

//tencia No. 208

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, dos de marzo de dos mil veintitrés

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria esta causa caratulada: **"AA. BB - HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO - CASACIÓN PENAL"**, IUE: **429-10197/2001**, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal Letrado Nacional Especializado en Crímenes de Lesa Humanidad, Dr. Ricardo Perciballe, contra la sentencia interlocutoria No. 491, de fecha 19 de agosto de 2020, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por el mencionado, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno [Sres. Ministros Dres. Balcaldi (r), Míguez y Tapié] falló: *"Revócase la sentencia interlocutoria apelada y, en su lugar, desestímase la reapertura del juicio solicitada. Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen"* (fs. 2867-2877 vto.).

A su vez, el pronunciamiento anterior emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Paso de los Toros de 2do. Turno [a cargo, en ese entonces, de la Dra. Naama Cóccaro

Calcerrada] por sentencia No. 108, de fecha 17 de junio de 2019, había fallado: "1- Declárase sin efecto el sobreseimiento dispuesto por providencia N° 1188/2013 de fecha 20/12/2013 de fs. 2286 respecto de AA. 2- Líbrese los oficios solicitados por la Fiscalía Letrada en Crímenes de Lesa Humanidad a fs. 2413 vto, otorgándose a las instituciones requeridas un plazo de 15 días hábiles, a contar desde la fecha en que se reciba el oficio, para remitir dicha información a la Sede. 3- Fecho, de lo informado confiérase vista a la Fiscalía Letrada en Crímenes de Lesa Humanidad y a la Defensa. 4- Evacuada o vencida, vuelvan para convocar a audiencia a los efectos de diligenciar la prueba testimonial ofrecida por la Fiscalía Letrada en Crímenes de Lesa Humanidad a fs. 2413 vto. (...)" (fs. 327/330 vto.).

II.- En tiempo y forma, la Fiscalía actuante interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el "Ad Quem". Los fundamentos brindados en el libelo introductorio del medio impugnativo (fs. 2881-2908) son, básicamente, los siguientes.

a) Se vulneró el principio "tantum devolutum tantum appellatum" dado que la Defensa de AA solo se agravió en lo atinente a la anulación del sobreseimiento, pero no de la reapertura de la causa.

b) Se equivocó el Tribunal

en la forma en que interpretó el principio de "*non bis in ídem*" y el artículo 3 del CPP (1980). En primer lugar, AA no fue condenado en los presentes autos y, la supuesta prohibición de doble juzgamiento no se puede extraer del artículo en cuestión dado que dicha norma lo que vedó fue el doble procesamiento. Asimismo, las normas internacionales en las que se basó el Tribunal no contemplan las hipótesis de autos.

c) Se desconoció lo dispuesto en los artículos 10 y 68 del CPP. Además, en el caso de autos no resulta de aplicación la doctrina de los actos propios.

d) Adujo que se vulneró el derecho a la verdad y a la tutela judicial efectiva conforme lo dispuesto por los artículos 1.1, 8.1, 25, 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, expresó que se incumplió con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs Uruguay.

III.- Por providencia No. 529, de fecha 27 de agosto de 2020, se elevó la causa a esta Corporación. La misma fue recibida el día 2 de septiembre de 2020 (fs. 2917).

Luce a fs. 2918 constancia de la Sra. Ministra, Dra. Bernadette Minvielle, en la cual se declaró inhibida de oficio.

IV.- Por decreto No. 779, de fecha 24 de agosto de 2021, se ordenó el pase de las actuaciones a estudio de los Sres. Ministros a los efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto (fs. 2920).

V.- Por sentencia interlocutoria No. 1328, de fecha 10 de noviembre de 2021, la Suprema Corte de Justicia, con el concurso de voluntades de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Pérez y el redactor, declaró admisible el recurso interpuesto por el Ministerio Público. Asimismo, dispuso no dar traslado del recurso a la Defensa, pues AA falleció por lo que ordenó a la Oficina la agregación de testimonio de la partida de defunción (fs. 2925-2931).

