

//tencia No.

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ

Montevideo, veinte de abril de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados:

"Z.Q., J.R.- CÓMPLICE DE UN DELITO DE HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO - CASACIÓN PENAL", IUE: 87-289/1985.

RESULTANDO QUE:

I) Por Sentencia Interlocutoria de Primera Instancia No. 402/2012 del 6/III/2012, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1er. Turno se dispuso:

"No hacer lugar a la pretensión de prescripción.

No hacer lugar a la pretensión de inicio de sumario contra J.G .por la muerte de Julio Castro Pérez.

El procesamiento y prisión de J. R.Z.Q. como cómplice de un delito de Homicidio muy especialmente agravado.

(...)" (fs. 1.283-1.314).

II) Por Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia No. 198/2014 dictada el 22/V/2014 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno, se falló:

"1) Confírmase la Interlocutoria recurrida No. 402/2012, en lo que refiere a la desestimatoria de la prescripción del delito, en mérito a los fundamentos expuestos en los Considerando II, III y IV precedentes.

2) Revócase la Interlocutoria recurrida No. 402/2012, en lo que refiere al procesamiento y prisión del encausado J.R.Z.Q. -atento a los fundamentos

expuestos en los considerando V y VI precedentes- , y en su mérito, dispónese la inmediata libertad provisional del enjuiciado, bajo caución juratoria, la que devendrá definitiva ejecutoriada que sea la presente, cometiéndose al 'a-quo' su cumplimiento, y clausúrase a su respecto este proceso penal.

3) Revócase la Interlo-cutoria recurrida No. 402/2012, en cuanto denegó la imputación delictiva del indagado J.N.G.P., y en su lugar -atento a los fundamentos expuestos en el Considerando VII precedente- , decretase el procesamiento y prisión preventiva del precitado indagado como coautor de un delito de homicidio, cometiéndose al 'a-quo' las comunicaciones pertinentes, en especial dando cuenta que deberá quedar a disposición de esta causa, cuando sea excarcelado por la que se encuentra actualmente recluido.

4) Revócase la Interlo-cutoria recurrida No. 402/2012, en lo relativo a la formación de la pieza presumarial que se dispuso -por los fundamentos expuestos en el Considerando VIII precedente- , y en su lugar, se comete al Sr. Magistrado 'a-quo', que acumule en forma dicho presumario a esta causa, atento a la indubitable conexión de acciones allí sustanciadas..." (fs. 1.709-1.723).

III) A fs. 1.730-1.745 vto., la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2º Turno interpuso recurso de casación, y expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

- El Tribunal debió aplicar al caso, al desestimar la prescripción, las normas de Derecho Internacional (muy especialmente el cumplimiento de la Sentencia del caso "Gelman vs. Uruguay"), en tanto la figura del Homicidio muy especialmente agravado (art. 312 C.P.), en la atribución de responsabilidad por los hechos perpetrados que causaron la muerte

al Maestro Julio Castro Pérez, es un delito de lesa humanidad y por tanto imprescriptible. En consecuencia, también se rechaza el argumento que de la aplicación del Derecho Internacional colide "frontalmente con la independencia técnica del Poder Judicial" (fs. 1.730 vto-1.731).

- La invocación de instrumentos internacionales no configura una clara infracción de normas constitucionales, ni tampoco un desborde tendiente a la aplicación de un derecho de excepción.

Sin duda alguna la ejecución de Julio Castro Pérez es un delito de lesa humanidad, y por tanto excluye la aplicación del instituto de la prescripción.

- El coautor del homicidio de Julio Castro Pérez es sin lugar a dudas. La mención a la ocurrencia de los hechos no implica que se revisen los mismos, sino su valoración desde el punto de vista probatorio que deviene en la errónea aplicación del art. 174 del C.P.P.

- Z.Q., funcionario público, procedió a una detención ilegal (secuestro), ordenando a un hombre de 68 años entrar en un auto, sin uniforme como se estilaba, no le mostró orden de Juez Militar alguna, le obligó a agacharse en el vehículo en que lo trasladaban (si no hubiera sido ilegal la detención no se le hubiera exigido), no lo llevó a ningún Juzgado Militar y lo trasladó a un centro de detención clandestino. Lo entregó para que el SID obtuviera información, muy especialmente se hablaba de una grabación que comprometía a militares uruguayos y sus procedimientos. Eso obviamente lo sabía Z.. La información se obtenía mediante tortura. Así eran los interrogatorios, y así ocurrió, luego fue ejecutado.

