipales, habiéndose reunido plena prueba de los estrechos vínculos amistosos y familiares que tenían con integrantes de las empresas contratadas. Situación que era de pleno y acabado conocimiento del primero.

Calificación que resulta

correcta en tanto como señala la doctrina citada por la Sala es el caso de aquel que debe intervenir en las bases de un llamado a licitación, que sabe que en ese llamado participará como ofertante un familiar o un amigo. En tal caso, el precepto legal, le obliga a abstenerse de participar en la redacción de ese acto o contrato.

Delito que fue cometido con la modalidad de continuidad, existiendo un único designio criminoso.

Asimismo, resulta correcta la tipificación de B., G., A. D. O., D. y R. en el delito de Fraude previsto en el art. 160 que consiste en la conducta del funcionario público que directamente o por interpuesta persona, procediendo con engaño en los actos o contratos en que deba intervenir o razón de su cargo, dañe a la administración en beneficio propio o ajeno.

Dañar, como señala la Sala a fs. 3.685 es causar un perjuicio material que se traduce causando pérdidas o privación de lucro legítimos, daño a la administración que se produjo en autos. En tanto los encausados actuaron con engaño hacia la Administración en los actos o contratos que debieron realizar en razón de su cargo.

B. participó como autor y

los demás son coautores en la medida que también se encuentra incurso en tal delito quien no tiene competencias administrativas ni de decisión ni de contratación.

Asimismo resulta acreditada la participación de A. D. O., G., B. y R. en el delito de concusión regulado por el art. 156 del cuerpo legal citado los dos primeros en calidad de autores y los dos últimos como coautores.

Señala adecuadamente la Sala que el delito de fraude no absorbe al de conjunción del interés personal y del público, existiendo concurso teleológico (art. 56 del C.P.) en tanto el delito de conjunción facilitó que se pudiera engañar a la administración, causándole un daño en beneficio propio o ajeno (Fraude).

Al efecto firma: "B. *deshizo contrataciones regulares e hizo o recomendó contrataciones irregulares 'perfeccionadas' con sus asesores G. y A., lo cual se tradujo en pérdidas mayores a las que traía Casinos... con la connivencia de R. y D. M., en un beneficio económico cuya indeterminación es irrelevante para el delito de fraude. B., G. y A. 'convencieron' a gremialistas, cooperativistas y anteriores adjudicatarios para que colaboraran (Concusión)".*

De acuerdo a la reseña practicada, puede afirmarse que la plataforma fáctica relevada permite ser subsumida dentro de los presupuestos requeridos por la normativa aplicada por la Sala, no pudiendo imputarse al Tribunal haber calificado incorrectamente los hechos de autos sino que además la valoración de los elementos probatorios realizados por ambos órganos de mérito resultó correcta, en función de lo cual no corresponde sea revisada en grado casatorio.

V) En cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa de A. en lo que dice relación con la causal casatoria fundada en la violación del principio de congruencia la unanimidad de las voluntades coincide en que no le asiste razón, bastando para ello leer el fallo dictado en el primer grado de mérito.

Como bien manifiesta la Defensa, la sentencia dictada en segunda instancia, respecto a la condena del Sr. A., confirmó a la de primera. Lo que no advirtió el letrado fue que la sentencia de primera instancia señaló *in fine* que en todos los casos "...con descuento de las respectivas preventivas cumplidas..." (fs. 3.519 vto.), lo que determina que no exista error alguno susceptible de ser corregido en el grado casatorio.

En segundo lugar, la

Defensa cuestiona que su defendido haya actuado con engaño por lo que entiende que la Sala incurrió en error de derecho que daría mérito para la casación pretendida, sosteniendo que no se aportó prueba nueva ni diferente a aquella que fue utilizada como semiplena prueba.

En este aspecto los Dres. Ruibal, Larrieux, Chediak y Olivera Negrín frente al cuestionamiento de la valoración de la prueba que efectuó el Tribunal, reiteran lo sostenido por la Corporación, *"...la imputación de infracción en la valoración probatoria (art. 174 C.P.P.) no es estimable en casación penal, puesto que, en el grado, debe estarse necesariamente a los hechos tenidos por probados por el tribunal de mérito, los cuales según edicta categóricamente la regla contenida en el art. 270 del C.P.P., no podrán discutirse y se tendrán por verdaderos (cf. Sentencias Nos. 161/02, 398/03, 24/06, entre otras).*

En suma, para determinar si el Tribunal efectuó una correcta subsunción de los hechos dentro del derecho aplicable, la Corte debe partir de la plataforma fáctica tenida por cierta por el órgano de mérito actuante en segunda instancia, pues de lo contrario, so pretexto de discutir el derecho aplicable, se reexaminarían en vía casatoria los hechos dados por probados, lo que, como se expresara, se

encuentra terminantemente prohibido en materia penal.

Se evita el ingreso, aunque sea en forma indirecta, al campo de los hechos o, dicho de otra manera, no admitiendo el juzgamiento de un error de derecho cuando dentro del mismo se pueda llegar a la crítica de las consideraciones del Juez, inclusive del proceso lógico que hubiera aplicado para determinar los hechos (Vescovi, Derecho procesal, T. 6, 2a. Parte, págs. 167, 170, 171; De La Rúa, El recurso de casación, págs. 119, 305 de la Ed. 1968; Sentencia S.C.J. No. 44/2004).