VI.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde hacer lugar al recurso movilizado (dictamen No. 000010 de 2 de febrero de 2022, obrante a fs. 2940/2948 vto.).

VII.- Por decreto No. 78, de fecha 10 de febrero de 2022 (fs. 2950), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

VIII.- En virtud de que la Sra. Ministra, Dra. Bernadette Minvielle se declaró inhabilitada de oficio, por resolución No. 1498, de fecha 11 de octubre de 2022, se dispuso la realización de sorteo

a los efectos de la correcta integración de este órgano.

El azar designó para integrar este Cuerpo a la Sra. Ministra, Dra. Graciela Eustachio.

IX.- Culminado el estudio de la causa, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia acogerá, en parte el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público y, en su mérito, anulará la recurrida en cuanto "*desestimó la apertura del juicio solicitada por Fiscalía*" y dispondrá que se continúe la investigación tal como fuere dispuesto por la "*A Quo*" en la sentencia interlocutoria No. 108/2019.

Asimismo, de conformidad con el artículo 107 del Código Penal, corresponde declarar la extinción del delito respecto de AA dado que a fs. 2960 luce partida de defunción.

II.- Ahora bien, a los efectos de resolver el presente recurso de casación, la Corte estima oportuno repasar las principales actuaciones obrantes en la causa, pues su correcto historial facilita la resolución de los diversos agravios.

De la compulsada del expediente se observa que el día 17 de diciembre de

2012, se presentó la entonces Fiscal Letrada Departamental de Paso de los Toros, Dra. Angelita Romano, en la causa caratulada "BB.AA. - HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO" IUE: 429-10197/2001, dedujo acusación y solicitó se condene al encausado AA como autor de un delito de homicidio muy especialmente agravado a la pena de veintidós (22) años de penitenciaría y a BB como autor penalmente responsable de un delito de homicidio muy especialmente agravado a la pena de veintitrés años de penitenciaría, con descuento de la detención sufrida (fs. 1996-2009).

Recordemos que ambos fueron imputados por el homicidio de CC.

Evacuados los traslados respectivos, se abrió la causa a prueba y el Sr. Fiscal Letrado Departamental de Paso de los Toros, Dr. Fernando Pérez D'Auria, por dictamen No. 2693 glosado a fs. 2209-2285, solicitó se disponga *"sin más trámite el sobreseimiento de los Señores AA y BB y clausura de este proceso e inmediata libertad del Sr. BB, el cual se encuentra bajo prisión preventiva. Fecho se remitan estas actuaciones ante el Juzgado en lo Penal de 1er. Turno de Montevideo, en virtud de que existen elementos de convicción suficientes para considerar que el fallecimiento de CC se produjo en el Grupo de Artillería N° 1, denominado 'La Paloma', sito en la*

calle Santín Carlos Rossi, Barrio del Cerro, Montevideo...".

Por interlocutoria No. 1188, de fecha 20 de diciembre de 2013, el Juzgado Letrado de Paso de los Toros, dispuso: *"Decrétase el sobreseimiento de AA y BB; oficiándose para la inmediata puesta en libertad definitiva del primero de los nombrados, dado que el segundo no se encuentra a disposición de esta causa, siendo de oficio las prestaciones causadas... Asimismo, dado que existen nuevos elementos respecto del hecho denunciado oportunamente ante la Sede Letrada de Primer Turno de Montevideo, remítase testimonio completo de las presentes sin otro trámite"* (fs. 2286).

Efectuadas las comunicaciones de rigor, se remitió en consulta a la Suprema Corte de Justicia y, no existiendo observaciones, se devolvió al Juzgado de procedencia.

Sin que exista constancia de haberse efectuado el testimonio ordenado por interlocutoria No. 1188, la causa se archivó el día 16 de septiembre de 2014 (véase constancia de fs. 2313 vto.).

El día 2 de abril de 2019 se presentó el Fiscal Letrado Nacional de Crímenes de Lesa Humanidad y manifestó que, en base a un informe

periodístico al que tuvo acceso, surge un hecho nuevo que la justicia necesariamente deberá analizar. En consecuencia, solicitó el desarchivo de la causa y se oficie al MDN (fs. 2324-2325).

