

//tencia N° 990

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, primero de setiembre de dos mil veinticinco

VISTOS:

Para sentencia definitiva, en estos autos caratulados: **"AA - REITERADOS DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AL PUDOR, TODOS EN REITERACIÓN REAL ENTRE SI - CASACIÓN PENAL"**, IUE: 2-107080/2023, venida a conocimiento de esta Suprema Corte de Justicia en mérito al recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Letrada en lo Penal de Montevideo de Delitos Sexuales de Cuarto Turno, contra la sentencia definitiva N° 60, de fecha 23 de diciembre de 2024, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 150/2024 de fecha 14 de junio de 2024, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 44° Turno, a cargo de la Dra. María Sol Bellomo, se falló: *"Condenando a AA, como autor penalmente responsable de reiterados delitos de atentado violento al pudor, todos en reiteración real entre sí, a la pena de seis (06) años de penitenciaría, con descuento de la medida cautelar cumplida y siendo de su cargo los gastos accesorios de rigor (artículo 105 literal E) del Código Penal).*

Dispónese la pérdida de la patria potestad, por igual plazo al de la condena, conforme a lo previsto en el artículo 81 numeral 3 del Código Penal.

Oportunamente, téngase presente lo preceptuado en el artículo 81 de la Ley 19.580. (...)" (fs. 49/66 vto.).

II) Por sentencia definitiva de segunda instancia N° 60/2024 de fecha 23 de diciembre de 2024, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno (Sres. Ministros: Dres. Eustachio (red.), Torres y Reyes), se falló: *"Confírmase la sentencia N° 150/2024 salvo en cuanto al monto de la pena, disponiéndose en su lugar tres (3) años y seis (6) meses de penitenciaría. (...)" (fs. 99/113).*

III) En tiempo y forma, la Fiscalía actuante interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el *"Ad Quem"* (fs. 120-131). Los agravios articulados se pueden resumir en que existió errónea aplicación de la norma de derecho en lo relativo a la individualización de la pena y en cuanto a la acreditación de la peligrosidad del imputado Fasini. Así, el Tribunal aplicó un criterio jurisprudencial, sin fundamento normativo ni jurídico, para sostener que no resulta conveniente elevar los mínimos de las penas en delitos que se castigan severamente sin una debida

justificación. En otras palabras, en ningún caso las pautas legales para la individualización de la pena establecen tener en cuenta si los mínimos legales son severos o no para fijar el *quantum* de la misma. No hay norma que prohíba estar en los máximos de la pena; por el contrario, el artículo 54 del Código Penal permite al juez aumentar la pena, incluso puede llegar hasta las dos terceras partes. Además, el artículo 50 habilita al Juez a llegar al máximo de la pena, teniendo presente las circunstancias agravantes. No existió fundamentación jurídica a la hora de justificar la reducción de la pena. El Tribunal no motivó su decisión lo cual determina que haya actuado en forma arbitraria. Al exigir una Pericia a la hora de aplicar el concepto de peligrosidad del imputado para calibrar la pena, el Tribunal estableció una exigencia probatoria imposible.

En definitiva, peticionó que se anule la recurrida y se establezca la pena en el mismo guarismo que individualizó la "A Quo".

IV) Por providencia N° 48, de fecha 10 de febrero de 2025 (fs. 132), se confirió el traslado de rigor. A fs. 137-139 lo evacuó la Defensa del imputado quien bregó por su rechazo.

V) Por decreto N° 90, de fecha 7 de marzo del 2025, se resolvió franquear el recurso de casación interpuesto. A fs. 143 vto., el Sr.

Secretario Letrado de la Sala expresó: "...17/3/2025. Se deja constancia que por Decreto N° 2532/24 fechado el día 29/8/24 el Sr. Juez Ltdo dispuso mantener la medida cautelar de prisión al Sr. AA hasta que quede ejecutoriada la Sentencia de autos".

VI) La causa fue recibida en esta Corporación el 19 de marzo de 2025 (nota de cargo de fs. 145).

VII) Los autos pasaron en vista a la Sra. Fiscal de Corte (S) quien, en su dictamen, concluyó que corresponde desestimar el recurso movilizado (dictamen N° 029 de fecha 23 de abril de 2025, que obra a fs. 149-152).