En reiteradas oportunidades la Corte expuso el criterio que el art. 174 del C.P.P. consagra a los efectos de la valoración de la prueba el sistema de la sana crítica, otorgándole al magistrado la libertad para apreciar la eficacia persuasiva de la prueba, teniendo como único límite el que el juicio sea razonable, adecuado a las Leyes de la lógica y debidamente explicitado, de forma de permitir el control de su logicidad (Sentencia No. 132/99, etc.).

Por ello, la función de la Corte en sede de casación es la de tomar el hecho narrado por el Tribunal o tenido por probado como tal, para reexaminar, eso sí, la calificación jurídica, precisando si es apropiada a aquél, pues el recurso sólo puede fundarse en una infracción o errónea aplicación de

la Ley, en el fondo o en la forma, no pudiendo discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos, respetando la intangibilidad del material probatorio recogido por el Tribunal de mérito (El nuevo Código del Proceso Penal, con estudio preliminar del Prof. Arlas, pág. 18, Ed. F.C.U. 1980; Sentencias S.C.J. Nos. 50/94, 158/2003, 22, 44/2004, etc.)” (cfe. Sentencia No. 83/2008).

El redactor de la presente como se señalara *ut supra* entiende que en el caso, no se advierte que la ponderación del cúmulo probatorio efectuada por el *ad quem* pueda considerarse reñida con las reglas de la sana crítica, no advirtiéndose errónea aplicación normativa que corresponda ser corregida en el presente grado.

VI) En lo que dice relación con el recurso de casación interpuesto por la defensa del coencausado R., los Sres. Ministros Dres. Ruibal, Larrieux, Chediak y Olivera Negrín postulan que la defensa pretende una nueva discusión sobre los hechos que fueron tenidos por probados por la Sala y en la medida que pretende que la Corporación ingrese en el análisis o valoración de los hechos que el tribunal de mérito dio por probados, conforme se señaló, no constituye causal revisable en grado anulatorio, remitiéndose el redactor de la presente a las

consideraciones expuestas en los numerales precedentes.

La unanimidad de las voluntades coinciden en la solución desestimatoria del agravio que ejercita la defensa de R. al cuestionar la pena que se determinara en la alzada, en la medida que de acuerdo a la norma aplicable la establecida no excede el máximo legal.

La mayoría de las voluntades entiende aplicables las consideraciones formuladas por la Corporación, entre otras, en Sentencia No. 239/2005: *"...si la pena impuesta no supera el máximo legal, su determinación resulta incensurable pues tal individualización depende de una serie de elementos y apreciaciones de hecho (art. 86 del C. Penal) que sólo pueden ser evaluados por el Juez en el ejercicio de sus poderes discrecionales (Vide Sentencias Nos. 53 y 123/90, 54/92, 86/96, entre otras).*

Asimismo, la doctrina ha entendido que en casos en los cuales las normas vigentes otorgan al Juez determinados poderes discrecionales, ya sea expresa o implícitamente, es natural que en su ejercicio regular, la sentencia no podrá ser juzgada en casación, pues no podrá existir, al respecto, ni infracción ni errónea aplicación (Cfe. Vescovi, 'El Recurso de Casación', pág. 82), circunstancia que ha sido constatada en la especie".

El Dr. Pérez Manrique considera que no obstante ser cierto que en principio existe un ámbito de discrecionalidad en la aplicación de la pena, en determinados supuestos podría ingresarse a su análisis cuando exista una inconsistencia lógica que conlleve a establecer penas eventualmente ilegales o arbitrarias, las que habilitarían a la Corte a su corrección en sede casatoria.

Las pautas de determinación de la pena están dadas por el inciso 1° del artículo 86 del Código Penal, señalándose que se ha querido dar amplitud al Juez en el proceso lógico de ajuste por oposición al régimen de grados del Código Penal de 1989.

La referida norma establece: *"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 número -sobre todo la calidad-, de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el hecho"*.

El artículo corporiza la posición acentuadamente defensista del autor del Proyecto de Código, incorporando elementos propios de la personalidad del delincuente, como los antecedentes y la

peligrosidad que no parecen responder a un criterio de responsabilidad por acto.

Langón señala al comentar el artículo que: *"Pena legal será aquella que se encuentre entre los extremos mínimos y máximos fijados por cada tipo de delito, pero pena justa es aquella que retribuye adecuadamente, conforme a las pautas que indica la ley, la conducta antijurídica y culpable del sujeto, refiriendo a un hecho del pasado del cual es la consecuencia jurídica principal"* (Código Penal, Tomo I, 2ª Edición, pág. 323).

En casos como el de autos, habiéndose deducido agravio por la Defensa en sede de casación la Corte se encuentra habilitada para considerar la debida adecuación entre el estándar legal de individualización de la pena y el resultado del proceso de determinación del caso concreto.

En función de ello, al entender que en la especie el monto de la pena impuesta se compece con la razonable aplicación de las pautas establecidas en el artículo 86 del Código Penal, y en el caso concreto teniendo en cuenta los hechos relevados en la causa y los antecedentes de los indagados, entiendo que la pena aplicada está racionalmente justificada y no excesiva.

VII) Las costas, de oficio.

Por estos fundamentos, la
Suprema Corte de Justicia, integrada y por unanimidad,

FALLA:

**DESESTÍMANSE LOS RECURSOS DE
CASACIÓN INTERPUESTOS, DECLARANDO DE OFICIO LAS COSTAS
CAUSADAS .**

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE .

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JORGE RUIBAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. JULIO OLIVERA NEGRÍN
MINISTRO**