Por decreto No. 71/2019, la Sra. Jueza dispuso el desarchivo y que *"en forma previa a proveer sobre lo solicitado en el numeral 3 del escrito de fs. 2324 a 2325, teniendo en cuenta lo actuado a fs. 2283 a 2285, lo dispuesto por providencia N° 1188/2013 de fecha 20/12/2013 de fs. 2286 y lo establecido en los arts. 235 y 238 del C.P.P/80, aclare la F.G.N su pretensión la que deberá ser fundada en derecho..."* (fs. 2328).

A fs. 2403 y ss., compareció la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad y evacuó el traslado conferido. En lo medular, solicitó el desarchivo de las actuaciones y, una vez dispuesto, se continúe adelante con la instrucción, oficiando al MDN, Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República y CRY SOL. Además, se cite a declarar a BB, DD, EE y FF.

Escuchadas las Defensas, por sentencia interlocutoria No. 108/2019, de fecha 17 de junio de 2019, la Sra. Jueza Naama Cócáro, declaró sin efecto el sobreseimiento dispuesto por providencia No. 1188/2013 de fecha 20 de diciembre de 2013 de fs.

2286 respecto de BB y ordenó librar los oficios solicitados por la Fiscalía actuante, además de oportunamente convocar a audiencia a los efectos de diligenciar la prueba testimonial ofrecida (fs. 2432-2463).

Frente a la resolución que antecede, compareció BB, designó defensa, interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio y nulidad, además de señalar la incompetencia de la Sede.

En lo que aquí interesa, luego de explicitar el alcance del sobreseimiento, la violación del principio del *non bis in ídem*, existencia de cosa juzgada y remarcar el cambio operado por la Sede al tildar el delito de lesa humanidad, solicitó la nulidad de la resolución que dejó sin efecto el sobreseimiento. Por último, se refirió a la incompetencia de la Sede. En especial, enfatizó: "*otra sede en Montevideo tomó conocimiento en la causa antes que el Juzgado de Paso de los Toros de 2º Turno. Por lo tanto, en caso de iniciarse la investigación, para otras personas, no para Gavazzo claro está, debería remitirse el expediente a Montevideo*" (fs. 2497).

Una vez escuchada la Fiscalía actuante, por interlocutoria No. 63, de fecha 20 de mayo de 2020, se desestimó la excepción de incompetencia. Asimismo, se desestimó el recurso de reposi-

ción deducido y en su mérito mantuvo en todos sus términos la interlocutoria No. 108/2019. Por último, franqueó el recurso de apelación deducido, con efecto suspensivo.

Elevada la causa, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno, por interlocutoria No. 491/2020, acogió el recurso por no compartir los fundamentos brindados con relación a que se dejó sin efecto el sobreseimiento operado. Más aun, desestimó la reapertura del juicio solicitada.

Frente a la sentencia que antecede, compareció el Fiscal Letrado Nacional Especializado en Crímenes de Lesa Humanidad e interpuso el recurso de casación objeto del presente pronunciamiento.

Ahora bien, tal como se puso de manifiesto en la interlocutoria que resolvió la admisibilidad del recurso de casación, el hecho de que haya fallecido BB no determina en lo más mínimo que el recurso interpuesto por la Fiscalía carezca de objeto dado que el Tribunal resolvió dos cuestiones diferentes. En efecto, además de revocar la sentencia de la "A Quo", por la cual se dejó sin efecto el sobreseimiento, concluyó que no se puede reabrir el juicio. En otras palabras, respecto de la muerte de Gomensoro, a juicio del Tribunal, la Fiscalía no puede continuar

investigando qué responsabilidad cabe y a quiénes corresponde imputarla.

En definitiva, si bien el recurso de casación movilizado perdió parte de su objeto dado que BB falleció y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código Penal corresponde declarar la extinción del delito respecto de su persona, en el presente recurso se deberá analizar los agravios esgrimidos por Fiscalía relativos a la imposibilidad de continuar con la investigación a los efectos de determinar qué responsabilidad cabe y a quiénes con relación a la muerte de Gomensoro.

En otras palabras, de mantenerse el fallo del Tribunal, la Fiscalía actuante no podría continuar con la investigación, pues se revocó la interlocutoria dictada por la "A Quo".

III.- Tal como se adelantó, y por unanimidad de pareceres, a juicio de la Corte debidamente integrada, corresponde revocar la decisión de la Sala, pues lo fallado fue más allá de lo peticionado en el recurso. En consecuencia, se revocará en dicho punto lo dictado por la Sala y la investigación deberá continuar tal como fuere ordenado por la Sra. Jueza "A Quo".

En efecto, al momento de interponer el recurso de apelación, la Defensa de BB se

agravió únicamente respecto a la anulación del sobreseimiento dispuesto, no así en relación a la reapertura de la causa. A poco que se observe el alcance del recurso de apelación interpuesto por la Defensa, que luce de fs. 2484-2498, puede determinarse que no fue objeto de agravio por parte del recurrente la reapertura de la causa.

En ese sentido, y en el marco del proceso penal en trámite, deviene de inexorable aplicación la máxima *tantum devolutum tantum appellatum*, mediante la cual el órgano de segunda instancia encuentra como límite el alcance del agravio formulado por el recurrente. Tal como señaló este Alto Cuerpo en sentencia No. 727/1996 -sin perjuicio de dejar en claro la existencia de doctrina y jurisprudencia en sentido contrario-: "*Por otra parte, como destaca Couture, en términos conceptuales trasladables a la materia penal, 'La apelación, o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior'* (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, edición 1958, pág. 351), dicho de otro modo: uno de los presupuestos de la impugnación -y como principio-, es la existencia de un agravio o de un perjuicio. 'Si, como dijimos, el fundamento del medio impugnativo es la injusticia del

acto que contiene el vicio, resulta lógico que se requiera, como primer presupuesto, que exista dicha injusticia reflejada en la situación del impugnante. Y por ello que se requiera un gravamen o perjuicio' (Enrique Véscovi, op. cit. Pág. 29). Esto es, el recurso se ha estructurado -salvo alguna excepción prevista a texto expreso (Código del Proceso Penal, art. 255, inc. 2º)-, y como ocurre tratándose de los demás medios impugnativos de las decisiones jurisdiccionales, sobre la base del agravio o del perjuicio ocasionado al recurrente. Medio que puede ser utilizado cuando existe insatisfacción total o parcial y como garantía del doble examen de mérito. Motivo por el cual, entonces, el efecto devolutivo que le es connatural -y más allá de lo equívoco del término, el que se explica por razones históricas-, importa '... la inmediata sumisión del asunto al juez superior (que está llamado, en el orden de la ley, a conocer de él)' (Couture, op. cit., págs. 352 y 366). Expresado de otra manera, el efecto devolutivo tiene una clara manifestación: la 'sumisión' al superior hace cesar los poderes del 'a-quo' y aquél asume la facultad de revocación dentro de los límites del recurso, amén de comprender la facultad de controlar la procedencia misma de la impugnación. Dicho efecto devolutivo no ha sido concebido con alcances plenos o totales, antes

bien, se encuentra limitado en diversos aspectos: por un lado, en cuanto al objeto del proceso, pues el mismo no puede ser distinto al de primer grado, que se conforma, en el caso, por la pretensión penal contenida en la acusación formulada por el Ministerio Público y la articulación de la defensa del o de los encausados; y, por el otro, en cuanto a la expresión de agravios propiamente dicha, lo que hace actuar los principios del 'tantum devolutum quantum appellatum' y la 'non reformatio in pejus'. Lo que, precisamente, son manifestaciones consecuenciales del principio de congruencia y, por lo tanto, derivados del principio dispositivo, el que se vincula con la forma acusatoria. Y se dice se vincula, porque no siempre la estructura o forma acusatoria aparece regida por el principio dispositivo: en la medida en que puede erigirse su realización -al menos, respecto de algunos actos- en deber público, imponiéndose entonces su cumplimiento. Por ello, se ha podido afirmar: 'Puede ocurrir que el proceso se rija por el principio acusatorio, o de iniciativa de parte y sin embargo, sea indispensable para la parte que lo debe iniciar e impulsar' (Luis A. Viera, Sobre la estructura externa del proceso penal, en Rev. El Derecho, N° 88, pág. 222; CC del redactor, El proceso de menores: roles del juez, fiscal y defensor (visión constitucional y legal), en La