Tal vez si no hubiera sido hubiera sido otro el responsable de la detención ilegítima, que culminaría con la ejecución de Julio Castro, pero fue él y debe ser responsabilizado por ello.

La obediencia debida no es admitida en el ámbito de los delitos contra la humanidad. No es posible argumentar la eximente de responsabilidad referida a la obediencia debida, prevista en el art. 29 del C.P., pues el enjuiciado no actuó en el marco de sus atribuciones funcionales estrictas.

- En definitiva, solicita se proceda a casar la sentencia interlocutoria impugnada: a) en cuanto revoca el procesamiento de J.R.Z.Q. , y b) en tanto estima que el hecho delictivo de autos, aún cuando se lo encuadre en el tipo de Homicidio muy especialmente agravado, está sujeto a prescripción, desconociendo que se trata de un crimen de lesa humanidad.

IV) El Defensor de J.R.Z.Q. , por los fundamentos que expuso a fs. 1.753-1.768, solicitó el rechazo de la pretensión casatoria movilizada.

V) Las Defensoras de J.N.G.P. evacuaron el traslado conferido respecto del recurso de casación, y en definitiva solicitaron se dicte sentencia anulando el fallo de segunda instancia en contra de su defendido en virtud de haber operado prescripción del delito.

VI) Conferido traslado del recurso al Sr. Fiscal de Corte fue evacuado a fs. 1.783-1.793 quien, por los fundamentos que expuso en Dictamen No. 3.695, entendió procede amparar la Casación impetrada sólo en lo que refiere al agravio por la errónea aplicación del art. 174 del C.P.P., y como corolario la aplicación del art. 29 del C.P..

VII) Elevados y recibidos los autos, se convocó a las partes para sentencia, acordándose la misma en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Corporación, integrada y por mayoría, desestimaré el recurso de casación interpuesto.

II) En primer lugar, la unanimidad de las voluntades coincide en que corresponde desestimar los agravios por la aplicación a la causa del instituto de la prescripción.

Cabe tener presente que, aunque por diversos fundamentos a los pretendidos por la recurrente, en la atacada la Sala dispuso desestimar la declaración de prescripción de la acción penal. Por tanto, el agravio del Ministerio Público en el punto carece de utilidad, ya que la prescripción del delito investigado en autos fue descartada por la Sala, por lo que la decisión impugnada en nada perjudica la prosecución de la causa en los términos requeridos por la parte actora. En su mérito, los distintos fundamentos manejados por el "ad quem" para resolver la prescripción en nada implican un agravio concreto en la causa, al no afectar perjudicialmente la pretensión actora en la parte dispositiva del fallo, lo que hacen innecesario un pronunciamiento de la Corte en esta etapa sobre el particular.

En efecto, y sobre el punto que viene de señalarse, el recurso de casación resulta inadmisibile, en virtud de lo establecido en el inc. 3º del art. 270 del C.P.P., ya que los supuestos errores alegados por la recurrente no determinaron, en su perjuicio, la parte dispositiva del fallo.

III) En segundo lugar, corresponde también sea rechazado el agravio relativo a los alegados errores de valoración probatoria, por errónea aplicación del art. 174 C.P.P.

Cabe señalar que la Corporación, en mayoría, ha sostenido que la revalorización de la plataforma fáctica resulta exiliada de la casación penal. Así, en Sentencia No. 877/2014 (entre muchas otras), sostuvo:

"...En cuanto al agravio relativo a la valoración de la prueba (inc. 1 del art. 174 del C.P.P.) los Sres. Ministros Dres. Ruibal, Larrieux, Chediak y Chalar reiteran lo sostenido por la Corte en el sentido que: 'El recurso de casación... sólo puede fundarse en una infracción o errónea aplicación de la Ley, en el fondo o en la forma, no pudiendo discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos (arts. 269 y 270 inc. 1 y 2)' (Cf. Arlas, 'El nuevo C.P.P.', pág. 18; Vescovi, 'Derecho Procesal', T. VI, 2a. Parte, pág. 170).

La casación debe circunscribirse exclusivamente a las cuestiones de orden jurídico. En materia penal los aspectos fácticos y la valoración de la prueba no constituyen motivo de casación (art. 270 C.P.P.).

Efectivamente, es criterio firme de esta Corporación que: 'Los hechos son intangibles y debe estarse a los dados por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula (Sentencias Nos. 12/90, 42/92, 93/93, 75, 788 y 934/94, 796, 820, 890, 144/96, entre otras)'.

'La función de la Corte en sede de casación penal es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado, como tal, para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado'.

'Si resulta posible, en general

distinguir en la sentencia si la infracción refiere al Derecho -en su más amplia acepción- o si se consideran hechos históricos sobre los cuales el Juez ha emitido su juicio, caso éste en el cual se considera intangible e inmodificable'.

'De esta forma se evita el ingreso, aún en forma indirecta, al campo de los hechos o, dicho de otro modo, no es admisible el juzgamiento de un error de derecho cuando invocado el mismo, se critican las consideraciones del Juez e inclusive el proceso lógico que hubiere aplicado para determinar los hechos como tales (DE LA RUA, 'El recurso de Casación' págs. 119 y 305; Ed. 1968)' (Cf. Sentencia No. 135/2005) (Sentencias Nos. 398/03, 200/05, 24/06 y 251/06, 1/2010, entre otras)' (Cfe. Sentencia No. 202/2010).

'Así, pues, la función de la Corporación en la etapa de casación consiste en tomar el hecho narrado o tenido por probado por el Tribunal, para reexaminar, eso sí, la calificación jurídica, precisando si se adecua a aquél. Ello, en la medida en que el recurso solamente puede fundarse en una infracción o errónea aplicación de la Ley, en el fondo o en la forma, no pudiendo discutirse los hechos dados por probados, respetando la intangibilidad del material probatorio recogido por el órgano de mérito (Cf. El nuevo Código del Proceso Penal, con estudio preliminar del Prof. Arlas, F.C.U., 1980, pág. 18; Vescovi, Enrique, Derecho Procesal, Tomo VI, 2a. parte, pág. 170; y sentencias Nos. 50/1994, 680/1996, 195/1998, 237/2002, 158/2003, 125/2007, 83/2008, 714/2008, 758/2008, 29/2009, 85/2009 y 117/2009 de la Suprema Corte, entre muchas otras)' (Cfe. Sentencia No. 459/2009)".

Además, y como se expusiera en Sentencia de la Corte No. 875/2014 por mayoría:

"A juicio de los Sres. Ministros Dres. Ruibal, Larrieux, Chediak y Chalar, no es correcta la pretendida aplicación de la norma de integración contenida en el art. 6 del C.P.P. para hacer extensivas las normas específicas de la casación civil a la casación penal, pues no se verifica la condición pre-vista en dicho artículo, consistente en que las soluciones legales convocadas para colmar el supuesto vacío normativo 'no se opongan directa o indirectamente' a las previsiones propias contenidas en la Ley procesal penal.

En nuestro sistema, la intangibilidad de los hechos dados por probados en las instancias de mérito constituye la piedra angular de la casación penal, y está legislada con total claridad en el art. 270 inc. 2 del C.P.P.

Así, pues, la diáfana redacción del referido texto legal impide toda flexibilidad de interpretación o integración, a la vez que aleja la posibilidad de invocar la infracción a las reglas de valoración de la prueba como causal de casación, prevista en el art. 270 inc. 1 del C.G.P. Ello, porque resulta de toda evidencia que la solución de la Ley procesal civil se opone, de manera rotunda, al precepto de la Ley procesal penal (cf. Sentencia No. 291/2001 de la Corporación y opinión de los Sres. Ministros Dres. Ruibal, Larrieux, Chediak y Chalar en las Sentencias Nos. 384/2013 y 754/2014 de este Colegiado, entre otras)".

En virtud de la plataforma fáctica relevada en Alzada, se tienen por acreditados los siguientes hechos:

- El encausado cumplió la orden recibida de su jerarca R.B., que implicó la detención de Julio Castro.

- La referida detención se llevó a cabo sin violencia, ni física ni moral, no generando alarma alguna. Tal hecho no tuvo las características de un secuestro, pues no se verificó en absoluto la violencia inherente a una situación de privación de libertad de tal naturaleza.

- Efectuada la detención, el encausado recibió la orden de llevar al detenido hasta la "Casona", en la calle Millán, lo que cumplió.

- En dicho lugar, Julio Castro fue recibido por R.B., quien le ordenó a Z. que regresara al SID.

- El encausado no conocía la información de inteligencia que manejaban R.B. y G., y tampoco tenía elementos como para poder evaluar que la persona detenida fuera a ser asesinada.

Y en ese marco fáctico, inmodificable en esta etapa, la mayoría que conforma esta decisión entiende que la tarea de subsunción jurídica efectuada por la Sala resulta ajustada a derecho. Como señaló correctamente la Sala "*...la labor funcional desarrollada por el enjuiciado, no puede proyectarse en lo personal, y en el plano jurídico, más allá del acto concreto de detención de una persona en la vía pública, en condiciones apropiadas de actuación policial, en cuanto no existe prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de que participara concursalmente del ulterior resultado de muerte violenta del detenido*".

IV) Por último, la unanimidad de las voluntades entiende que corresponde desestimar, por improcedente, el planteo de prescripción de la acción efectuado por la Defensa de J.N.G.P..

Razones de índole puramente formal llevan al rechazo del referido planteo. En efecto, si bien

corresponde tener presente que la prescripción en materia penal constituye un instituto de orden público, que puede declararse de oficio aún cuando el enjuiciado no lo hubiese reclamado expresamente, en el presente caso resulta central tener en cuenta que la Defensa de G. no interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia que desestimó tal cuestión, por lo que corresponde concluir que lo relativo a la prescripción del delito investigado es materia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada en esta etapa, sin perjuicio del reestudio que pueda efectuarse luego de transcurridas las restantes etapas del proceso penal, y ante una eventual condena del co-imputado.

Además, el planteo en cuestión ni siquiera puede ser tomado como una vía adhesiva al recurso de casación, ya que ello resulta inadmisibles en materia penal por falta de consagración legal expresa (arts. 269 y 282 C.P.P., cfme. Sentencia de la Corte No. 1.320/2009).

V) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, correspondiendo que las costas sean a cargo del oficio.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, CON COSTAS DE OFICIO.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DR. WILLIAM CORUJO
MINISTRO

DR. SERGIO TORRES
MINISTRO

DISCORDE: POR CUANTO

CONSIDERO QUE CORRESPONDE

ANULAR LA IMPUGNADA POR

ERRÓNEA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 174

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

DEL C.P.P. y 29 DEL C.P., EN CUANTO ABSOLVIÓ A Z.Q., CONFIRMANDO EN SU LUGAR EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA, POR LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:

I) En posición coincidente a la sostenida por el Sr. Fiscal de Corte -aunque por argumentación diversa- entiendo que corresponde desestimar el agravio que postula la anulación de la recurrida por entender que el hecho delictivo perpetrado en autos aún cuando se lo encuadre en el tipo de homicidio muy especialmente agravado, está sujeto a prescripción, desconociendo que se trata de un crimen de lesa humanidad.

Se coincide con el Sr. Fiscal de Corte cuando en su dictamen señala que no obstante haber sostenido que no son aplicables las normas de prescripción contenidas en el Código Penal, cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos ocurridos en Uruguay, sino que corresponde dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país (aplicando el caso Gelman vs. Uruguay), considera que

el agravio no es de recibo al tratarse de la decisión del Tribunal de un pronunciamiento que coincide con la postura de la impugnante por lo que, al desestimar la prescripción del delito, no le causa perjuicio.

II) Con relación al segundo agravio que ejercita relativo a la inobservancia de la regla de la sana crítica al valorar la prueba de autos, invocando violación del art. 174 del C.P.P., le asiste razón.

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

Así, la infracción del art. 174 C.P.P. puede señalarse en casación por aplicación del art. 270 del C.G.P., convocado a regir el proceso penal por el art. 6 del C. P. P. que dispone: *"Las palabras y el espíritu de estas normas se integran con lo que disponen las leyes de la República, siempre que no se les opongan, directa o indirectamente"*. El art. 270 C.G.P., lejos de oponerse o contradecir al art. 270 C.P.P., es claramente complementario de éste. Ambas disposiciones dicen, en su inciso primero, lo mismo: *"El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma"*. Pero el art. 270 C.G.P., posterior en vigencia a su homónimo, precisa el concepto, en el sentido de que el mismo (infracción o errónea aplicación de normas de derecho) comprende, inclusive, *"la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba"*.

En consecuencia, la Suprema Corte de

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

Posición reforzada por ser doctrina más recibida y por haberse aprobado el régimen casatorio similar al C.G.P. al establecer el art. 369 de la Ley No. 19.293 (Remisión y particularidades) que: *"Con respecto al recurso de casación en materia penal se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones del Libro I, Título VI, Capítulo VII, Sección VI del Código General del Proceso..."*.

III) De los fundamentos del *ad quem*: Revoca el procesamiento por los fundamentos establecidos en Considerandos V) y VI) fs. 1.718 vto./1.720 vto.

Entiende que la imputación carece absolutamente de prueba incriminatoria, resulta de hipótesis fáctica "elucubrada" por la recurrida, que de modo alguno se compadece con la verdad material en cuanto a cómo se produjeron los hechos.

Plantea la ajenidad del encausado respecto del homicidio.

Sostiene que es evidente la falta de nexo causal entre detención y muerte de Julio Castro, recurriendo a la figura de la obediencia debida.

No se entiende si existió delito porque no se enjuició a B.

El Tribunal considera de manera contundente en su argumentación, que no existe prueba alguna en autos que vincule o relacione al indagado con el resultado muerte de Julio Castro.

Parte del relato de los hechos dados por probados en etapa preliminar de instrucción: detención de Julio Castro por un grupo integrado por Z., B. y un tercer miembro que no ha sido identificado; el episodio se desarrolló en la vía pública; no hubo resistencia a la detención ni violencia utilizada por los efectivos; subido el detenido a un vehículo sin identificación oficial, previa orden comunicada por radio del jefe del SID, Castro es entregado en una casa utilizada como centro de detención de manera encubierta (Millán y Loreto Gomensoro).

IV) Si bien es posible hacer una lectura parcial de los hechos como realiza el Tribunal y formular algunos ejemplos que mostrarían lo disparatado de asignar al aprehensor las consecuencias del ulterior trato recibido por la persona detenida: tortura y eventualmente muerte, entiendo que el caso debe ser analizado en el contexto en que se desarrolló.

Si bien la denominada lucha antisubversiva fue responsabilidad de los mandos militares, la propia presencia de Z. en el SID, oficial de alta graduación, demuestra que alguna injerencia debía tener en el cumplimiento de los objetivos de dicho servicio. Es más, se le confía la detención de una persona con cierta notoriedad -maestro, periodista- que estaba en contacto con integrantes del Cuerpo Diplomático acreditado en la República y con importantes relaciones a nivel internacional. Lo que por su naturaleza significaba para el

gobierno de facto un serio problema al exponer sus excesos y arbitrariedades en el ámbito internacional.

La detención no fue aislada o un hecho fortuito, respondió a un operativo por el que fuera posteriormente felicitado el Jefe del Servicio.

Todo eso Z. lo conocía, admite que cumplía órdenes directas de su Jefe -R.B.- aunque en realidad era G.. Ese jefe le indica que debe conducir al detenido a un centro clandestino de detención.

Ese solo hecho a mi entender es demostrativo de que Z. conocía para qué era conducido Castro, obtener información a cualquier precio.

De allí que no se puede a esta etapa de los procedimientos sostener que no existe prueba alguna incriminatoria del resultado muerte con la acción del indagado.

Coincido en que no puede invocarse la obediencia debida como causal de justificación, señalándose que es invocada en refuerzo de la ausencia de prueba, lo que es indicativo en sí de la necesidad de fortalecer un argumento de difícil sostenimiento autónomo.

Claramente no puede invocar obediencia debida un oficial de jerarquía, preparado especialmente en tareas de inteligencia, no olvidar que su origen en la Policía es "Narcóticos" y que nadie puede pensar que desconocía la esencia ilícita de la denominada "guerra antisubversiva" llevada adelante por un Estado en el que se había disuelto el Parlamento y suprimido las garantías constitucionales.

Tampoco que Julio Castro durante más de 20 años estuvo en condición de desaparecido, situación que cesó

recién cuando se encontraron sus restos con una herida de bala en la cabeza.

Respecto del delito de desaparición forzada se reconoce que tiene un bien jurídico u objeto de protección múltiple, tiene como soporte la privación ilegítima de libertad, pero además la omisión posterior del deber de información coloca a quien se ha puesto en tal posición en una posición de garantía respecto a determinado bien jurídico (Galaín, Pablo, "Uruguay en Desaparición Forzada de Personas. Análisis comparado e Internacional").

Esto hace ingresar la responsabilidad en lo que Roxin ha denominado delitos por incumplimiento del deber "Autoría y dominio del hecho" (traducción española, Marcial Pons, año 1998).

Para el autor los tipos penales de la parte especial, que sólo los pueden cometer aquellos que están colocados en situación especial responden a los denominados delitos de dominio y los delitos de infracción del deber. En los primeros presupone el legislador el "dominio" de la conducta típica por parte del autor. En los segundos el reproche penal iría dirigido a la infracción de un deber específico del sujeto activo. Roxin con esta posición logra que la autoría se desligue del dominio del hecho, sino que además la participación dolosa se refiere al incumplimiento del deber en sí. ("Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber" Manuel A. Abanto Vásquez, Revista Penal No. 14 (julio 2004, Ed. La Ley).

El delito se consuma para el incumplidor del deber con la infracción dolosa del mismo. Si se imputara a Z. la desaparición forzada de la víctima, tal

argumentación sería suficiente para imputarlo.

Con relación a la etapa procesal que cursan estos autos, la decisión de si se sigue o no el procedimiento, existen elementos probatorios suficientes en esta etapa para mantener la investigación de los hechos y la sujeción procesal del indagado.

Como se señalara en Pronunciamiento No. 689/95: "*Lo propio sucede en otras disposiciones del C.P.P. (v. gr. arts. 176; 177; 231, etc.), desde que siendo que en la etapa inquisitiva del presumario (arts. 112 y ss. C.P.P.) se desarrolla actividad probatoria a los efectos de determinar si existe la semiplena prueba que habilite el procesamiento (arts. 15 y 16 Const. y 125 y 126 C.P.P.)...*", lo que aconteció en el subexamine.

En definitiva la tipificación penal de los hechos que se atribuyen y el grado de participación delictual son propios de la etapa de conocimiento en este proceso penal.

En cuanto al no enjuiciamiento de B., es cuestión ajena a este proceso, dado que el titular de la acción penal es el Ministerio Público.

V) Siguiendo con el análisis, se advierte que la ponderación del cúmulo probatorio efectuada por el *ad quem* se encuentra reñido con las reglas de la sana crítica, no existiendo ligazón lógica entre la prueba de autos y las conclusiones a las que se arriba en la impugnada, resultando correcta la adecuación típica de los hechos dados por probados, dentro de la figura prevista en la ley que sancionara el delito imputado al encausado que resultara absuelto en segunda instancia.

Como se señala por parte del Sr.

Fiscal de Corte a fs. 1.788 vto y ss. son hechos probados que J. R.Z.Q. , en febrero de 1977 fue ascendido a Sub-Comisario, cargo que detentaba cuando ingresó a prestar servicios en el SID (Servicio de Información y Defensa), con fecha 14/07/1976, siendo reintegrado a la Brigada de Narcóticos y Drogas Peligrosas el 12/08/1977 (fs. 1.230-1.244)

En consecuencia, fue Z. quien procedió a cumplir con la orden de detención de Julio Castro, oportunidad en que requirió la asistencia del soldado J. C. B. P..

Asimismo resulta acreditado que en el momento en que la víctima se desplazara a la casa de O.L., fue interceptado por el encausado, introduciéndolo al móvil que los trasladara hasta allí. La sentencia relaciona asimismo que B. se ubicó en el asiento de atrás y Z. condujo el auto hasta la casa de la calle Millán 4XXX esq. Loreto Gomensoro, que funcionaba como centro de reclusión clandestino donde según Z. lo entregó a su jerarca Juan Antonio R.B..

Como se señala a fs. 1.789 no obstante no resultar probado a quién fue entregado Julio Castro, no resulta controvertido que al encausado lo llevaron hasta la referida casa particular, no tratándose de ninguna dependencia oficial, militar o policial, lugar en el que además surge acreditado que fue sometido a torturas y luego falleciera probablemente a raíz de un disparo de arma de fuego.

No resulta compartible la argumentación desarrollada por la Sala para fundar la absolución del referido encausado. El Tribunal al efecto indica que la detención que efectuó Z., se ajustó a la orden que le diera R.B., por haber sido requerida por la Justicia Militar.

El art. 29 del Código Penal regula

entre las causas de justificación la "Obediencia al superior" que establece: *"Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto por obediencia debida. La obediencia se considera tal, cuando reúne las siguientes condiciones.*

a- *Que la orden emane de una autoridad.*

b- *Que dicha autoridad sea competente para darla.*

c- *Que el agente tenga la obligación de cumplirla.*

El error del agente en cuanto a la existencia de este requisito, será apreciado por el Juez teniendo en cuenta su jerarquía administrativa, su cultura y la gravedad del atentado".

Disposición que no resulta aplicable al subexamine.

Como se señalara en Sentencia No. 643/2012: "...con relación al agravio por la verificación de la causa de justificación de la obediencia debida, éste tampoco resulta de recibo.

Como acertadamente enten-dió la Sala, el enjuiciado no se encontraba en una situación de coacción o de temor que le impidiera no realizar los actos objeto de las presentes actuaciones. Así, siguiendo a Bayardo Bengoa, se comparte que: '... dentro de nuestra organización jurídico-política, existe más que la facultad, el deber de analizar la orden superior, y ello por cuanto si bien la obediencia a los superiores tiene el carácter de un deber, para que la obediencia sea debida, quien imparte la orden debe hacerlo dentro de una esfera de licitud. Como lo ha sostenido la casación italiana, un

límite al deber de obediencia consiste en la manifiesta ilegitimidad de la orden en el cual se tiene, no el derecho, sino el deber de desobedecer' (Derecho Penal Uruguayo, Tomo II, págs. 167 a 173)".

Trasladando tales conceptos al subexamine cabe concluir, en coincidencia con el dictamen del Sr. Fiscal de Corte que atento a la jerarquía administrativa de Z., su cultura y la gravedad del atentado, hace razonable concluir en la ilegitimidad de la orden, y como consecuencia la ilicitud de su conducta, que no pudo dejar de ser advertida atento a ser manifiesta.

Por lo que la valoración probatoria efectuada por el órgano de segunda grado de mérito no fue realizada conforme a las reglas legales de la sana crítica, existiendo vulneración del art. 174 del C.P.P., no encontrándose amparada la conducta del encausado por el art. 29 del Código Penal al resultar probada la existencia de un hecho con apariencia delictiva, así como elementos de convicción suficientes para entender que el imputado tuvo participación en el mismo, en función de lo cual procede su revisión en grado casatorio.

VI) Ahora bien, en el caso se imputa el delito de homicidio.

Z. detiene y entrega a Castro en un centro de detención clandestina, en el marco de una operación en los años duros de la guerra sucia antisubversiva, el resultado que efectivamente era posible y probable, por tanto debió ser previsto.

En cuanto a la cuestión de la previsibilidad de la muerte de Julio Castro:

"Lo previsible (concepto estrictamente normativo y por lo tanto valorativo), señala el límite de la imputación, porque más allá está el acaso, el azar, el destino, la mala suerte, el fortuito, las fuerzas de la naturaleza, en definitiva la objetividad del resultado que, en un derecho de culpabilidad (liberal y democrático), no puede servir de base y fundamento de reproche quedando fuera del campo de la culpabilidad" Langón T. I pág. 113.

"En el dolo eventual, previsto por la ley como el resultado que no se quiso pero que se previó (art. 18 inc.3 y 3 C.P.), considerado intencional por mandato del legislador, el resultado debe no sólo ser previsible (como posible o como probable) sino que también debe haber sido previsto por el sujeto actuante, el cual no obstante esa previsión, y aún sin quererlo directamente, actúa de todos modos, produciéndolo, asumiendo, asintiendo o aceptando ese resultado, causado por su actuación, que se le imputará como voluntario.

En este caso el agente no tiene directamente la voluntad de ejecutar el hecho prohibido, ("el resultado no se quiso"), sino que no detiene su acción ante la previsibilidad de su producción, ("pero que se previó"), asumiendo así el riesgo de su ocurrencia, imputándosele por tanto como intencional, (sí que eventual), para el caso azaroso de su producción.

El legislador supone que la simple previsión de un resultado, y el accionar consecuente no obstante ello, equivale a ratificarlo, a asumirlo, a aceptarlo, en definitiva a quererlo aunque sea indirectamente, por lo que se considera voluntario o doloso" pág. 111.

A juicio de este Ministro en la etapa procesal en que se encuentran estos autos, no puede descartarse que los hechos imputados prima facie a Z. puedan ser encartados como homicidio a título de dolo eventual sin perjuicio de las contingencias de la causa.

La cuestión en sí no es de valoración probatoria, sino "questio juris" atinente a la interpretación del elemento culpabilidad inherente a la calificación típica inicial, respecto de la calificación de si el resultado muerte pudo o no ser previsto. Caso que prima facie permite ser considerado a título de dolo eventual.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA