

//tencia No.440

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, veintiséis de mayo de dos mil veintidós

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA - HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO - CASACIÓN PENAL"** e individualizados con el **IUE 2-47887/2019**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto contra la sentencia definitiva de segunda instancia no. 28/2021, del 4 de febrero de 2021, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno.

RESULTANDO:

I) Por sentencia definitiva de primera instancia no. 79/2020, del 24 de setiembre de 2020, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1° Turno, se falló:

"CONDENANDO A AA, COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DE UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO, A LA PENA DE TREINTA AÑOS DE PENITENCIARÍA, CON DESCUENTO DE LA PREVENTIVA CUMPLIDA Y DE SU CARGO LOS GASTOS PROCESALES Y CARCELARIOS LEGALES DE RIGOR (ARTS. 105 LITERAL E Y D Y 106 C. PENAL).

SE IMPONE EL CUMPLIMIENTO

DE MEDIDAS DE SEGURIDAD ELIMINATIVAS ENTRE UN MÍNIMO DE UNO A DIEZ AÑOS, LAS CUALES COMENZARÁN A REGIR UNA VEZ CUMPLIDA LA PENA DE PENITENCIARÍA IMPUESTA (...)"
(fs.89/92vto.).

II) Por sentencia definitiva de segunda instancia no. 28/2021, del 4 de febrero de 2021, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno falló:

"CONFÍRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA, SALVO EN CUANTO IMPUSO MEDIDAS DE SEGURIDAD ELIMINATIVAS EN CUYO ASPECTO SE REVOCA, POR LO INDICADO EN EL CONSIDERANDO VII PARTE FINAL. (...)" (fs. 118/121 vto.).

III) Contra la sentencia de segunda instancia, la representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación y, en síntesis, expresó que:

a) Medió una errónea valoración del art. 92 del Código Penal por parte de la Sala, lo que la llevó a revocar las medidas de seguridad eliminativas impuestas por el Juez actuante.

El art. 92 inc. 4° del Código Penal establece que las medidas de seguridad eliminativas se aplican a los violadores u homicidas que, por la gravedad excepcional del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución,

de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad. En ningún pasaje del precepto normativo se prevé que dichas circunstancias deban coincidir en su totalidad; por el contrario, lo que sí queda claro es que las medidas deben ser aplicadas a aquellos violadores y homicidas cuyas circunstancias de hecho, aun cuando no se reúnan todas a la vez, revelen una gran peligrosidad.

b) El imputado AA violó y mató a su sobrina de tan solo 14 años de edad, se aprovechó de su confianza y de sus sentimientos familiares. Luego de cometido el crimen, limpió y ordenó el dormitorio, juntó pedacito por pedacito el trozo de un espejo roto por la víctima al intentar defenderse desesperadamente de su agresor. Posteriormente, trasladó el cuerpo, lo enterró, lo tapó y participó junto a la familia y amigos en la búsqueda de la adolescente.

c) Precisó que, de la mera compulsión del expediente judicial, surge con claridad la peligrosidad del agente, quien fue capaz de cometer este horrendo crimen. Es imposible no inferir la peligrosidad del sujeto que fue capaz de tal conducta delictiva. Se verifica, en la especie, la excepcional gravedad del hecho.

IV) Conferido traslado del recurso de casación, la Defensa Pública del Sr. AA lo

evacuó y abogó por su rechazo (fs. 129/133).

V) Oído el Sr. Fiscal de Corte (Dictamen N° 00107/2021 glosado a fs. 147/151 vto.), aconsejó desestimar el recurso de casación interpuesto.

VI) Por providencia N° 944 de fecha 23 de setiembre de 2021 (fs. 153), se ordenó el pasaje a estudio y autos para sentencia, citadas las partes.

Culminado el estudio por parte de los Sres. Ministros, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, en mayoría compuesta por los Dres. Pérez, Morales y la redactora, acogerá el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público y, en su mérito, mantendrá la condena dictada en primera instancia, sin especial sanción procesal.

II) La plataforma fáctica.

En primer lugar, resulta necesario repasar los hechos tenidos en cuenta por el Tribunal a la hora de dictar la recurrida.

La Fiscalía y la Defensa celebraron un acuerdo probatorio en lo que refiere a la plataforma fáctica y los medios de prueba (providencia

N° 563/2020, auto de apertura, fs. 5).

Estos acuerdos o convenciones probatorias tienen por objeto, en principio, el dar por probados determinados hechos, los que no podrán ser parte del debate posterior en la audiencia de juicio oral (estos acuerdos excluyen, pues, ciertos enunciados fácticos de lo que es el objeto de la prueba en el proceso penal (arts. 141 y 268.3 del CPP)) (SOBRACESCO, Ignacio: *“Los acuerdos de parte en el proceso; con énfasis en los acuerdos en materia probatoria”*, Judicatura, N° 67, CADE, Montevideo, 2019, pág. 109).

Los Dres. Pérez y Morales estiman del caso señalar que no corresponde expedirse en esta instancia acerca del alcance de los acuerdos probatorios celebrados en el presente proceso. Ello por cuanto, no existió agravio de las partes sobre el punto. En este sentido, al no existir agravio alguno sobre valoración probatoria, la plataforma fáctica que tuvo por probada la Sala resulta intangible en casación, extremo que conlleva a que sobre esa base deba analizarse el embate crítico esgrimido por el Ministerio Público.

Con tales prevenciones, la Sala consideró acreditado que el día 31 de agosto de 2019, en horas de la madrugada, próximo a la 01:00 am,

AA, tras abusar sexualmente de su sobrina de 14 años de edad, con intención de matar, le dio muerte mediante asfixia.

Tanto el encausado como la víctima vivían en distintas construcciones dentro del mismo predio, siendo en tales circunstancias que AA se dirigió a donde dormía su sobrina y ésta le franqueó la entrada. Inmediatamente, el acusado la lanzó sobre la cama, le quitó la ropa y la violó en dos oportunidades.

La resistencia de la víctima determinó la rotura de un espejo y lesiones y rasguños en el cuerpo del acusado.

Luego de ello le dio muerte. De acuerdo con el informe forense, el cuerpo presentaba signos de violencia en el cuello compatibles con compresión manual, equimosis de cuello y de músculo, hematoma en la cabeza, también signos de violencia en zona genital. La causa de muerte fue asfixia mecánica por estrangulamiento manual.

Después limpió la escena y trasladó el cuerpo hasta un terreno baldío, donde la enterró.

Surge del auto de apertura a juicio que la Fiscalía precisó que, en cuanto al perfil del victimario en su acusación, contaba con indicios probatorios (prueba pericial y documental) que

obran en su carpeta, según los cuales durante todo el proceso de muerte, el imputado tuvo tiempo para reconocer su error o arrepentirse de lo que estaba haciendo, debiendo tenerse presente que el resultado muerte no fue inmediato, sino luego de la ejecución de reiterados actos de violencia (fs. 3).