VIII) Por decreto N° 421, de fecha 30 de abril de 2025 (fs. 154), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia y culminado se acordó emitir pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus integrantes, entiende que corresponde amparar el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, anular la sentencia impugnada exclusivamente en cuanto redujo la pena impuesta al encausado y, en su lugar, mantener el guarismo punitivo fijado en la sentencia de primera instancia (6 años de

penitenciaria). Ello, en mérito a los fundamentos que pasan a exponerse.

II) La Sra. Jueza de primera instancia sostuvo en su sentencia que: *"(...) surge plenamente probado que el imputado AA desplegó la conducta que se encuadra en la figura típica descrita en el artículo 273 del Código Penal, agravada por ser el sujeto pasivo menor de doce años.*

II) *Es decir, que la Fiscalía logró probar con el estándar de certeza requerido, que el imputado cometió los aberrantes actos atribuidos inicialmente.*

En efecto, AA, en el marco de una relación de confianza que existía con la entonces niña [su hijastra BB], comenzó a abusar de ella desde sus siete u ocho años hasta los doce aproximadamente, en forma reiterada y prevaleciéndose de su condición de cuidador de ella.

Es decir, lejos de asumir el rol de padre o comportarse como un verdadero referente adulto para la vida, crecimiento y desarrollo de una niña, perpetró los actos más aberrantes corrompiendo su inocencia y atacando completamente su integridad.

Los hechos se acompañaron de amenazas que son típicas en este tipo de delitos y

que determinaron en BB la imposibilidad durante años por un clarísimo temor, de poder expresar su situación, de contar lo vivido y así cesar con la tortuosa historia que vivía.

III) BB luego de seis años logra develar su situación, primero se lo cuenta a su madre, luego a CC, luego a su psicóloga DD, así como a las técnicas del equipo multidisciplinario del Hospital Policial, reiterando además este relato ante la perito de ITF Lic. VALETTI y posteriormente ante la Sede Judicial en la etapa de garantías.

La adolescente con todo el temor que tenía logró contar que la tocaba en sus partes íntimas, que hacía que ella tocara su pene, le daba besos en la boca, le hacía sexo oral y la obligaba a hacérselo a él, situación que pese a la frecuencia diaria o casi diaria durante años, cesó en el año 2016 cuando la víctima pasó a dormir en una cama cucheta.

IV) Estos hechos y en atención a la fecha de su consumación encuadran en la figura descripta en el artículo 273 del Código Penal, teniendo presente su reiteración".

La A Quo relevó como circunstancia atenuante la primariedad absoluta (en vía analógica), como agravante genérica el abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación y como

agravante específica la edad de la víctima (art. 273 inc. final CP).

En cuanto al guarismo punitivo, aplicó la pena de 6 años de penitenciaría, que fuera solicitada por la Fiscalía actuante.

La sentencia de primer grado fue apelada por la Defensa, quien se agravió exclusivamente por no haberse computado la atenuante de buena conducta y por el monto de la pena.

La Sala amparó ambos agravios en forma parcial. Respecto a las alteratorias, tuvo por acreditada, en lugar de la primariedad absoluta, la buena conducta anterior del imputado. En cuanto a la pena, la redujo a 3 años y 6 meses de penitenciaría.

III) En el recurso que nos ocupa, la Fiscalía expresó dos agravios: i) que el Tribunal aplicó erróneamente las normas relativas a la individualización de la pena (arts. 50, 51, 53, 54 y 86 del Código Penal); ii) que la Sala, al aplicar el concepto de peligrosidad del imputado, estableció una exigencia probatoria imposible.

Por razones de lógica, se invertirá el orden de los agravios propuesto por la recurrente, puesto que, para pronunciarse respecto a la individualización de la pena, antes debe definirse si es

o no jurídicamente correcto el descarte por la Sala de la peligrosidad del agente, aspecto que tiene relevancia al momento de determinar el monto punitivo (arts. 50, 53 y 86 CP).

IV) En su libelo, sostiene la Fiscalía que el Tribunal, al aplicar el concepto de peligrosidad del imputado para calibrar la pena, estableció una exigencia probatoria imposible.

Adujo que la Sala, al convocar en su fundamentación lo dispuesto en el art. 89 del Código Penal, hizo una errónea aplicación de la norma, en la medida en que ésta establece las pautas de individualización de la pena de los cómplices, cuando, en el caso, Fasini fue condenado como autor.

Por otro lado, expresó que el Tribunal entendió que la peligrosidad no fue acreditada por no haberse agregado una Pericia que informe sobre ese aspecto. Sin embargo, anotó la recurrente, en nuestro ordenamiento jurídico el imputado en su calidad de tal puede consentir o no la realización de Pericias sobre su persona, incluso puede guardar silencio si así lo desea (art. 64 CPP), por lo que es una prueba que se torna imposible de realizar en caso de que el sujeto activo no consienta su realización, y no por ello se descarta la peligrosidad del agente.

Sostuvo que el concepto de

peligrosidad se debe medir en base a otros parámetros y no únicamente en cuanto a si existe o no una pericia. Se debe tener presente el tipo de delito que se cometió, la edad de la víctima, el vínculo entre ésta y el agente, así como también el *modus operandi* utilizado.

En el punto, le asiste razón a la recurrente.

En primer lugar, no se comprende la transcripción que hace la Sala del art. 89 del Código Penal, norma que regula la penalidad de los cómplices, asunto completamente ajeno al presente caso, en que AA ha sido condenado como autor.

De todas maneras, no se advierte que lo normado en dicho precepto legal haya sido especialmente tenido en cuenta por el Tribunal para seleccionar la pena a aplicar al imputado, por lo que cabe concluir que se trata de un error no determinante del fallo, no pasible de causar la nulidad de la sentencia atacada (conforme art. 270 inc. 2 del CGP, aplicable al proceso penal en mérito a la remisión efectuada por el art. 369 del CPP).

En segundo lugar, es jurídicamente incorrecto el descarte por parte de la Sala de la peligrosidad del agente.

Sobre el punto, el Tribunal se limita a efectuar una cita de Irureta Goyena

y otra de Cairoli, a transcribir el art. 89 del CP y a expresar que: *“En el caso que nos ocupa, no surge debidamente acreditada la peligrosidad del imputado, ya que no se incorporó una pericia que informe sobre ese aspecto y este no puede inferirse por sus antecedentes penales, pues el imputado no los posee”*.

De la afirmación de la Sala parece desprenderse la exigencia de una pericia para probar la peligrosidad del encausado, lo que resulta jurídicamente desacertado, en tanto no hay norma que determine tal exigencia, rigiendo en consecuencia, a tal respecto, el principio de libertad de prueba.

Como ha señalado la Corte en sentencia N° 747/2024: *“(...) en un proceso penal de tendencia acusatoria y adversarial como el vigente, rige plenamente el principio de libertad de prueba que implica que las partes son libres de probar los hechos y circunstancias del caso mediante cualquier medio de prueba, siempre que se produzca con arreglo en la ley”*.

El principio de libertad probatoria ha sido recogido en el art. 144 del CPP, que establece que: *“Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para el caso, por cualquier medio de prueba”*, con la única salvedad de no encontrarse expresamente prohibido por la ley o la Constitución. Al respecto, señala Klett: *“La norma*

establece la facultad de probar los hechos objeto de prueba con todos los medios de prueba, ya sea con los previstos y regulados por el NCPP o por otras normas que establezcan algún criterio particular” (Klett, S., “Reglas generales de la prueba”, en Abal Oliú, A. (coordinador), “Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal”, Volumen 1, FCU, Montevideo, 2018, págs. 526-527)” (véase en este sentido: sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 191/2020).

Como bien destaca la recurrente, en nuestro sistema el imputado puede legítimamente negarse a la realización de una Pericia sobre su persona, lo que determina que dicho medio probatorio pueda tornarse de imposible realización, en caso de que el agente no consienta su realización.

De este modo, al exigir la realización de una Pericia como medio de prueba (aparentemente) imprescindible para acreditar la peligrosidad del imputado, la Sala ha incurrido en una valoración probatoria que cabe ser tildada de evidentemente absurda. La recurrente, en este punto de su impugnación, ha cumplido con las dos condiciones requeridas en casación para que pueda prosperar un agravio sobre valoración de la prueba, en tanto ha denunciado y demostrado la existencia de absurdo evidente en el razonamiento de la Sala, lo que habilita

su revisión en casación (Cfme. sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 568/2023 y 1.270/2024, entre muchas otras).

El otro argumento que vierte el Tribunal para descartar la peligrosidad es el hecho de que el imputado no posea antecedentes penales. Al respecto, si bien es cierto que el encausado carece de antecedentes, ello no puede ser determinante, por sí mismo, para descartar la peligrosidad del agente.

Respecto del juicio de peligrosidad, expresa Cairoli: *“La peligrosidad es un juicio sobre el futuro del individuo, en cambio, la culpabilidad es un juicio de reproche sobre el pasado, es decir el delito ya cometido.*

Ese juicio sobre la probabilidad de la futura conducta del autor de un delito no es un juicio sobre toda la personalidad suya, sino acerca de lo que surja de la evidencia del mismo delito cometido. Como se ha dicho bien, debe tratarse de la peligrosidad que se ha evidenciado en el delito conforme a las circunstancias de tiempo, modo lugar y ocasión” (Cairoli, M., *“Curso de Derecho Penal Uruguayo”*, Tomo II, FCU, 1993, Montevideo, pág. 194).

Como señala el autor, la peligrosidad puede surgir de las propias circunstancias del delito cometido (tiempo, modo, lugar y ocasión), sin

necesidad de que el sujeto cuente con antecedentes personales y sin requerir una pericia que se pronuncie en ese sentido.

Y bien. En el presente caso, las circunstancias del delito, que emergen de la plataforma fáctica que se tuvo por probada, dan cuenta de la peligrosidad del agente.

En efecto, AA cometió aberrantes actos en perjuicio de su hijastra BB, durante cuatro o cinco años. Comenzó a abusar de ella desde sus siete u ocho años hasta los doce aproximadamente, en forma reiterada y prevaleciéndose de su condición de cuidador de ella. El imputado tocaba a la niña en sus partes íntimas, hacía que ella tocara su pene, le daba besos en la boca, le hacía sexo oral y la obligaba a hacérselo a él.

Los elementos que vienen de relevarse constituyen base suficiente para concluir en la peligrosidad del agente, en función de la gravedad de los hechos, derivada de su reiteración, extensión temporal y forma de ejecución, unidas a la circunstancia de que la víctima, que era la hija de la pareja del imputado, tenía apenas entre siete u ocho años cuando comenzaron los aberrantes actos narrados.

Como se señaló en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 440/2022:

“Los hechos, en este caso, valorados según reglas de razonabilidad, hablan por sí solos de la gran peligrosidad que revela la conducta criminal”.

En resumen, cabe tener por configurada en el caso la peligrosidad del agente, lo que deberá tomarse en cuenta a la hora de determinar la pena.

V) Por otra parte, respecto a la individualización de la pena, la Fiscalía plantea dos líneas de agravio. Por un lado, la falta de motivación de la sentencia a la hora de reducir la pena fijada en primera instancia. Por otro, la absurda o arbitraria determinación de la pena, en función de una serie de argumentos que luego serán reseñados.

Esta Suprema Corte entiende que no le asiste razón en el primero de tales planteos, pero sí en el segundo, lo que conducirá a amparar el recurso interpuesto.

Expresó la Fiscalía que no existió fundamentación jurídica a la hora de justificar la reducción de la pena y fijarla en 3 años y 6 meses de penitenciaría.

Sostuvo que el Tribunal actuó en forma arbitraria, pues únicamente aportó un argumento de autoridad, absolutamente subjetivo, al considerar que la pena de primera instancia merece una

disminución, que no puede ser valorada desde ningún argumento concreto, ya que no se explicita.

Agregó que la Sala se limitó a indicar cuestiones abstractas y generales (las pautas del art. 86 del CP), sin motivar el abatimiento y el porqué de la pena que finalmente dispone.

El agravio no resulta de recibo.

Basta leer el Considerando III) numeral 2) de la sentencia atacada para verificar que el abatimiento de la pena por parte de la Sala ha sido suficientemente justificado. Podrán o no compartirse los argumentos del Tribunal, pero no puede decirse que el fallo carezca de motivación.

Nos remitimos a la fundamentación expuesta por el Órgano de segunda instancia a fs. 109/112.

La Sala expuso en su sentencia las razones que la condujeron a amparar el agravio de la Defensa y reducir la pena impuesta en primer grado, por lo que cabe rechazar el agravio sobre falta de motivación.

En efecto, la exigencia para casar una sentencia por falta de motivación es alta, en tanto se requiere la ausencia total de fundamentos, lo que no ocurre en el caso. El recurrente

podrá discrepar con los fundamentos e incluso considerar que no son lo suficientemente exhaustivos para decidir, pero ello lo habilita únicamente a cuestionarlos en la vía recursiva. En el Considerando III) se exponen las razones que llevaron al Tribunal a decidir, por lo que no existe una falta de motivación que conlleve la nulidad. Merece una especial referencia lo dicho por la recurrente en cuanto a que: *“el Tribunal, aplicando un criterio jurisprudencial, sin fundamento normativo ni jurídico, sostiene que no conviene elevar los mínimos”*. Pues bien, es necesario aclarar que, más allá del tema puntual que nos ocupa, un criterio jurisprudencial es, por definición, un fundamento normativo y jurídico. No es más que la referencia a cómo otros Tribunales, o el propio Tribunal en el caso del auto precedente, ha interpretado el derecho aplicable en casos similares, y por lo tanto es un fundamento normativo. La Fiscalía podrá discrepar y fundamentar en contra de la aplicación de la normativa y del sentido que le otorga el Tribunal, podrá incluso entender que es contraria a la ley y agravarse por ello, pero no es posible sostener que la elaboración jurisprudencial del Tribunal no constituye un criterio normativo y jurídico. Sin ánimo de extendernos en consideraciones alejadas del caso concreto, es necesario mencionar igualmente que la teoría de las fuentes del derecho, y el uso del

precedente -más exactamente- del autoprecedente como argumento, no solo permiten, sino que requieren dar cuenta del sentido que el Órgano decisor le otorga al derecho en casos similares. Esto implica decir el significado de una disposición normativa en particular, pero también decir el sentido que se le otorga al conjunto de normas aplicables en su conjunto, y conformar así la premisa normativa desde la cual se pretende decidir. Eso fue lo que hizo el Tribunal. En su sentido del derecho aplicable, y con referencias expresas a precedentes, informó debidamente a las partes su criterio normativo en cuanto a la determinación del monto de la pena en delitos con penas mínimas de cierta entidad. Eso es el criterio normativo y jurídico que reclama la Fiscalía. Que no lo comparta es otra cuestión.

VI) En cambio, en lo que sí asiste razón a la recurrente es en su planteo sobre la absurda o arbitraria determinación de la pena impuesta al encausado AA.

La Fiscalía apunta al respecto que en ningún caso las pautas legales para la individualización de la pena establecen tener en cuenta si los mínimos legales son severos o no para fijar el *quantum* de la misma. Y agrega que no hay norma que prohíba estar a los máximos de la pena.

La crítica de la recurrente da en el blanco.

El Tribunal convoca sentencias anteriores en las que ha expresado que: *“(...) en delitos sancionados con penas mínimas notoriamente severas, como es paradigmático el caso, no conviene elevarlas sin una clara justificación” (Sent 53/2018)...*”, añadiendo luego, en igual sentido, que: *“La Sala en varios pronunciamientos ha considerado que cuando se trata de delitos que se castigan con penas mínimas severas, tal como sucede en autos donde es de 2 años de penitenciaría, ‘...el abanico de posibilidades para la operativa de la discrecionalidad tiene un piso alto. (...)’”*.

Al respecto, cabe señalar que no hay norma que indique que, en casos de delitos con penas mínimas severas, no sea conveniente *“elevarlas sin una clara justificación”*. En puridad, siempre es necesario otorgar una *“clara justificación”* para determinar la pena concreta a imponer al encausado, independientemente de que el mínimo sea bajo o alto.

A su vez, es discutible que pueda considerarse *“severa”* la pena mínima prevista para el delito de autos (2 años de penitenciaría).

En suma, el primer criterio expresado por la Sala como justificativo de la

pena a imponer en el caso, debe ser descartado.

Al individualizar la pena, sostuvo el Tribunal, en necesaria síntesis: "(...) en este caso concreto, en atención a las agravantes que concurren en la especie y la reiteración de la conducta delictiva desplegada por el acusado, se justifica una elevación de la pena mínima prevista en la norma -2 años-, pero no se coincide en cuanto a individualizarla en la pena máxima que establece la ley para el delito imputado (6 años).

El legislador para cada delito previó una pena mínima y una máxima, debiendo el Juez individualizarla dentro de esos parámetros (art. 80 del C.P.) y de acuerdo a las pautas establecidas en el art. 86 del C.P., esto es: '...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.', lo que otorga al Magistrado una discrecionalidad reglada para la determinación de la pena a imponer en un caso concreto.

De lo expresado se extrae sin hesitación que la ley en la citada norma establece en forma expresa lo que debe ser considerado por el Juez al momento de individualizar la pena.

En la especie, Fasini fue

condenado por un delito grave, ya que se trata de reiterados delitos de Atentado Violento al pudor especialmente agravados por la edad de la víctima (inc final art. 273 CP) y genéricamente agravado por lo dispuesto en el art. 47 Nral 14 del C.P., concurriendo como atenuante la buena conducta predelictual del imputado.

(...)

En el caso que nos ocupa, no surge debidamente acreditada la peligrosidad del imputado, ya que no se incorporó una pericia que informe sobre ese aspecto y este no puede inferirse por sus antecedentes penales, pues el imputado no los posee.

Atento a lo expresado, teniendo presente la naturaleza y gravedad del delito imputado, la cantidad y especialmente, la calidad de las agravantes relevadas, la existencia de concurso delictual (art. 54 del C.P.); la buena conducta anterior de Fasini y que no surge acreditada su peligrosidad, se considera que, si bien el caso amerita una pena severa, no justifica la imposición de la máxima prevista para ese delito, tal como requirió Fiscalía e impuso la apelada.

(...)

En virtud de lo expresado, este Colegiado -sin desconocer lo opinable del tema-

entiende que corresponde una disminución de la pena impuesta en el primer grado, la que se fijará en 3 años y 6 meses de penitenciaría".

Tal como fuera previamente analizado, resulta de rechazo el argumento del Tribunal respecto a que no surge probada en el caso la peligrosidad del imputado.

Despejados, entonces, el criterio de la Sala respecto a los delitos que tienen pena mínima severa y el descarte de la peligrosidad del imputado, quedan en pie únicamente las consideraciones del Tribunal respecto a la naturaleza y gravedad del delito imputado, la cantidad y especialmente, la calidad de las agravantes relevadas, la existencia de concurso delictual (art. 54 del CP) y la buena conducta anterior.

Y bien. Tomando en cuenta tales consideraciones, con las que se coincide, sumado al juicio sobre la peligrosidad del agente, se considera que la pena seleccionada en el caso por la Sala resulta absurdamente leve, lo que justifica su revisión en etapa de casación.

Cabe recordar que, de acuerdo con la actual jurisprudencia de la Corporación, la determinación de la pena puede ser objeto de casación únicamente cuando se verifica ilegalidad, incongruencia por exceso, arbitrariedad o absurdo en su fijación.

En tal sentido, ha dicho en reiteradas oportunidades la Corte que la individualización de la pena es de resorte discrecional de los Órganos de mérito, por lo que solo puede ser revisada en casación en supuestos de arbitrariedad o vulneración del límite de la razonabilidad, además, lógicamente, de aquellos casos en que se ha fijado una pena ilegal o que excede de la peticionada por la parte actora.

Así, en sentencia N° 382/2021, se sostuvo: *“En relación a la determinación de la cuantía de la pena, la Corporación tiene jurisprudencia de larga data en torno a la discrecionalidad que posee el órgano de mérito a los efectos de tal determinación. Así, se ha expresado reiteradamente que los agravios relativos a la cuantificación de la pena solo resultan atendibles en hipótesis donde la sanción aplicada se encuentra por fuera de los parámetros establecidos para el delito en cuestión (Cfme. Sentencias Nos. 53/1990, 54/1992, 86/1992, 254/2015, 636/2016 y 224/2020, entre otras).*

Sin embargo, en la actualidad, esta tesitura requiere de alguna matización. En efecto, en forma reciente, la Corte ha señalado que no puede afirmarse que todo aquello que implique un juicio discrecional, invariablemente, no resulta revisable en casación.

En ese sentido se expidió este Colegiado, por ejemplo, en la Sentencia No. 260/2020, en relación a la facultad del juez de diferir la liquidación de la sentencia al procedimiento previsto en el art. 378 del C.G.P. También lo hizo, en igual sentido, en la Sentencia No. 91/2021, respecto a la determinación del monto de la pena de penitenciaría impuesta a un encausado (véase también, en esta misma línea, las Sentencias SCJ No. 61/2021 y 83/2021).

En otras palabras, no todo lo que es resorte discrecional del juzgador queda fuera de la posibilidad de ser controlado en casación. Cuando la determinación de la pena por parte del tribunal de mérito resulte arbitraria o vulneratoria del límite de la razonabilidad, ella podrá ser censurada en casación, puesto que la discrecionalidad no es un 'cheque en blanco' para tomar cualquier decisión".

En el presente caso, como bien analiza la recurrente, el delito por el que fue condenado el imputado es el de atentado violento al pudor, agravado por ser el sujeto pasivo menor de 12 años, lo que determina que la pena mínima sea de 2 años y la máxima de 6 años de penitenciaría (art. 273 inc. 3 CP). A su vez, resulta de aplicación en la especie el art. 54 del CP, por tratarse de conductas reiteradas, ejecutadas en un plazo de cinco años a partir del

primero, por lo que cabe aplicar la pena que corresponda por el delito mayor aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, pudiendo el aumento llegar hasta las dos terceras partes de la misma pena.

De lo anterior se desprende que la pena máxima que hipotéticamente podría llegar a aplicarse por los delitos cometidos no es la que fuera solicitada por Fiscalía (6 años de penitenciaría), sino la de 10 años de penitenciaría (6 años por el "*delito mayor*" más un aumento de hasta los dos tercios, o sea, 4 años más).

En suma, la pena mínima legal sería 2 años de penitenciaría y la máxima 10 años de penitenciaría (claro está que, en el caso, dado que la parte actora solicitó la imposición de la pena de 6 años de penitenciaría, ésta es la máxima que podría ser aplicada).

Y bien, entre el mínimo y el máximo legal indicados, la pena debe fijarse conforme a los parámetros previstos en los arts. 86, 50 y 53 del Código Penal.

En el caso, tomando en cuenta la gravedad del delito ejecutado, la reiteración en el tiempo de las conductas, las circunstancias agravantes que concurren (abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación y ser el sujeto pasivo

menor de doce años), la única atenuante computada (buena conducta anterior) y la peligrosidad del agente, consideramos que la pena de 3 años y 6 meses de penitenciaría fijada por la Sala, aun siendo legal, resulta absurdamente irrisoria y debe ser corregida en casación.

Al tratarse de un vicio de fondo, es función de la Corte dictar la decisión que en su lugar corresponda sobre la materia de hecho del fallo recurrido, sobre la base de los fundamentos que estime correctos (art. 277.1 del CGP).

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”*.

En el caso, AA fue condenado como autor penalmente responsable de reiterados delitos de atentado violento al pudor. Se computaron como circunstancias alteratorias: a) como agravante específica, el hecho de haberse cometido sobre

persona menor de 12 años (art. 273 inc. 3 CP); b) como agravante genérica, el abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación (art. 47 num. 14 CP); c) como atenuante, la buena conducta anterior del imputado (art. 46 num. 7 CP).

Debe tenerse en cuenta que se trata de reiterados delitos de atentado violento al pudor, cometidos durante un lapso de cuatro o cinco años, que concurren entre sí en régimen de reiteración real, lo que torna aplicable al caso el art. 54 del Código Penal, previamente citado.

Como se indicó, el mínimo legal en el caso es de 2 años de penitenciaría y el máximo de 10 años.

Conforme a lo dispuesto en el art. 50 del Código Penal, la configuración de una agravante especial permitiría al Juez llegar al máximo, mientras que el cómputo de una atenuante lo habilitaría para llegar al mínimo de la pena establecida legalmente. Por supuesto, ello no implica que el Juez deba en tales casos imponer el máximo o el mínimo, sino que queda facultado para hacerlo.

El inciso segundo del art. 50 CP añade que, 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”.

Para seleccionar la pena concreta, el Juez debe tener en cuenta, además, las previsiones de los arts. 53 y 86 del Código Penal.

De acuerdo con el art. 53 del CP: *“Cuando concurren 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”.*

Por su parte, el ya citado art. 86 del CP ordena tomar en cuenta, al determinar la pena, 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 concurrentes.

En el caso, si bien debe valorarse favorablemente la ausencia de antecedentes penales del imputado, no puede soslayarse la corta edad de la víctima (entre 7 u 8 años y 12 años) y la reiteración de las conductas típicas (por demás aberrantes) por un extenso lapso de casi 5 años, lo que a juicio de los firmantes demuestra la gravedad del

injusto y la peligrosidad del agente, conforme fuera examinado.

Con tales circunstancias en consideración, se entiende que resulta adecuado fijar la pena por la comisión, en calidad de autor, de reiterados delitos de atentado violento al pudor, especialmente agravados por ser la víctima menor de 12 años, en el guarismo solicitado por Fiscalía, o sea, en 6 años de penitenciaría.

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

FALLA:

AMPARAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y, EN SU MÉRITO, ANULAR LA SENTENCIA IMPUGNADA EXCLUSIVAMENTE EN CUANTO REDUJO LA PENA IMPUESTA AL ENCAUSADO Y, EN SU LUGAR, MANTENER EL GUARISMO PUNITIVO FIJADO EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (6 AÑOS DE PENITENCIARÍA).

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS 5 BPC.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: por cuanto se
entiende -en consonancia
con lo dictaminado por la
Sra. Fiscal de Corte (S)-
que corresponde desestimar

el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía
Letrada en lo Penal de Montevideo de Delitos Sexuales de
Cuarto Turno, siendo ello así por lo subsiguiente.

En forma liminar, y tal
como lo desarrolla la mayoría en la presente sentencia,
es jurisprudencia de este Alto Cuerpo que no todo lo que
es resorte discrecional del Juzgador queda fuera de la
posibilidad de ser controlado en casación. En este caso,
si la determinación de la pena por parte de la Sala
hubiera sido arbitraria (en palabras de la mayoría) o
vulneratoria del límite de la razonabilidad (en las del

Sr. Ministro discorde), ello podría ser censurado en casación, puesto que la discrecionalidad no es un *"cheque en blanco"* para tomar cualquier decisión.

Ahora bien, en las presentes actuaciones no se está ante una decisión que merezca su corrección en casación.

En efecto, la pena mínima es de dos años y la máxima de seis. Conforme la plataforma fáctica, tratándose de reiterados delitos, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 del CP: *"al culpable de varios delitos, no excediendo el número de tres, cometidos en el país o fuera de él, se le aplicará la pena que corresponda por el delito mayor aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, pero sin que el aumento pueda exceder de la mitad de la misma pena, salvo que tales delitos se hubieren ejecutado en el término de cinco años, a partir del primero, en cuyo caso el aumento puede llegar a las dos terceras partes"*.

Ergo, en aplicación del artículo que antecede y teniendo presente que el mínimo es de dos años, el aumento puede llegar a los tres años o tres años y cuatro meses si se tiene presente la parte final del mencionado artículo.

Así, la pena fijada por la Sala en tres años y seis meses no resulta descabellada,

es legal, sopesa la reiteración delictual y las atenuantes y agravantes relevadas. En tal sentido, si bien existen agravantes, no puede perderse de vista que se convocó una atenuante de peso como lo es la buena conducta anterior del imputado.

Además, el análisis se debe efectuar en base a la calidad de las mismas y no de forma numérica. En otras palabras, no todas las alteratorias tienen el mismo peso.

Si bien el comentario de la Sala con relación a la peligrosidad del agente, exaltando la prueba pericial (al punto tal de inferirse la necesidad de la misma) no es compartible, lo cierto es que en autos no existen mayores elementos a considerar de los que pueda deducirse la misma.

En base a lo anterior y dentro del margen de actuación que tienen nuestros Tribunales para determinar la pena en el caso concreto, no se observa que exista yerro para proceder a su modificación.

En definitiva, corresponde la desestimatoria del recurso de casación interpuesto, sin especial condena.

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