Justicia Uruguaya, t. CXI pág. 197, y en Ajuris, Revista de la Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, N° 64, pág. 132). Aunque, es claro, no puede negarse una estrecha vinculación entre el principio dispositivo, en cuanto limitación a las propias facultades del juzgador y el principio -o más exactamente, la forma acusatoria-, en el que también se requiere la petición del titular de la pretensión punitiva: 'Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público... '(Constitución, art. 22). En realidad, el principio dispositivo asume en el proceso penal la forma o estructura acusatoria. Pero lo fundamental, es destacar la vinculación que existe entre el aforismo 'tantum devolutum quantum appellatum'; regulador de la congruencia en la alzada y el principio de la 'non reformatio in pejus'; con igual orientación y según el cual no es legítimo resolver en perjuicio del apelante. Esto es, en un primer sentido, 'Igualmente en apelación el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura' (Piero

Calamandrei, Apuntes sobre la reformado en pejus, en Estudios sobre el proceso civil, pág. 301) y desde el otro, '... al tribunal interviniente en grado de apelación, consiste en atribuirle una competencia revisora restringida a los aspectos de la resolución impugnada que le resultan desfavorables a la quejosa. Por ende, el superior no puede modificar lo resuelto por el a quo en sentido favorable a las pretensiones del impugnante, a menos que su contraparte recurriera de esa parte de la resolución del inferior' (Peirano, op. cit. Pág. 68)" (Cfme. sentencia No. 727/1996, LJU 13.122).

Es claro entonces, que el Tribunal excedió tal principio al momento de resolver sobre una cuestión que no fuera planteada por la Defensa. En ese sentido, el desarchivo de la causa era una cuestión saldada, desde el momento que no se generó embate crítico alguno por ninguna de las partes.

Dicha cuestión procesal tiene gran relevancia en el expediente de obrados ya que sobre la reapertura de la causa no debió el Tribunal expedirse al respecto desde el momento que tal decisión no le generó agravio a la recurrente.

Sabido es que la medida de la apelación es la medida del agravio, por lo que, si las partes consienten la decisión de primera instancia,

el Tribunal "Ad Quem" no puede revisar lo resuelto en el grado procesal inferior, so riesgo de incurrir en incongruencia, extremo que acaece en el caso concreto desde el momento que la Defensa de BB no atacó dicho aspecto.

Es decir que el accionar del Tribunal se encuentra limitado al planteo de los agravios formulados por las partes y la única excepción se encuentra en lo dispuesto por el artículo 255 del Decreto-Ley No. 15.032, norma que no resulta de aplicación al caso concreto.

IV.- Con relación a los demás agravios formulados por el Ministerio Público, no corresponde emitir pronunciamiento alguno, ya que todos ellos refieren al sobreseimiento del imputado BB el cual no corresponde que sea analizado por las razones expresadas en párrafos anteriores.

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

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

FALLA:

**DECLÁRASE LA EXTINCIÓN DEL
DELITO RESPECTO DE BB EN ESTRICTA APLICACIÓN DEL**

ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO PENAL.

AMPÁRASE EN PARTE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA FISCALÍA ACTUANTE Y, EN SU MÉRITO, ANÚLASE LA RECURRIDA EN CUANTO "DESESTIMÓ LA REAPERTURA DEL JUICIO SOLICITADA" Y, EN SU LUGAR, SE DISPONE QUE SE CONTINÚE CON LA INVESTIGACIÓN TAL COMO FUERE DISPUESTA POR LA "A QUO" EN LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA No. 108/2019.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

NOTIFÍQUESE A DOMICILIO, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DRA. DORIS MORALES
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
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. GRACIELA EUSTACHIO
MINISTRA**

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