En los días siguientes fingió colaborar en la búsqueda del cuerpo que él mismo había ocultado mediante enterramiento.

III) Los fundamentos expresados en primera y segunda instancia.

El único agravio deducido por la titular del Ministerio Público consiste en determinar si corresponde o no aplicarle medidas de seguridad eliminativas al imputado. Al respecto, la sede de primera instancia entendió ajustada a Derecho su aplicación, argumentando en los siguientes términos:

"La Fiscalía solicita una pena de Treinta años de penitenciaría y Quince años de Medidas de Seguridad Eliminativas (arts. 92 a 95 de C. Penal).

En suma y en función de las pautas reseñadas, específicamente el número y gravedad de agravantes computadas, dan una pauta certera de la peligrosidad del indagado, siendo el móvil de su actuación ingresar a la habitación de la

víctima y relacionarse sexualmente con ella.

Si bien se relevaron la Confesión la Primariedad Absoluta, las mismas son de escasa calidad y resultan neutralizadas por la excepcional gravedad de los hechos imputados.

La confesión no tiene la entidad que permita atenuar la pena y el marco normativo establece que sobre todo el juez ha de valorar la calidad y no la cantidad de las alteratorias.

Respecto de las medidas de seguridad eliminativas (art. 92, 94, 95 C. Penal) deducidas por la Representante Fiscal en su acusación, los hechos investigados habilitan la aplicación de las mismas '... homicidios que por la excepcional gravedad del hecho... denuncien una gran peligrosidad'; por lo que las medidas solicitadas resultan claramente justificadas en estos obrados.

Concluyendo, en función de las pautas reseñadas, de obrados surge que el victimario AA, causó el cese de la vida de la víctima BB, provocó un daño intencional, corrompió el estado vital habitual de su sobrina, quitándole brutalmente su joven vida, actuando al grado extremo de una violencia irracional, de una oscuridad moral inimaginable, ejecutó un homicidio con extrema voluntad y malicia, no

se aprecia circunstancia que excuse el accionar de AA, quien configuró todos los elementos del tipo penal y de sus agravantes atribuidos por la Sra. Fiscal” (fs. 92).

En posición contraria, la Sala de segunda instancia revocó el fallo en este aspecto, descartando la aplicación de medidas de seguridad eliminativas al condenado, bajo los siguientes fundamentos:

“Respecto al agravio final de la Defensa, en cuanto a la imposición de medidas de seguridad eliminativas, la Sala estima que le asiste razón a la Defensa pues no quedó probada la peligrosidad del agente, no conjugándose en la causa los requisitos legales exigidos por el art. 92. Inc. 4 del CP.

En nuestro sistema penal, el legislador transitó por el sistema de doble vía, para responder al crimen, por un lado con la pena (como medida de culpabilidad) y por otro con las medidas de seguridad (atento a la peligrosidad del sujeto actuante).

Las medidas de seguridad eliminativas, no son más que la ‘peligrosidad cristalizada’ al decir de Bayardo Bengoa, reconociéndose dos tipos de peligrosidad la social y la delictual.

Entrarían en estado de peligrosidad social, los individuos que no han cometido delitos en el pasado, pero cuya situación de peligrosos deriva de sus propias condiciones de vida.

La peligrosidad delictual es aquella que viene conformada por un acto de naturaleza delictual cometido en el pasado por el sujeto, pero que hacer presumir dadas determinadas condiciones que volverá a delinquir en el futuro.

Las medidas de seguridad, miran el futuro (no pretenden castigar por el hecho cometido), tratan de prevenir la comisión de nuevos delitos por parte del sujeto al que se le aplican, lo que las convierte en un mecanismo de prevención especial del delito.

En el caso de autos, la gravedad de los hechos se valoraron en la pena individualizada de acuerdo a las pautas de los artículos 50 y 86 del C.P., la peligrosidad del agente, no fue probada por medio de prueba alguno, y en el caso en particular se enerva decisivamente con la primariedad delictual relevada" (fs. 120 vto./121).

IV) Sobre las medidas de seguridad eliminativas.

IV.I) Estas medidas tienen su génesis en el Derecho Penal a partir del siglo XIX,

propulsadas por la lucha de las Escuelas italianas positivistas, buscando su justificación en la insuficiencia del Derecho Penal clásico para la respuesta ante determinados delitos. Las medidas en cuestión encuentran su fundamento en teorías de corte peligrosista (ver "Tapia Ballesteros, Patricia, "Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas" en Revista Jurídica de Castilla y León, N° 32, enero 2014, págs. 3 y 15).

Sobre el particular, debe señalarse que *"si bien las medidas de seguridad eliminativas son análogas a las penas en cuanto a su estructura, éstas tendrían su justificación en la culpabilidad, mientras que las medidas de seguridad eliminativas las tendrían en la peligrosidad del individuo"* (Cfme. Remersaro Coronel, Lucía; "Las medidas de seguridad eliminativas y su colisión con los principios constitucionales", pág. 2).

Roxin señala que: *"Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma. En*

consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin, sino en la limitación” (Cfme. Roxin, Claus; “Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”; Civitas. 1997. Madrid; págs. 104/105).

Aun cuando no se puede desconocer la controversia generada por el instituto de las medidas eliminativas en el campo doctrinario, ni los vaivenes de su vigencia dentro de nuestro sistema penal, no puede dudarse de su actual y plena vigencia.

Sobre nuestro régimen en particular, explica Langón que: *“La Ley establece que las medidas de seguridad sólo pueden ser establecidas por los jueces en virtud de sentencia ejecutoriada (art. 93 Código Penal), en los casos naturalmente, expresamente previstos por la ley (art. 92 Código Penal) y por el tiempo expresamente establecido en la ley y dispuesto en la sentencia (art. 94 Código Penal)”.*

Más adelante: *“Otra regla fundamental, que responde a la filosofía que estamos exponiendo, es que las medidas de seguridad deben tener como base o fundamento un hecho criminal que las sustente”.*

“Esto es muy claro en el caso de las medidas eliminativas de seguridad (que se aplican a los delincuentes habituales, a ciertos

homicidas y a los violadores), pero también funcionan a plenitud en el caso de los dementes y menores” (Langón, Miguel; Curso de Derecho Penal y Procesal Penal - Teoría de la ley penal, del delito y de la pena; Ediciones “Del Foro”, 2003, Montevideo. pág. 470).

Así, sobre la aplicación de estas medidas, nuestro Código Penal dispone en su artículo 92: *“(Régimen) - Las medidas de seguridad son de cuatro clases: curativas, educativas, eliminativas y preventivas. Las primeras se aplican a los enfermos, a los alcoholistas, a los intoxicados por el uso de estupefacientes, declarados irresponsables, (artículo 33) y a los ebrios habituales. Las segundas a los menores de 18 años (artículo 34) y a los sordomudos (artículo 35). Las terceras, a los delincuentes habituales (incisos segundo y tercero del artículo 48), y a los violadores u homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad. Las últimas a los autores de delito imposible (artículo 5 inciso 3), y de delitos putativos y provocados por la autoridad (artículo 8)”.*

Por lo que el citado autor continúa: *“...se imponen, como vimos, a: 1) los delincuentes habituales; 2) los homicidas que por la*

excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad; y 3) los violadores (art. 92 Código Penal), que tienen un mínimo de uno y un máximo de quince años de duración" (Langón, Miguel; ob. cit. Pág. 472).

Sobre este juicio de peligrosidad, Cairoli expresa: *"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" (Cfme. Cairoli, Milton; Curso de Derecho Penal Uruguayo Tomo II; FCU, 1993, Montevideo; pág. 194).

Repasado nuestro sistema normativo y las interpretaciones propuestas por la doctrina que fueron reseñadas *supra* -las que la mayoría comparte íntegramente-, corresponde analizar el caso de autos.

IV.II) Como ya se señaló, los hechos acreditados son: *"En tal sentido, se encuentra plenamente probado en autos, que el día 31 de agosto de 2019, en horas de la madrugada, próximo a la hora 01:00,AA, tras abusar sexualmente a la víctima de autos, su sobrina y víctima de autos de 14 años de edad, con intención de matar, le dio muerte mediante asfixia. Todos vivían en distintas construcciones en el mismo predio, siendo en tales circunstancias que AA se dirigió a donde dormía su sobrina, ésta le franqueó la entrada. Inmediatamente el acusado la lanzó sobre la cama le quitó la ropa y la violó. La resistencia de la víctima determinó la rotura de un espejo y lesiones y rasguños en el cuerpo del acusado. Luego de ello le dio muerte, conforme el informe forense signos de violencia en el cuello compatibles con compresión manual, equimosis de cuello y músculo del cuello, hematoma en la cabeza, también signos de violencia en zona genital. La causa de muerte fue ahorcamiento. Después limpió la escena y trasladó el cuerpo hasta un terreno baldío donde lo enterró"* (fs. 119-119 vto.)

Ahora bien, lo que corresponde determinar es si, en base a la plataforma fáctica acreditada, es posible establecer si de ella surgen elementos que permitan concluir en la gran peligrosidad que denota la conducta del agente y que

justifique la aplicación de las medidas de seguridad eliminativas previstas en el artículo 92 inc. 4° del Código Penal, o si resultan necesarios otros medios de prueba para poder llegar a ese juicio.

IV.III) El Código Penal indica que las medidas eliminativas de seguridad aplicarán: *"a los delincuentes habituales (incisos segundo y tercero del artículo 48), y a los violadores u homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad"*.

A juicio de los Dres. Pérez, Morales y la redactora, en el caso de autos, corresponde aplicar estas medidas sin que resulte necesario el diligenciamiento de nuevos medios de prueba.

Los hechos probados, por sí solos, valorados de acuerdo con las reglas de la lógica y de la razón, dan cuenta o revelan la existencia de los requisitos exigidos por el Código Penal que permiten formar el juicio sobre la peligrosidad que denota la conducta delictiva desplegada por el encausado e imponerle medidas eliminativas.

Y ello sin que resulte necesario acudir a las conclusiones del dictamen técnico

practicado por psiquiatra forense (fs. 52/53), según el cual el encausado presenta un bajo control de impulsos. La pertinencia de su agregación fue útil y oportunamente cuestionada, razón por la cual no corresponde su valoración como medio de prueba en esta causa, como señala con acierto el Tribunal de segunda instancia.

Como se desarrollará seguidamente, la peligrosidad surge de las circunstancias del mismo delito cometido.

El artículo 92 citado *supra* establece como requisito que la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncie una gran peligrosidad.

En el caso que nos ocupa, nos enfrentamos a una persona que primero violó y luego mató por asfixia a su sobrina. La gravedad de los hechos es palmaria y la forma de ejecución, con la subsecuente puesta en escena para procurarse la impunidad, demuestran un designio criminal y una absoluta falta de arrepentimiento, además de una frialdad extrema para ejecutar tales conductas.

El imputado violó a la víctima en dos oportunidades con violencia, luego la asesinó, limpió la escena del hecho, trasladó y enterró

su cuerpo, y montó un simulacro de búsqueda que pretendía disipar toda sospecha que pudiera recaer sobre su persona.

Siguiendo las pautas del artículo 92 del Código Penal, en cuanto a los móviles, ha de señalarse que el motivo original fue cometer un ataque sexual contra una menor de edad -de 14 años-, quien, además, como se dijo, era su propia sobrina. Luego de cometido el acto, se formó una nueva resolución criminal, que derivó en el asesinato de la menor con claros fines de ocultamiento del delito original y de evasión de su responsabilidad penal.

Los Dres. Pérez y la redactora resaltan que en la motivación del delito original cometido por el encausado, hubo una absoluta falta de control de sus instintos, agravada por tratarse de una sobrina, con la cual convivía -al igual que junto con su propia hermana, madre de la víctima-, dentro de un mismo predio, circunstancias que normalmente habrían operado como frenos poderosos, de singular fuerza, como para inhibir una conducta de tal gravedad. De tales circunstancias puede extraerse, razonablemente, la peligrosidad ínsita en esa conducta, sin frenos a la hora de dominar los instintos, de tal naturaleza que puede reiterarse en el futuro.

En lo que hace a la forma

de ejecución, quedó probado que en horas de la madrugada del 31 de agosto de 2019, el imputado se apersonó en la habitación de su sobrina y víctima, BB, la despojó de su ropa y, pese a la oposición planteada por ella, la violó con violencia, en dos oportunidades. Culminado el ataque sexual, la asesinó por asfixia.

Este último dato no resulta menor para resaltar la frialdad y absoluta falta de arrepentimiento del autor, por cuanto, conforme a las máximas de la experiencia, una muerte por asfixia no es instantánea, sino que requiere de varios minutos de estrangulamiento sobre la víctima, durante los que puede presenciarse a cada momento cómo ésta lucha por mantenerse con vida. En consecuencia, durante la ejecución, en cada instante, el criminal tiene la opción de desistir; sin embargo, Maciel se reafirmó en su propósito de dar muerte y continuar sometiendo el cuello de su víctima, quien era, además, su sobrina.

La evidencia de esta frialdad no culmina allí, sino que, tras someter sexualmente a su víctima y asesinarla, vistió su cuerpo y lo retiró del lugar para poder limpiar la escena del crimen. Limpió los vidrios de un espejo roto en la lucha, eliminó los rastros de sangre y fluidos sexuales que se encontraban en el colchón y tendió la cama para dejar una imagen de aparente normalidad.

Culminada esta tarea de limpieza, cargó el cuerpo sin vida de su sobrina, tomó una pala y se dirigió a un terreno baldío para cavar un pozo y enterrar el cadáver.

En los días posteriores, el imputado prestó su "colaboración" simbólica para la búsqueda de BB, uniéndose a la policía, familiares y amigos en el rastreo, tal como si nada supiese de lo acontecido, demostrando una frialdad inusitada.

Los elementos que vienen de relevarse, constituyen base suficiente para determinar la imposición de este tipo de medidas, ya que demuestran una gran peligrosidad en función de la gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles y de la forma de ejecución, unidos a la circunstancia de que la víctima tenía 14 años y era sobrina del encausado.

A juicio de la mayoría, resulta indudable que la peligrosidad a la que refiere el artículo 92 inc. 4° del Código Penal, debe fundarse en la gravedad del hecho y ésta, a su vez, debe derivar de las circunstancias que menciona.

La gravedad del hecho no puede equipararse a la que fue considerada a la hora de evaluar la culpabilidad para la aplicación de la pena concreta que cabía imponer.

Para el juicio sobre la peligrosidad, la norma exige un *plus* que debe emanar de las circunstancias concretas del delito. En el caso, de los móviles, de la forma de ejecución y del vínculo de parentesco y edad de la víctima.

Dicho de otro modo, la gravedad del hecho, ya valorada para la imposición de la pena en atención al elemento culpabilidad, se vuelve a valorar desde el punto de vista de la peligrosidad de la conducta que emana de las circunstancias del delito, como presupuesto de aplicación de medidas eliminativas.

De no ser así, si no se requirieran enfoques y valoraciones diferentes acerca de la gravedad del hecho, las medidas eliminativas no tendrían campo de aplicación.

A juicio de quienes conforman la mayoría en el presente fallo, los elementos extraídos del análisis de la plataforma fáctica, en virtud de su valoración a través de las reglas de la sana crítica, constituyen base suficiente para la imposición de este tipo de medidas, ya que la conducta delictiva demuestra, en el caso, una gran peligrosidad, en función de que la gravedad extraordinaria del hecho puede extraerse de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, así como de la edad de la víctima y su calidad de sobrina del encausado.

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

En la hipótesis regulada en el artículo 92 inc. 4° C. Penal no se trata de formar un juicio "sobre la personalidad del autor", como con acierto lo señala Cairolli en cita que luce "*supra*", para lo cual, naturalmente, otras serían las exigencias probatorias, entre las cuales un examen psiquiátrico y psicológico del individuo serían de orden.

Se trata de formar un juicio acerca de la gran peligrosidad que deriva de lo que "surja de la evidencia del mismo delito cometido", recurriendo nuevamente a las expresiones del mismo autor ya citadas.

Esa evidencia debe surgir, de conformidad con el texto legal, de las circunstancias de tiempo y lugar, móviles, ocasión y modo de ejecución del delito, u otras circunstancias afines, elementos que debe apreciar el juzgador, ya que no parecen ser materia u objeto propio de análisis psiquiátrico, ni psicológico, ni de contenido técnico que requiera especiales conocimientos en áreas específicas, sino que basta para la ponderación de las circunstancias del delito con la aplicación de las reglas de la sana crítica, o sea, a

través de pautas de razonabilidad y de los datos que surgen de la experiencia.

Ni la confesión, ni la primariedad logran, a juicio de la mayoría, debilitar el juicio sobre la extraordinaria gravedad del hecho y la peligrosidad que de ella deriva, de modo que puede calificarse la conducta delictiva como lascivia criminal, merecedora de la aplicación de medidas eliminativas.

Ante un caso de similares características al de marras, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno confirmó la imposición de medidas de seguridad eliminativas por un máximo de 15 años que fuera dispuesta en primera instancia, expresando los siguientes argumentos que, *mutatis mutandis*, resultan revalidables al presente:

"En el sub-exámine se asiste al lamentable escenario donde dos vecinos y conocidos de una niña de 9 años de edad y su familia, luego de vejlarla y violentarla sexualmente en forma brutal, inspirados por una clara y evidente actitud de menosprecio o desprecio hacia ella, procedieron a darle muerte de manera salvaje y cruel para evitar que los denunciara y a ocultar el cuerpo con aquellos extremos que podían contribuir a incriminarlos, en la forma y modo que -con detalle- describe el fallo en examen.

Incluso actuando con posterioridad la parodia de coadyuvar con quienes buscaban a la menor, cuando aún era desconocido su funesto destino.

(...)

En cuanto a las medidas de seguridad por cuya imposición y magnitud también se agravian, más allá de la respetable e inagotable polémica que en nuestro ordenamiento (y en otros, naturalmente) ha planteado y plantea su alcance y legitimidad en cualquiera de sus modalidades, este Tribunal ya tuvo oportunidad de puntualizar -en conceptos que quienes concurren a plasmar la voluntad del pronunciamiento comparten- que 'Más allá de ser opinable su naturaleza y de dudosa eficacia su finalidad constitucional y legal (art. 26 de la Constitución y 92 y ss. C.P.)... el instituto de las medidas de seguridad eliminativas está vigente en nuestro régimen y debe ser aplicado en aquellas situaciones en que se dan los supuestos legales para ello (art. 92 del C.P.; 343 y 344 del C.P.P. y 1 y 2 Ley 16.349; cf. de la Sala sentencia N° 365/06, R.D.P. N° 18, c. 178, p. 605)' (S. 371/2010); y que aun cuando 'el punto de la peligrosidad actualmente está fuertemente cuestionado, es parte de nuestra legislación penal, por lo que reconociendo la cautela con la que debe manejarse su aplicación, no puede dejar

de convocarse' (S. 365/06, R.D.P., N° 18, c.178, p. 605). Con dichas reservas concluye la Sala que el 'a quo' fundó adecuadamente la procedencia de la medida en el caso, en aplicación de dicho art. 92 del C.P. en caso que trata de un homicidio de excepcional gravedad, por móviles fútiles, contra una niña de tres años de edad, por parte de un sujeto que denota según la pericia psicológica agregada y sus antecedentes penales, una gran peligrosidad (de la Sala, S. 294/2010; cfm. S. 33/2012, etc.).

Por ende, sin dejar de ponderar tales prevenciones, en la especie es inevitable arribar a la razonable inferencia que los sólidos y fundados argumentos que la A-quo y la Sra. Fiscal brindaron para justificar su imposición, resultan harto suficientes para rechazar -de cuajo- el descarte que se postula, en tanto alejan cualquier supuesto de arbitrariedad peligrosista: el caso encarta plástica-mente entre los que habilitan su aplicación en el marco legal actualmente vigente (arts. 92 y ss. CP, en la redacción del art. 2° de la Ley N° 16.349, arts. 319 y ss. del NCPP, Ley No. 19.123), que sabido es, operan como verdaderos 'proveimientos aditivos a la pena... (que)... se establecen además de la sanción y entran a cumplirse después que se ha cumplido aquella (art. 103)' (cfm. Bayardo, DPU, T. III, p. 243).

Ciertamente la notoria excepcionalidad y extrema gravedad del abuso sexual perpetrado sobre la niña y su posterior homicidio, ejecutado de manera feroz y por motivos deleznable, por copartícipes que, a pesar de su condición de primarios, evidenciaron -y evidencian- en términos legales una enorme e inusual dosis de peligrosidad, y la prueba pericial relacionada con el tema, no habilitan otra conclusión".

Por su parte, también resulta trasladable al caso de autos lo sostenido por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, cuando expresó:

"El representante de la sociedad no funda adecuadamente el derecho en cuanto a la imposición de las medidas que reclama, mientras que el Señor Juez 'a quo' lo hace recogiendo la expresión 'excepcional gravedad de los hechos' para alinearla con el artículo 92 del Código Penal en relación a los violadores y a los homicidas. Tal criterio resulta compatible puesto que estamos frente a un homicida y a un caso de excepcional gravedad. Como lo requiere la ley, estima el Cuerpo, que dicha circunstancia emana sin hesitación de la naturaleza de los móviles de los crímenes puesto que lisa y llanamente se dio muerte a dos personas para asegurarse la impunidad en un delito

de rapiña, lo cual revela claramente la magnitud del injusto, que si bien es uno de los componentes de la condena no bien se analiza en profundidad la calificación delictual se verá que no es ese el fundamento central de la misma sino el concurso” (Cfme. Sentencia N° 448/2013 TAP 2°).

A su vez, el mismo Colegiado sostuvo: *“Como se ha dicho supra, la cuestión admite otro nivel de análisis, a poco que se advierta que, a los ‘... homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad...’ (artículo 92 del Código Penal), es dable imponerles medidas de seguridad eliminativas.*

Llegados a este punto, en el caso de los homicidas, se advierte que la peligrosidad juega: a) como pauta individualizadora de la pena (artículo 86), b) como elemento condicionante de la imposición de medidas de seguridad eliminativas, y, c) para el incremento del término prescriptivo.

Se trata, en suma, de distintas evaluaciones, a practicar en determinados momentos históricos, teniendo como guía las pautas que el propio legislador proporciona.

En los casos de literales

a) y b), el momento, no es otro, que en ocasión de dictarse sentencia definitiva.

Mientras que, en el primer caso (a), la peligrosidad constituye un mecanismo correctivo del juicio de culpabilidad; en el segundo (b), al no ser las medidas una contrapartida a la violación del precepto penal, sino que se dirigen hacia el futuro, resultan correlativas a la peligrosidad del reo, siendo éste extremo el que justifica su imposición.

Bayardo, define a la peligrosidad, como la '*... situación de estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, o que ha realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la ley penal -bien que sin ser delito bajo el influjo de condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro...*' (Tratado..., tomo III, pág. 170)" (Cfme. Sentencia N° 247/2019 TAP 2°).

IV.IV) En suma, el hecho de haber violado y matado a su sobrina de 14 años de edad, la profunda vileza de los móviles -satisfacer sus deseos carnales en la persona de su sobrina de 14 años, demostrando la absoluta falta de control de sus instintos, además de matarla para evadir la respon-

sabilidad penal- y la maquiavélica forma de ejecución y actuación posterior al delito -limpiar la escena del crimen, enterrar el cuerpo y participar de la búsqueda con los familiares-, permiten concluir que la peligrosidad que denota la conducta desarrollada por el Sr. AA se encuentra suficientemente acreditada y, en consecuencia, justificada la imposición de medidas de seguridad eliminativas que fueran dispuestas en la sentencia de primer grado.

IV.V) De acuerdo con el artículo 321.3 C.P.P.: *"El Juez Letrado de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia tendrá sobre las personas sometidas a medidas de seguridad eliminativas los mismos cometidos de vigilancia establecidos en este Código para el cumplimiento de las penas privativas de libertad"*.

Por otra parte, según el artículo 322 C.P.P.: *"Vencido el plazo mínimo de su duración, el juez encargado de la ejecución y vigilancia solicitará informes al establecimiento donde se cumple la medida, pudiendo decretar el cese cuando dichos informes hagan prever la readaptación del penado"*.

Quiere decir que no bien se constate la readaptación del condenado, corresponde disponer el cese de la medida, cuestión que podrá ser

promovida por la Defensa en el momento en que lo estime pertinente.

V) En definitiva, por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, en mayoría

FALLA:

AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y, EN SU MÉRITO, MANTIÉNESE LA CONDENA IMPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA, SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVANSE LOS AUTOS CON LAS FORMALIDADES DE ESTILO.

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

**DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

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

DISCORDE: por cuanto estimo que corresponde desestimar el recurso de casación in-

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

terpuesto por la
Fiscalía, sin especial condenación procesal.

Sobre las medidas de
seguridad eliminativas (art. 92 del C.P.) y su
aplicación al caso concreto.

La línea argumental del
TAP 4° para revocar la imposición de medidas de
seguridad eliminativas consistió en:

*“En nuestro sistema penal,
el legislador transitó por el sistema de doble vía,
para responder al crimen, por un lado con la pena (como
medida de culpabilidad) y por otro, con las medidas de
seguridad (atento a la peligrosidad del sujeto
actuante).*

*Las medidas de seguridad
eliminativas, no son más que la **'peligrosidad
cristalizada'** al decir de Bayardo Bengoa,
reconociéndose dos tipos de peligrosidad la social y la
delictual.*

*Entrarían en estado de
peligrosidad social, los individuos que no han cumplido
delitos en el pasado, pero cuya situación de peligrosos
deriva de sus propias condiciones de vida.*

*La peligrosidad delictual
es aquella que viene conformada por un acto de
naturaleza delictual cometido en el pasado por el*

sujeto, pero que hacer presumir dadas determinadas condiciones que volverá a delinquir en el futuro.

Las medidas de seguridad, miran hacia el futuro (no pretenden castigar por el hecho cometido), tratan de prevenir la comisión de nuevos delitos por otra parte del sujeto que se le aplican, lo que las convierte en un mecanismo de prevención especial del delito.

En el caso de autos, la gravedad de los hechos se valoraron en la pena individualizada de acuerdo a las pautas de los artículos 50 y 86 del C.P., la peligrosidad del agente, no fue probada por medio de prueba alguno, y en el caso en particular se enerva decisivamente con la primariedad delictual relevada" (fs. 120/121 vta.).

Comparto totalmente el enfoque técnico del Tribunal.

Las medidas de seguridad eliminativas, tienen una evidente carga aflictiva, operan como una sanción en la órbita estrictamente penal, por disposición del legislador, mensurando las circunstancias y **elementos fácticos que denotarían la peligrosidad del agente**. Todo ello, claro está, desde una perspectiva de prevención de carácter especial del delito.

Así, desde la academia se

han levantado voces críticas a su vigencia, señalándose que si se tiene en cuenta el bien jurídico agredido, la forma de la agresión y la modalidad de ejecución del delito, para la determinación de la condición de peligroso -los mismos elementos (entre otros) que se toman en cuenta para la determinación de la pena- les hace sugerir que estamos ante una doble modalidad sancionatoria, aunque quieran atribuírseles otros fines (Cf. SILVA FORNÉ, Diego: *"Antecedentes y presupuestos teóricos de las medidas de seguridad eliminativas"* en Revista de Derecho Penal, N° 13, FCU, Montevideo, 2002, pág. 646).

Como ha señalado, con anterioridad, la Corporación: *"Las medidas de seguridad eliminativas, en la concepción del Codificador, como se vio, no son un beneficio para el condenado, sino que cumplen la función de 'inocuidación' para usar una expresión utilizada por Mir Puig (ob.cit. p. 52) se aplican en defensa de la sociedad, radiándolo de ella por un mayor lapso que el de la pena"* (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 70/1997).

En tal sentido, afirma LANGON que estarían en estado de peligrosidad "social", individuos que no han cometido ningún delito en el pasado, **pero cuya condición de peligroso deriva de situaciones de** vida, educativas, culturales, laborales,

ambientales, personales (LANGÓN, Miguel: "Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay", Tomo I, UM, 3ª Edición, Montevideo, 2008, pág. 379).

Y es, en este sentido, que el término excepcional al que refiere la norma en cuanto a la gravedad, está referido, entre otras circunstancias, a la existencia de antecedentes penales.

En nuestro caso, el Sr. AA es primario (fs. 119 vta.) y la condición que reviste no sirve, aunado a otros, como elemento indicador del grado de peligrosidad. No puede perderse de vista que el acuerdo probatorio versó -entre otras cuestiones- sobre el *"perfil del victimario en su acusación la Sra. Fiscal indica de acuerdo a los indicios probatorios (prueba pericial y documental) que cuenta en su carpeta que en todo el proceso de muerte el imputado tuvo tiempo para reconocer su error o arrepentirse de lo que estaba haciendo, teniendo presente que el resultado muerte no fue inmediato, sino luego de ejecución de reiterados actos de violencia"* (fs. 3), pese a ello, **no se diligenciaron medios de prueba que aportaran información técnica concluyente para fundar un juicio proyectivo sobre la peligrosidad del sujeto.**

En igual sentido, se pronuncia el Dr. SOSA en su discordia, en términos que

también comparto.

La gravedad del ilícito penal cometido -no fue discutida por la Defensa- ameritó la imposición de la condena máxima de 30 años prevista en nuestro ordenamiento jurídico y, como destacó, el TAP 4°, ello ya fue correctamente evaluado a la hora de individualizar la pena (fs. 120/120 vta.).

En tal sentido, comparto el enfoque la Defensa Pública del Sr. AA en cuanto a que si la Fiscalía pretendía la imposición de las mencionadas medidas, era necesario contar con un pronóstico de peligrosidad, esto es, informes técnicos que avalaren o dieran sustento fáctico a la aplicación de las medidas.

Como bien precisó el Sr. Fiscal de Corte:

"...el sustento probatorio para arribar a tan grave calificación respecto a un individuo, con las consecuencias que sobre su libertad conlleva...requiere sin lugar a dudas de informes técnicos que puedan evaluar y concluir que estamos en presencia de un sujeto con una 'gran peligrosidad'..."
(fs. 150 vta.).

El razonamiento de la Fiscalía, parte de una inferencia probatoria sumamente endeble a partir del acuerdo probatorio celebrado. En la

precitada convención simplemente se hace referencia -tangencial- al perfil del victimario y al proceso que derivó en la muerte de Esmeralda.

Es decir, las convenciones probatorias constituyen acuerdos de los intervinientes sobre hechos no controvertidos del procedimiento que, al ser aprobados por el juez de garantía, dispensan de la carga de probarlos a través de los medios de prueba legal, hechos que luego no podrán ser discutidos durante el debate (Cf. GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel: "Justicia Penal Adversarial", Ad-Hoc, 1ª Edición, Buenos Aires, 2019, págs. 177/178).

Quiere decir que, si la Fiscalía pretendía acreditar el juicio proyectivo de peligrosidad, tenía la carga de probar los extremos fundantes de esa prognosis. La misma no deriva, por la sola modalidad de ejecución del delito o por la gravedad reconocida y que mereció el máximo reproche penal posible.

No tiene sustento fáctico el juicio de peligrosidad. Ninguna prueba aportó el Ministerio Público en tal sentido. El acuerdo probatorio no puede, a conveniencia, alcanzar aspectos fácticos que no fueron objetivamente aceptados por las partes.

No es posible subsanar las

omisiones probatorias del acusador público, partiendo únicamente de la gravedad del delito por la modalidad de ejecución, desconsiderando las circunstancias personales del autor.

Por lo demás, tampoco puede compartirse como pretende la recurrente que, con el *"mero examen del expediente surge por demás claro la peligrosidad del agente que fue capaz de cometer tan horrendo crimen..."* (fs. 124 vta.).

Primero, porque no se denunció explícita o implícitamente un supuesto de absurdo evidente. No hay una identificación concreta de los elementos probatorios que habrían sido olímpicamente desconsiderados por la Sala al formular su conclusión probatoria.

Antes bien, frente al acuerdo probatorio, el TAP 4° consideró -a la luz de tales elementos- que no se acreditó la premisa fáctica sobre la que se apoyó la solicitud de aplicación de medidas de seguridad eliminativas.

De hecho, la Fiscal actuante ni siquiera hizo mención al recurrir al acuerdo probatorio de marras, directamente omitió cualquier consideración sobre el punto.

Por otra parte, en casación, la Corte tampoco puede ingresar a valorar

-punto que soslaya la recurrente- el informe de la Psiquiatra Flavia CUSTODIO que obra a fs. 52/53 en donde se expresa que *"Su bajo control de impulsos le da un riesgo auto o heteroagresor crónico"*, precisamente porque la Sala entendió que:

"...no correspondía la agregación, pues no se realizó conforme la normativa legal, sin perjuicio de ello, la misma no tiene en esta instancia ni en la anterior, ninguna incidencia en la resolución del caso por lo cual efectivamente no se valoró" (fs. 119 vta.).

El órgano de alzada reconoció que tales documentos no pudieron ni fueron considerados a la hora de valorar el juicio de peligrosidad. Con lo cual, la inferencia probatoria realizada por la Fiscal actuante al recurrir, tampoco podría sustentarse en el documento que erróneamente obra glosado en la causa.

Este argumento no fue objeto de crítica por la recurrente.

De manera que, a diferencia del Sr. Fiscal de Corte que refiere al análisis efectuado por la actora del documento que contiene la pericia (ver fs. 150 vta. del dictamen), lo cierto es que el Tribunal lo consideró erróneamente incorporado y, además, reconoció su nula incidencia en

la formulación de su juicio analítico.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, desestimo el recurso de casación interpuesto.

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

DISCORDE: Por cuanto entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Letrada Departamental de Tacuarembó de Segundo Turno, pues la sentencia dictada por el "Ad Quem" no vulneró el artículo 92 inciso 4 del Código Penal, siendo ello así por lo subsiguiente.

En el punto, la cuestión a dilucidar se circunscribe a lo siguiente: ¿puede la peligrosidad inferirse de las propias circunstancias del delito? Y, en base a la respuesta que se confiera a dicha interrogante se coincidirá -o no- con las conclusiones de la Sala.

En efecto, tal como se consignó en la presente sentencia, a juicio de la mayoría "la gravedad del hecho, ya valorada para la imposición de la pena en atención al elemento culpabilidad, se vuelve a valorar desde el punto de vista de la peligrosidad de la conducta que emana de las circunstancias del delito". En cambio, en otra interpretación, a la cual adhiero -al igual que la

discordia que luce de la Sra. Ministra Dra. Minvielle y del dictamen del Sr. Fiscal de Corte- deberá estarse al juicio de peligrosidad que se haga sobre el futuro del individuo en base a la prueba recolectada en la causa. En otras palabras, el acusador público debe acreditar en juicio la peligrosidad del agente. Se deberá contar con informes técnicos que avalen lo afirmado por Fiscalía en el sentido de que se pueda estar en presencia de un sujeto que representa "gran peligrosidad".

En el punto, no cabe duda alguna de que no existió prueba -más allá de cómo ocurrieron los horrendos hechos- que acredite tal extremo. Y, al entender de este Sr. Ministro, si bien se analizarán las circunstancias del delito para la imposición de la pena, no se puede acudir solamente a ello para imponer medidas eliminativas sino que debe constar prueba que acredite cual será el juicio sobre el futuro del individuo.

En el punto, no puedo adherir a lo sustentado por la mayoría en el entendido de que, de la mera plataforma fáctica, por el simple hecho de que hayan quedado probado los hechos, pueda inferirse la peligrosidad del agente. Antes bien, Fiscalía debió probar en juicio la peligrosidad y no lo hizo.

Previo a cualquier cita

doctrinaria o jurisprudencial, corresponde remarcar que en autos la Fiscalía solicitó la pena máxima prevista en nuestro ordenamiento (30 años), en base a *"el bien jurídico tutelado, la forma de ejecución, el motivo, la edad de la víctima y el parentesco con su ofensor, la conducta desplegada por el mismo"* (véase auto de apertura a juicio a fs. 3). Y, renglón seguido solicitó -sin mayores fundamentos- la aplicación de las medidas asegurativas contenidas en los arts. 92 a 95 del CP.

Ahora bien, tal como luce de la causa, Fiscalía y Defensa efectuaron un acuerdo probatorio sobre la plataforma fáctica, sin embargo, nada se dijo sobre la peligrosidad del agente (por obvias razones, la peligrosidad no es un hecho y, en consecuencia, no se puede acordar).

No habiéndose probado la peligrosidad en juicio, dado que a la Fiscalía actuante le alcanzó con dicho acuerdo probatorio, la solución de la Sala no merece reproche alguno. Sin prueba incorporada a la causa, no puede inferirse la peligrosidad (futura del agente).

Tal como correctamente puntualizó la Sala: *"la Sala estima que le asiste razón a la Defensa pues no quedó probada la peligrosidad del agente, no conjugándose en la causa los requisitos legales exigidos por el art. 92 inc. 4 del CP. En*

nuestro sistema penal, el legislador transitó por el sistema de doble vía, para responder al crimen, por un lado con la pena (como medida de culpabilidad) y por el otro con las medidas de seguridad (atento a la peligrosidad del sujeto actuante) (...) Las medidas de seguridad, miran el futuro (no pretenden castigar por el hecho cometido), tratan de prevenir la comisión de nuevos delitos por parte del sujeto al que se le aplican, lo que las convierte en un mecanismo de prevención especial del delito. En el caso de autos, la gravedad de los hechos se valoraron en la pena individualizada de acuerdo a las pautas de los artículos 50 y 86 del C.P., la peligrosidad del agente, no fue probada por medio de prueba alguno, y en el caso en particular se enerva decisivamente con la primariedad delictual relevada" (fs. 120 vto.-121).

Y bien, lo dicho por la Sala es enteramente compartido en esta discordia, pues la gravedad de los hechos determinó que en ambas instancias se condene al imputado con la pena máxima prevista por nuestro ordenamiento. Ahora bien, por más graves que sean los hechos, la Fiscalía debió probar la peligrosidad del agente (hacia el futuro) y ese extremo no aconteció. Acaso, ¿qué juicio de peligrosidad puede realizar el juzgador si ni siquiera consta informe de experto o galeno en la materia que clarifique la

peligrosidad del agente y cómo será su desarrollo a futuro? En la causa no consta un solo elemento técnico que permita arribar a tal conclusión. Véase que los documentos de fs. 48-84 no corresponde que sean valorados tal como puntualiza la Sala en el Considerando IV a fs. 119 vto.

Tal como expresara nuestra jurisprudencia: *"lo que cuenta, como fundamento de la pena, es el hecho delictivo en sí, la culpabilidad; en tanto que las medidas de seguridad eliminativas responden a un estado de peligrosidad. Las medidas de seguridad eliminativas no constituyen una contrapartida por la violación del precepto penal, como lo es la pena, sino que se dirigen hacia el futuro y son correlativas a la peligrosidad del reo. Tal como, gráficamente, señalaba Bayardo: '...la pena es la culpabilidad cristalizada; la medida de seguridad es la peligrosidad cristalizada...' (Tratado..., tomo III, pág. 289)"* (Cfme. Sentencia No. 153/2005, TAP 2° Corujo, Preza, Gómez Tedeschi).

Si bien en la causa existe un acto de naturaleza delincuencia (tal como exige la totalidad de la doctrina y jurisprudencia para aplicar este tipo de medidas), lo cierto es que no se acreditaron las condiciones del sujeto que puedan hacer presumir que volverá a delinquir en el futuro.

Tal como señala Langón:

"El codificador, confeso partidario de hacer un Código de 'Política Criminal', creyó del caso transitar por el sistema llamado de la doble vía, para responder el crimen: por un lado con la pena (como medida de la culpabilidad), y por otro con medidas (atento a la peligrosidad del sujeto actuante). Siguiendo a Jiménez de Asúa, su sistema, que se caracteriza sobre todo por el empleo de las medidas eliminativas, parte de la base de mantener simultáneamente culpabilidad y peligrosidad, considerar al delito a la vez un fenómeno natural y un ente jurídico, e imponer 'penas y medidas de seguridad como doble medio de lucha contra el crimen'. Este compromiso que ha seguido, de armonizar las Escuelas Clásicas (para la que no hay represión sin culpa) y la Positiva del derecho penal (para la cual la represión es simplemente una medida de defensa social), ha sido hecho violentando sus principios netamente positivistas, para dar satisfacción al sentimiento colectivo, ya que, según dijo, 'el concepto de la responsabilidad social sin culpabilidad era una noción demasiado revolucionaria' (...) los puntos más álgidos de discusión lo plantean (...) especialmente las eliminativas, impuestas a ciertos delincuentes, en forma aditiva a la pena, a los cuales, como surge de lo expuesto, ya se les ha condenado por el hecho cometido,

apareciendo la medida como un suplemento de la pena, que la incrementa, no obstante pretenderse que ella no es la respuesta a la culpabilidad, sino a la peligrosidad demostrada por el autor. Irureta Goyena hubiera querido llegar a encarcelar a 'los vagos' que constituyen, decía, 'un flagelo nacional, y que sólo puede combatirse eficazmente por la reclusión durante largos años, tres, cuatro, cinco', y que se encuentran en 'estado peligroso', configurando su situación casos de peligrosidad sin delito que 'refleja la psiquis del hampa social, integrada por vagos, alcoholistas, viciosos, toxicómanos, ex liberados, etc.' (...) el sistema de a doble vía tiene su modelo paradigmático en la obra de Carlos STOSS, a la que refiere expresamente el codificador, que se plasmó en el anteproyecto de Código Penal suizo de 1893 el cual, dejando a salvo el principio retributivo de la pena, instrumentó un nuevo mecanismo de defensa destinado a la prevención especial, respecto de sujetos considerados en estado peligroso. Las medidas de seguridad miran al futuro (no pretenden castigar por el hecho cometido), y tratan de prevenir la comisión de nuevos delitos por parte del sujeto en cuestión que las sufre, lo que las convierte en un mecanismo de prevención especial del delito, a través de dos tipos diferentes de medidas: las privativas de la libertad (arts. 97, 98 y 99 C.P.), y

las que implican vigilancia ambulatoria, sin reclusión celular (arts. 101 y 102 C.P.). Las medidas de seguridad son, se ha dicho por Bayardo, 'peligrosidad cristalizada', reconociéndose dos tipos de peligrosidad: la delictual y la social (...) la peligrosidad delictual es aquella que viene conformada por un acto de naturaleza delincuencial, cometido por el sujeto en el pasado, que hace presumir, dadas las condiciones del actor, que puede volver a delinquir en el futuro, argumento similar al que sustenta la agravación por reincidencia (art. 48 C.P.). Es por eso que en todos los casos en que el derecho penal se ocupa de las medidas de seguridad, lo hace sobre la base de que el agente ha cometido una infracción penal (sea imputable o no)" (Cfme. LANGÓN, M. "Código Penal Uruguayo y leyes complementarias. Comentado" UM, Montevideo, 2017, págs. 243-247).

En definitiva, si bien AA cometió un delito de homicidio muy especialmente agravado, se lo condenó a la pena máxima prevista en nuestro ordenamiento (treinta años de penitenciaría). Ahora bien, no existe elemento probatorio alguno agregado en la causa que permita probar la peligrosidad del reo. Tal como puntualiza el Sr. Fiscal de Corte: "en buen romance, hay que realizar entonces, un juicio de peligrosidad al individuo, y en función de ese

juicio se llega a una conclusión que determinará la aplicación o no de una medida que será privativa de libertad, una vez cumplida la pena impuesta (...) dado lo dispuesto por el art. 92 CP, es dable señalar la carencia de antecedentes penales previos del imputado, extremo este que forma parte del elenco de pautas que la norma enuncia como indicativo del grado de peligrosidad requerido para la imposición de estas medidas. Asimismo, esta circunstancia constituye uno de los fundamentos por los cuales la Sala revoca la sentencia en cuanto a la imposición de dichas medidas. Por otra parte, no existe la menor duda en cuanto a lo aberrante del delito cometido, considerando 'la naturaleza de los móviles' y 'la forma de ejecución', dos de los ítems que señala asimismo la norma, extremos estos que por otra parte fueron los que dieron mérito a la imposición de la máxima pena prevista en el Código Penal. Ahora bien, tales extremos no resultan suficientes per se, para probar la 'excepcional gravedad' que denuncie 'una gran peligrosidad', y ello es así no sólo por lo que surge de la propia redacción del art. 92 CP, sino que las reglas de experiencia avaladas por la jurisprudencia obrante en este tema así lo indican. En efecto, el sustento probatorio para arribar a tan grave calificación respecto a un individuo, con las consecuencias que sobre su libertad

conlleva como se señalara ut supra, requiere sin lugar a dudas de informes técnicos que puedan evaluar y concluir si estamos en presencia de un sujeto con una 'gran peligrosidad'. Y en el presente caso, sin desmedro del análisis que efectuó la actora en el juicio del documento que contiene la pericia, la conclusión en cuanto a la peligrosidad de AA, es una deducción que efectúa la Fiscalía, en base a las consideraciones realizadas por la perito, puesto que en ninguna parte de dicho documento se analiza específicamente este tema y a que por otra parte no obran en autos otras pruebas técnicas en las cuales se analice este tema" (fs. 149 y 150-150 vto.).

No quiero dejar de finalizar esta discordia con las reflexiones del Prof. Cairoli efectuadas en el año 1985 al analizar las reformas penales de la ley de pacificación nacional. Recordemos que dicha norma -en ese entonces- derogó el régimen de las medidas de seguridad eliminativas. Lo interesante de dicho artículo, a escasos 40 años de su publicación, era la interrogante que se planteaba el autor sobre ¿qué interés puede haber en mantener el "doppio binario" como sistema punitivo?, y ya en ese entonces, contestaba: "la recuperación de un delincuente se opera ya cuando está cumpliendo la pena, sin que sea necesario que esta se agote y comience a

cumplir las medidas de seguridad, para saber si está listo para volver al seno de la sociedad. Personalmente, siempre consideré suficiente a la pena privativa de libertad cuando ésta se impone adecuada y retributivamente y fui contrario a las medidas de seguridad eliminativas en aquellos casos en que no llevaban más que a una limitación al delincuente que no le permitía reinsertarse a tiempo en la sociedad. Así lo demuestran innumerables fallos del tribunal de Apelaciones que integro desde mediados del año 1978. O sea que, cuando el juez se ha movido dentro de los límites legales y ha tenido en cuenta para la correcta aplicación de la pena, no solo la gravedad del hecho sino también, la mayor o menor peligrosidad, según lo indica el artículo 86 del Código Penal, no es necesario a mi juicio, recurrir a las medidas eliminativas. Ya el texto legal autoriza a fijar la pena atendiendo entre otras cosas, a la peligrosidad. Si de acuerdo a esto, los jueces imponen al reo el límite superior o una pena cercana a él, con ello la sociedad ya estará protegida de la peligrosidad, sin que sea preciso agregar medidas de seguridad" (Cfme. CAIROLI, M. "Dos reformas penales de la ley de pacificación nacional" en LJU, T. XCI, sección doctrina, págs. 3-6).

En definitiva, bajo tales parámetros, desestimo el recurso de casación y confirmo

la sentencia de la Sala, pues los agravios esgrimidos no logran conmover la solidez de sus conclusiones.

DR. JUAN PABLO NOVELLA HEILMANN
PRO SECRETARIO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA