

//tencia N° 646

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ

Montevideo, veinte de junio de dos mil veinticuatro

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA.BB - UN DELITO DE ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES EN REITERACIÓN REAL, CON UN DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL - CASACIÓN PENAL"**, IUE: **2-23454/2021**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia, en mérito a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Público y la Defensa de particular confianza de los imputados y;

RESULTANDO:

I) Por Sentencia de Primera Instancia N° 36/2022 de fecha 4 de abril de 2022 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Durazno de 4° Turno, se absolvió a los imputados AA y BB de los delitos de abuso innominado de funciones en reiteración real un delito de homicidio simple a título de dolo eventual (fs. 50/61).

II) En segunda instancia, por sentencia definitiva N° 80/2022 de fecha 1° de noviembre de 2022 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno, se resolvió: *"Confírmase las recurridas, salvo la definitiva en cuanto absolviera al*

acusado AA, en cuyo lugar se lo condena como autor de un delito de homicidio culpable a la pena de 18 (dieciocho) meses de prisión, con descuento del tiempo de detención en su caso, la que será sustituida por régimen de libertad a prueba durante su totalidad, notificándose a la Oficina de Seguimiento de la Libertad Asistida PARA QUE PRESENTE EN VEINTE DÍAS EL PLAN DE INTERVENCIÓN CORRESPONDIENTE. EL ACUSADO DEBERÁ CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DE LOS NUMERALES 1 A 4 DEL ART. 295 BIS DEL CPP, ASÍ COMO LA PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO A LOS FAMILIARES DE LA VÍCTIMA Y DE QUIENES PASEABAN CON ÉL CUANDO EL HECHO POR EL QUE SE CONDENA.

NOTIFÍQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE" (fs. 147/171 vto.).

III) Contra el precitado pronunciamiento, la Fiscalía interpuso recurso de casación y, en necesaria síntesis, formuló los siguientes agravios:

a) La Sala no valoró adecuadamente los elementos de prueba, por cuanto quedó demostrado que los policías estaban apostados en el Campamento Artiguista y que luego de ver pasar a la víctima, varios segundos después, emprendieron la marcha a alta velocidad para alcanzarlo. Tales extremos surgen corroborados en base a la declaración de los testigos presenciales (CC y DD) y de la reconstrucción del hecho,

así como del análisis del GPS de las motos participantes.

Por otra parte, recordó que la información aportada por el GPS de las motos ni siquiera fue analizada, debiéndose tener presente que dicha prueba acreditó que los imputados estuvieron 12 minutos con su marcha detenida en el Campamento Artiguista y, luego, abruptamente retomaron la marcha alcanzando una velocidad de 42 km/h cuando la velocidad permitida en la zona es menor a 15 km/h.

b) Preciso que los funcionarios policiales imputados se excedieron en el poder que la Ley de procedimiento policial les confiere como policías. A saber, la Sala no mencionó en ningún momento la Ley N° 18.315 ni lo que ésta regula como marco de actuación policial.

Por lo tanto, considero equivocada la evaluación de los riesgos que realizó el Tribunal en virtud de que el seguimiento debió hacerse a una distancia considerable hasta que EE detuviera su marcha y poder continuar con el procedimiento. Sin embargo, lo cierto es que no se respetó el seguimiento a una distancia considerable, que no pusiera en riesgo la seguridad de la víctima y de terceras personas. No existió distancia considerable, ya que AA pudo darle un empujón a EE y golpear el tanque de combustible de su

motocicleta.

c) Manifestó que la forma de la orden policial no se ajustó a la Ley N° 18.315. En tal sentido, todos los testigos presenciales coincidieron en que AA pretendía que EE detuviera su marcha mediante golpes y gritos. Con lo cual, los policías actuantes generaron un daño mayor que el que pretendían evitar.

d) Indicó que no surgen elementos para realizar la tipificación por homicidio culpable. La agresión de la policía y la conducta de AA de haber impedido realizar la curva en forma, determinó la colisión de EE y su posterior deceso. Razón por la cual, la conducta de AA debe ser tipificada a título de dolo eventual.

IV) A fs. 204 y ss., compareció la Defensa de particular confianza de los imputados y, resumidamente, articularon los siguientes agravios:

a) La Sala violentó los principios rectores del proceso penal contradictorio, acusatorio y de congruencia, con lo cual perjudicó irremediablemente el derecho de defensa.

En tal sentido, el TAP 1° corrigió la acusación fiscal al introducir una nueva teoría del caso, que jamás fue mencionada por la

Fiscalía actuante durante el proceso. En efecto, modifica la calificación del título subjetivo, el que utiliza para justificar la condena.

Los imputados no pueden defenderse de la acusación que no se desarrolló durante el juicio, de modo que los jueces no pueden suplir el rol que la ley específicamente le otorgó a las partes.

b) El Tribunal sostuvo que es errado -sostener que un policía que inicia una persecución y luego interfiere en la circulación de quien persigue, a manotazos y empujones, no pueda imaginar o prever ningún resultado dañoso para el perseguido- algo que nadie puso en discusión.

Evidentemente, ingresa dentro del campo de lo previsible que toda persecución policial aumenta el riesgo de un resultado dañoso en el tránsito, más aun tomando en cuenta que quien pauta la velocidad de seguimiento es el fugado. Si éste aumenta la velocidad y el funcionario policial no lo hace, lo perdería de vista rápidamente.

No resulta previsible que quien fuga optara por tomar una curva a altísima velocidad con un acompañante pesado en lugar de detenerse y, si lo hace, la decisión adoptada es de su exclusiva responsabilidad.

La previsibilidad del

resultado no determina automáticamente la responsabilidad del agente policial. Ese aumento del riesgo debió ser determinante del resultado, al punto de que si no estuviese, se evitaría casi con certeza (SIC, fs. 210) el resultado.

La Sala se equivoca al señalar lo que podría ser una conducta antirreglamentaria con que ésta signifique un aumento del riesgo permitido.

Ahora bien, un eventual golpe en el tanque de nafta o un leve empujón que ni siquiera desestabilizó la moto de EE, no necesariamente aumentan el riesgo propio de una persecución policial más allá de lo permitido.

En este sentido, destacó que quien aumentó el riesgo permitido es aquel que decidió desconocer una orden policial legítima y darse a la fuga a toda velocidad para evitar la incautación de la moto.

c) El TAP 1° da por cierto, sin mayor argumentación, que EE se fugó por miedo. Sin embargo, el verdadero motivo de la fuga era evitar la incautación de la moto.

El órgano de alzada mencionó -al barrer- que AA omitió sus deberes como garante, sin mayor desarrollo. Ni el imputado ni otro

efectivo policial es garante de la vida de quien resolvió fugarse y es perseguido. No existe fuente formal o material que lo coloque en esa situación.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal agravan al imputado, porque realizó una valoración de la prueba equivocada. En efecto, la Sala consideró que AA con su accionar "hostigó" a EE. Sin embargo, quedó demostrado con las declaraciones de FF y GG que el policía se encontraba en pleno ejercicio de sus facultades, cumpliendo con las órdenes directas impartidas por sus superiores.

En definitiva, abogó por el acogimiento del recurso de casación y la anulación de la condena impuesta en segunda instancia.

V) Se confirieron los traslados de rigor, los que fueron evacuados en tiempo y forma.

VI) Recibido el expediente en la Corte, se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte, quien sugirió dictamen N° 000146/2023 glosado a fs. 271/293), el rechazo del recurso interpuesto por el Ministerio Público y el acogimiento del interpuesto por la Defensa.

VII) Por providencia N° 1203/2023 de fecha 12 de setiembre de 2023 (fs. 299), se tuvo por evacuada la vista conferida y se ordenó el pase

a estudio y autos para sentencia, citadas las partes.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal, acogerá el recurso de casación interpuesto por la Defensa y, en su mérito, dispondrá la absolución del Sr. AA. Asimismo, desestimaré el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía.

II) **Precisiones iniciales sobre la plataforma fáctica que cimentó la hipótesis acusatoria**

En el orden expositivo, corresponde señalar que, conforme surge del auto de apertura a juicio, la Fiscalía cimentó su acusación en los siguientes hechos.

El día 9 de agosto de 2020, EE perdió la vida a consecuencia de un siniestro de tránsito. Ese día se reunió a almorzar con amigos en la casa de su novia, en la localidad de Santa Bernardina. Alrededor de las 15:00 horas decidieron ir al Parque de la Hispanidad; fue en su moto, recorriendo la Avenida Churchill y debían cruzar el llamado puente viejo.

EE iba acompañado de su novia HH y de II, un amigo suyo que ese día estrenaba moto. EE se la pidió prestada y la idea era que HH les

sacara unas fotos a ambos amigos mientras éstos circulaban.

En otro orden, los imputados AA y BB cumplían tareas como policías en la Brigada de Tránsito de la Jefatura de Policía de Durazno, y minutos antes de que ocurriera el siniestro que provocó la muerte de EE, pudo establecerse que los funcionarios policiales estaban apostados con su marcha detenida en la cabecera del denominado puente viejo sobre el Río Yí, en el local histórico "Campamento Artiguista".

Del relato de los testigos presenciales, pudo establecerse que mientras HH iba en una moto, II iba como acompañante de la moto que conducía EE. Estos refieren que cuando pasaron por el Local "Campamento Artiguista" rumbo al puente viejo, vieron a los dos funcionarios policiales allí apostados sobre la vereda, con la marcha detenida.

En ese momento, aparecieron los funcionarios policiales en sus motos uno a cada lado de la moto que conducía EE, quienes sin identificarse y mediante gritos y golpes en el brazo de la víctima, le ordenaron que detuviera su marcha. Frente a dicho hecho, EE decidió acelerar, ya que se asustó por la forma en cómo fue abordado por los funcionarios policiales y frente a las agresiones recibidas aceleró

la marcha, hasta que se produce el siniestro.

La labor de los funcionarios policiales no se ajustó al procedimiento de la Ley N° 18.315 ni tampoco fue grabado el mismo en las cámaras Go-Pro de dichos funcionarios, todo lo cual denota irregularidad y arbitrariedad en dicho procedimiento por parte de los policías actuantes, provocando con su actuación un accionar que distó mucho de ser moderado, racional, progresivo y proporcional con el fin debido.

Por otra parte, en autos no existía un operativo de control a fin de indicarle en debida forma que se enfrentaba al mismo, que debía detenerse o identificarse, ya que no existía un delito ni una infracción que ameritara solicitar la detención de la marcha de la moto conducida por la víctima, dado que no estaba requerido por la justicia, ni él ni la moto en la que circulaba, ni su acompañante.

El actuar arbitrario de los funcionarios policiales determinó que EE perdiera el control de su vehículo, e impactara contra un árbol, perdiendo así a los pocos días su vida.

En definitiva, el actuar abusivo de los imputados conllevó a que la víctima perdiera el dominio del vehículo en el que se trasladaba, y con ello y a consecuencia de las lesiones

padecidas, perdiera la vida, resultado que razonablemente pudo ser previsto por los imputados.

Ahora bien, la Sala al dictar la sentencia de segunda instancia revocó la absolución dispuesta en primera instancia y concluyó que AA debía responder como autor penalmente responsable de un delito de homicidio culpable.

En tal sentido, el órgano de alzada justificó la decisión judicial revocatoria en que: a) es errado sostener que un policía que inicia una persecución y luego interfiere la circulación de quien persigue, a manotazos y empujones, no pueda imaginar o prever ningún resultado dañoso para el perseguido; b) *“la recurrida es confusa en relación a si era o no prudente en tales circunstancias, la velocidad de las motos policiales, presentando la secuencia final a la víctima como dueña de su circulación y única responsable de su muerte, absolutamente ajena (‘nada tiene que ver’, dice la sentencia apelada) con una conducta tan reprochable como la de AA, cuando es obvio que cuando éste lo hostigaba, circulaban a la par y no detrás, como sucedió al final por ese temor que la A quo dice no saber a qué atribuir, pero termina atribuyéndoselo a la multa porque la moto era de DD, sin reparar en lo razonable de la teoría del caso de Fiscalía: temor a un policía que lo venía persiguiendo ensañado y*

agrediendo, siendo irrelevante que todo comenzara con un empujón de EE"; c) se infringieron ciertos deberes de cuidado -más allá de que se le imputó dolo eventual en lugar de culpa- dado que el despliegue policial fue excesivo, desmedido y desproporcionado para con esos deberes.

Precisó el Tribunal que AA contribuyó a una muerte que pudo evitarse. *"Máxime cuando todo hace suponer que EE hubiera sido detenido luego sin riesgo alguno de acuerdo con la normativa regulatoria de un caso paradigmático donde se hizo innecesario (excesivo) pretender a toda costa, a velocidad no inferior a 60 k/h, dentro de un parque en una ciudad, disuadir al infractor a manotazos o empujones -no importa si uno o cuántos, si al brazo, al tanque de la moto, si EE empujó primero a AA, etc.-, siendo que nada de eso autoriza la normativa y ello a su vez, porque hasta el suave empujón de AA a EE admitido por BB en la reconstrucción -reforzando la credibilidad de los amigos de la víctima a quienes la A quo se apresuró en descalificar solo por ese vínculo y alguna contradicción como la señalada-, arriesgaba un mal mayor a no poder multar e incautar la moto en el lugar, arrestar a EE, etc.";* d) la conducta de AA incidió al agravar la auto puesta en peligro de la víctima, *"todos coinciden que la moto que DD le había*

prestado a EE para probarla, terminó impactando en un árbol, porque no pudo tomar una curva como debía y pudieron tomar los policías, lo que en el caso de EE se debió razonablemente al frenesí de AA por detenerlo a como diera lugar por circular con el caño tronador en un parque casi sin gente (como resalta la recorrida para minimizar la velocidad de los policías), porque no acataba su orden, etc."; e) AA actuó en las antípodas del deber de cuidado, ya que, en lugar de abstenerse de generar un previsible daño mayor, por el contrario, lo incrementó con una o seguramente, más de una agresión durante la persecución, hasta que EE se alejó y por eso se estrelló; f) en cuanto a que no existió dolo eventual y sí culpa, se expresó: *"A pesar de todo lo anterior, no hay suficientes indicios que lleven a coincidir con Fiscalía en que AA actuara con desinterés por ese resultado que se dio en parte por su obrar, lo que podría llevar a que la congruencia inhabilitara rectificar la culpabilidad. Sin embargo, en el caso, la Sala se entiende habilitada a relevar - sin prueba del dolo eventual- la culpa que subyace en la imputación del homicidio y en el debate acerca de cómo proceder en caso de persecuciones policiales según la Ley de Procedimiento Policial y experimentados policías que declararon al efecto".*

III) Sobre el agravio planteado

por la Defensa en cuanto a la violación del principio de congruencia y del derecho de defensa

La Defensa de AA consideró que la Sala violentó los principios rectores del proceso penal contradictorio, acusatorio y de congruencia, con lo cual perjudicó irremediablemente el derecho de defensa.

En tal sentido, recordó, que el TAP 1º corrigió la acusación fiscal al introducir una nueva teoría del caso, que jamás fue mencionada por la Fiscalía actuante durante el proceso. En efecto, modifica la calificación del título subjetivo, el que utiliza para justificar la condena.

Afirmó la Defensa que los imputados no pueden defenderse de la acusación que no se desarrolló durante el juicio, de modo que los jueces no pueden suplir el rol que la ley específicamente le otorgó a las partes.

A juicio de la Corte, por unanimidad de pareceres, no le asiste razón en su planteo.

En efecto, no ocurrió la mentada vulneración al derecho de Defensa ni al principio de congruencia, por cuanto los hechos que se tuvieron por acreditados fueron los propios que se describieron en la acusación y los curiales pudieron

ejercer en debida forma el derecho de defensa.

En otras palabras, no existe vulneración alguna al principio de congruencia dado que los hechos por los cuales se condenó a AA en segunda instancia surgen de la acusación fiscal.

Como señala ABAL OLIÚ, a los efectos de analizar la congruencia de la sentencia debemos de partir de la necesaria correspondencia entre ésta y el objeto del proceso. En palabras del autor: *"se trata de aquella regla de derecho positivo que impone la necesaria correspondencia de las sentencias con el objeto del proceso concreto para culminar el cual las mismas se dictan"* (ABAL OLIU, Alejandro: *"El principio de Congruencia"* en Introducción al Proceso, Ed. Idea, Montevideo, 1981, pág. 135).

Tal como sostuvo la Corporación con anterioridad: *"Como enseñaba Torello desde una sentencia de esta Corporación: "El vicio de incongruencia aparece cuando se falla más allá, menos o sobre objeto diverso al pedido (ultra, minus y extrapetita), sin perjuicio de que también se incurra en incongruencia cuando se decide variando la causa petendi.*

Es claro, entonces, que difícilmente incurrirá el Juez en incongruencia cuando, ejercitando al amparo del principio iura novit curia, su

*poder - deber de ubicar la situación fáctica postulada y probada, en la hipótesis normativa pertinente, haga lugar a la pretensión en base a un fundamento legal diverso al invocado, sin modificar el sustento fáctico propuesto; es decir, sin variar la causa petendi o sea, el conjunto de hechos jurídicamente relevantes que fundamentan la pretensión. (Sentencia N° 87 bis/1991). (...)*El oficio no estaba impedido de referir a los hechos narrados que resultaron probados, la regla que por Derecho correspondía, en base al principio *iura novit curia*. En este caso no se invocaron hechos distintos para decidir ni se modificó la requisitoria" (sentencia de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 1403/2019).

Sin perjuicio de lo anterior, este Colegiado tiene dicho que, incluso, la modificación de los hechos no necesariamente implica vulneración al principio de congruencia bajo las normas del NCPP. Así, en sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 28/2021, se analizó que en algunos casos puede ocurrir que se haya variado en forma parcial el relato sin que ello implique la modificación del objeto del proceso penal, entendido este como el hecho punible imputado al acusado.

Así, en la mencionada sentencia, dijo la Corte que: "*en su extensa exposición*

de razones -en particular cuando elabora el encuadre teórico de la cuestión debatida- la Sala no descarta que el cambio del relato, o del pedido fiscal, pueda indebidamente variar la identidad del objeto del proceso, al punto de que, en algún caso, el 'factum' o 'hecho procesal' ya no sería el mismo, sino uno distinto. El análisis practicado por el 'ad-quem' parte de tal supuesto, de modo que, desde ese punto de vista, nada hay para reprocharle.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, el Tribunal de Apelaciones también fijó criterio respecto a la cuestión de cuándo operaría una modificación en la sentencia que convierte al objeto del proceso, en uno diverso del contenido en la acusación.

En una primera aproximación, refirió que ocurrirá siempre y cuando se trate de hechos que definan o delinee el objeto del proceso penal. De ahí que, para la impugnada -en un análisis primario-, es necesario distinguir los hechos sustanciales de los meramente accidentales o circunstanciales, para -en principio- limitar la rigurosa inalterabilidad solo a los primeros.

Seguidamente, en acertado fallo, el 'ad-quem' agrega una segunda reflexión, reconociendo -con otras palabras- que transportar al terreno procesal las categorías del hecho penal

divididas en esencial y accidental, no siempre sirve para resolver la cuestión de la correlación, puesto que no es posible desechar de antemano y sin previo análisis riguroso, la relevancia jurídico-penal de los hechos accidentales.

De ahí que la definición de 'hecho procesal' (respecto del cual gira el principio de congruencia), estará condicionada a las particularidades del caso concreto; en términos exactos del Tribunal: 'en función de las circunstancias concretas del caso' (fs. 107).

Finalmente, a lo ya dicho, hay que añadir -como bien lo hizo la Sala de segundo grado- que cualquiera sea la definición que se tenga sobre el hecho punible y su vinculación con los hechos accidentales, también habrá de considerarse la relevancia que éstos pueden tener en relación con el derecho de defensa y el principio de contradicción, los cuales alcanzan a todas las cuestiones fácticas y jurídicas del caso juzgado. Porque, puede suceder que en determinados casos una circunstancia histórica-natural (de tiempo y/o espacio) no tenga relevancia por su trascendencia para el objeto del proceso, pero sí en función del derecho de defensa".

En cualquier caso, el Tribunal con la recalificación jurídica realizada no

modificó la plataforma fáctica. Esa recalificación no supuso -actividad oficial mediante- la variación o cambio alguno en los hechos principales o secundarios que delinearón la teoría del caso expuesta por el Ministerio Público.

La Sala no podía variar los hechos pero no cabe duda que sí podía subsumir el material fáctico y realizar una imputación subjetiva distinta.

Bajo el mismo marco en el terreno de los hechos, el Tribunal -a diferencia de la jueza de primera instancia- consideró que AA (al igual que BB) debía responder como autor penalmente responsable de un delito de homicidio culpable.

El juez no tiene limitaciones a la hora de subsumir el material fáctico en un supuesto normativo específico, puede realizar una calificación delictual (subjetiva) alternativa por aplicación del principio **iura novit curia**. Obviamente, esa calificación jurídica no debe suponer, previamente, una reformulación del juicio fáctico para acoplarlo en la norma que se pretende aplicar.

Como ha señalado la Corte, en términos trasladables:

"...no se advierte ilegitimidad alguna en el proceder de la sentenciante, en

tanto se hizo una correcta aplicación del principio iura novit curia, sin alterarse la plataforma fáctica, sin vulnerarse el principio de congruencia y sin afectarse las posibilidades de defensa del imputado. En efecto, el oficio se limitó a mutar la calificación jurídica planteada por Fiscalía, sin modificar en absoluto los hechos que fueron objeto de alegación y prueba durante el juicio oral. Por ende, no se verifica exceso alguno respecto a lo debatido en el proceso.

Cabe recordar lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia No. 206/2016, en términos que resultan trasladables al caso de marras: '(...) el Tribunal se encontraba facultado para calificar los hechos en relación al derecho aplicable y la calificación jurídica que la Fiscalía les atribuye no resulta vinculante. Como señalara nuestra jurisprudencia: 'el Tribunal conoce el derecho (iura novit curia), pero ese principio debe relacionarse con el de legalidad, lo que significa que el oficio puede calificar jurídicamente en forma distinta a como lo ha hecho el Juez de primera instancia, del mismo modo respecto al concurso de circunstancias. Pero le está vedado, en cambio, modificar los hechos imputados y la pena reclamada que sólo puede ser enmendada si existió un error manifiesto. Estos son los límites máximos e infranqueables a los poderes del Juez y ocurre en todo

sistema acusatorio, como lo es el nuestro en el proceso penal' (vide LJU, Tomo CV, c. 12.114), límite que en la alzada no se franqueó'.

También en sentencia No. 22/2004 expresó la Corporación que: 'El principio *iura novit curia* es una potestad irrenunciable del magistrado que opera como transacción entre el principio de legalidad y el sistema acusatorio. El juez no puede corregir los hechos articulados en la demanda, pero sí el derecho (v. Sentencia N° 122/95, T.A.P. 2o. Turno) (Tommasino, 'Principios', págs. 28 y 35) (R.U.D.P., pág. 119)'.

Más recientemente, en sentencia No. 876/2022, expresó la Corte: 'Y, en específico, sobre el principio *iura novit curia*, resulta revalidable lo señalado por Calvinho: 'el juez puede válidamente aplicar el derecho no invocado por las partes, aplicar el que corresponda si se lo adujo erróneamente y hasta contrariar la imputación jurídica que le dieran a los hechos. Empero, el límite a aquel precepto lo hallamos cuando el magistrado modifica de tal modo la imputación jurídica del pretendiente que excede lo debatido en el proceso, incurriendo en violación del derecho de defensa e incongruencia procesal en su sentencia' (CALVINHO, Gustavo. «*Iura novit curia: antiguo aforismo, nueva perspectiva*».

Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 2007, Número 1, págs. 85-102)” (sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 570/2023, entre otras).

Por lo demás, cabe concluir que el principio acusatorio y el de contradicción no fueron, en modo alguno, vulnerados. La Sala no confundió roles institucionales ni realizó labor oficial privativa del acusador público.

Precisamente, porque el órgano de alzada se ajustó a la narración expuesta por las partes (ver el auto de apertura y los hechos a debatir en juicio, fs. 2/3), no suplió carencia alguna y, muy por el contrario, la Defensa contó con la debida oportunidad para expresar su enfoque fáctico-jurídico.

Lo expuesto resulta suficiente para repeler el agravio.

IV) **Agravio de la Fiscalía por la absolución de los dos imputados por el delito de abuso innominado de funciones**

Por unanimidad, el agravio articulado no resulta de recibo.

En el caso, la orden de detención al birrodado por parte de los funcionarios policiales co-imputados fue legítima, no existió ni abuso del cargo ni arbitrariedad. En efecto, la orden impartida tuvo por finalidad que el Sr. EE detuviera la

marcha, por cuanto circulaba con un ciclomotor con “caño tronador” en violación de normas reglamentarias de tránsito.

El requerimiento de la autoridad no fue acatado por el Sr. EE y, vale aclarar, los policías estaban cumpliendo funciones y se encontraban correctamente identificados.

En cuanto al tipo penal, el abuso del cargo como sinónimo de “abuso de funciones” o, más precisamente, de “abuso de los poderes funcionales inherentes al cargo”, cabe concebirlo como el mal uso de los poderes otorgados al funcionario en su condición de tal por el ordenamiento jurídico; o sea *“... el uso ilegítimo de las facultades, poderes y medios inherentes al cargo de funcionario público, y en general toda conducta contraria a sus deberes”* (VIANA REYES, Enrique: *“El abuso de autoridad genérico”* en Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, Año II, N° 3, enero-junio, Montevideo, 1981, pág. 80; en la jurisprudencia de la Corte véase la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 400/2009).

La orden emitida tiene su origen en un hecho infraccional del Sr. EE, actuando los funcionarios policiales en el marco de sus competencias específicas, por lo que mal puede argumentarse seriamente un uso ilegítimo, desbordado del marco de

actuación inherente al cargo ocupado por los servidores públicos.

V) **Agravios de la Defensa y la Fiscalía relativos a la errónea valoración de la prueba formulada por la Sala**

V.I) Particularidades de la valoración probatoria como causal de casación

A juicio de los Sres. Ministros, Dres. Elena MARTÍNEZ, John PÉREZ, Doris MORALES y la redactora, el Código del Proceso Penal, ley 19.293 -en líneas generales- instauró un nuevo sistema procesal penal, que se remite al régimen de la casación civil. Ello hizo aplicable las particularidades que rigen en ese orden en relación a la valoración de la prueba como causal de casación, según la interpretación predominante y tradicional sobre el punto de esta Corporación.

En efecto, la errónea valoración de la prueba como causal de casación presenta ciertas particularidades en nuestro ordenamiento jurídico: no cualquier error en la valoración puede ser invocado como error de derecho revisable en casación, sino solo aquellos errores groseros, que configuren un absurdo evidente o una arbitrariedad manifiesta.

En este punto, la Corte ha sostenido desde larga data, con base en el artículo 270

del CGP:

"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, al ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia Ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado.

En jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera instancia no querida por el legislador (...).

A mayor abundamiento: El ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o

aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible (...)", (Cf. sentencias Nos. 829/2012, 508/2013, 484/2014, 593/2017 y 647/2018, entre muchas otras).

Este criterio impone, lógica y legalmente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba.

Primera condición: quien recurre en casación debe, en primer término, denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está condicionada a ninguna fórmula sacramental, más sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación.

Segunda condición: la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error

alegado.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Tabaré SOSA tiene una posición diversa, habiendo desarrollado -in extenso- los argumentos y consideraciones en diversos pronunciamientos (sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 191/2020, 187/2020 y 281/2020, a los que se remite a fin de evitar desarrollos superabundantes.

V.II) Consideraciones específicas sobre el juicio fáctico en casación ante los agravios planteados por la Defensa y la Fiscalía

En lo que respecta a los recursos de la Defensa y la Fiscalía, a juicio de los Sres. Ministros, Dres. Elena MARTÍNEZ, Doris MORALES y la redactora, uno y otro impugnante incumplieron con la carga de alegar cuál es el concreto motivo de agravio y en qué sentido no comparte la valoración de la prueba realizada por el Tribunal.

La exposición de ambos recurrentes en sus escritos de casación no resulta ser más que la manifestación de sus discordancias o sus desacuerdos con la valoración realizada, la que, en ningún sentido, puede calificarse como absurda o arbitraria.

En efecto, la Corte ha expresado reiteradamente que, en la etapa de casación,

no resulta suficiente con exponer un criterio distinto al del Tribunal en cuanto al mérito de la prueba rendida, sino que es menester demostrar absurdo en la conclusión o violación de las leyes que regulan esa tarea, o evidenciar ausencia de la prudencia y de la conciencia jurídica que la ley exige al juzgador (Cf. sentencia N° 288/1997, entre muchas otras).

Si el tribunal de juicio no violó alguna de las reglas de la sana crítica racional respecto de pruebas de valor decisivo en orden a la fundamentación de la conclusión dubitativa a la que llega, ésta no resulta controlable por vía del recurso de casación (BARBERÁ DE RISO, María Cristina: *"Recurso de casación penal contemporáneo"*, Advocatus, 1ª Edición, Córdoba, 2014, pág. 249).

En tal sentido, la sana crítica, regla presidida por la lógica y la razón, solo puede ser violada a través de la valoración contraria, es decir, por el absurdo o la arbitrariedad.

En el caso, la Defensa simplemente adujo un error en la valoración de la prueba (ver fs. 213 vto.), en relación al supuesto "hostigamiento" de AA y realizó su crítica con apoyo en declaraciones de FF y GG a las que lacónicamente refirió.

No hay un desarrollo

explicativo mínimo del error notorio de percepción de la Sala en cuanto a los elementos de prueba que habrían sido olímpicamente soslayados.

En base a ello, cabe concluir que el recurso se introdujo -en este aspecto- sin cumplir con tales exigencias formales de admisión en el grado casatorio.

En efecto, en la impugnación ensayada, no se invocó un supuesto de absurdo evidente o arbitrariedad manifiesta en la ponderación probatoria practicada por la Sala, circunstancia que, en función de lo expuesto, habilita el rechazo de la recurrencia.

Mientras que, en el recurso de casación de la Fiscalía, sí se dio cumplimiento al requisito de denuncia o alegación del error en el razonamiento probatorio con las notas requeridas, mas no acreditó el segundo requisito exigido en casación: la demostración del absurdo evidente.

El Sr. Ministro, Dr. PÉREZ, si bien comparte el análisis precedente en cuanto a las carencias formales del recurso interpuesto por el Ministerio Público, discrepa con la fundamentación expresada por las Sras. Ministras, Dras. Elena MARTÍNEZ, Doris MORALES y la redactora en cuanto al medio impugnativo interpuesto por la Defensa de AA y las

objeciones formales.

En tal sentido, entiende el Sr. Ministro Dr. PÉREZ que la Defensa del imputado sí cumplió con las condiciones o requisitos de alegación y fundabilidad del recurso. Así, expresó en su voto que: *"Lo que genera controversia es determinar si efectivamente AA, agravo el riesgo del resultado muerte al perseguir a EE, propiciándole manotazos y empujones.*

Tal aseveración, fue la sostenida por la Sala, sin embargo a mi juicio no puede considerarse probado tal extremo.

A saber, los únicos testigos deponentes que refieren a la existencia de pluralidad de golpes de AA hacia EE, cuando ambos circulaban a la par, son CC y DD. Por su parte, la testigo protegida que declaro en obrados fue contundente al establecer que lo que ella vio fue un 'leve empujón'. Esa situación, ocurre conforme la reconstrucción practicada al inicio de la persecución. Lo que busco AA fue separar a EE y es por ello que realizó un movimiento con su mano izquierda.

Si bien CC y DD e expresan que fueron reiterados golpes los realizados a EE por parte de AA, debe tenerse presente que su testimonio fue controvertido con otros medios de prueba incorporados a la causa. Al respecto, CC expresó que los vehículos de

AA y EE se 'tocaron' en la curva en la cual se produjo el accidente, sin embargo la pericia introducida al juicio con la declaración del Oficial Ramírez es contundente cuando se establece que 'no se ubican intercambio de indicios con otros vehículos'.

Pero más allá de ello, lo contundente para restarle credibilidad a tales testimonios, es que aseveran que AA iba a la par de EE con los vehículos en marcha, lanzando golpes con su mano derecha.

Ahora bien, sabido es que todas las motos poseen el acelerador en su manubrio derecho, con lo cual, si AA hubiera soltado el mismo para lanzar los golpes, necesariamente el vehículo hubiera perdido velocidad y la distancia entre ambos se hubiera alargado en forma necesaria.

La inferencia probatoria detallada, es una de aquellas que desde la perspectiva teórica se denominan epistémicas. Son inferencias que están basadas en máximas de la experiencia, que tienen su fundamento en la observación más o menos regular entre dos hechos. Su solidez depende de los argumentos inductivos en los que descansa la máxima de la experiencia; cuanto mejor fundada esté la máxima de la experiencia, más sólida será la inferencia probatoria (Cf. GONZÁLEZ LAGIER, D., 'Quaestio Facti (Ensayos sobre

prueba causalidad y acción', Palestra - Temis, Lima - Bogotá 2005, págs. 61 y ss. y del mismo autor, 'Presunción de inocencia, verdad y objetividad' en AA. VV., 'Prueba y razonamiento probatorio en el Derecho (Debates sobre abducción) (Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino Coords)', Comares, Granada, 2014, págs. 86/90) (Cfme. Sentencia 1.127/2019 SCJ).

En segundo lugar, tampoco puede darse por acreditado que AA iba circulando a la par de EE, tal como lo expresaron CC y DD. Ello por cuanto, a diferencia de lo sostenido por la Sala, existen seis declaraciones testimoniales (JJ, KK, LL, MM, NN y la testigo protegida) que indican que los acusados AA y BB iban detrás de la moto de EE, durante la persecución. Si bien, todas las declaraciones difieren en la distancia respectiva, son coincidentes en el posicionamiento de los vehículos participantes.

A raíz de tales consideraciones, es claro que no puede hablarse manera alguna, de un actuar violatorio por parte de los agentes. Distinta sería la conclusión, de haberse acreditado los golpes de AA tal como fueron relatados por CC y DD, pero tal situación no acaeció en el caso de marras.

Esta situación, también hace caer la imputación a título de culpa que la Sala imputa a AA, ya que lo que toma por cierto no es tal y

por tanto su condena debe caer necesariamente.

En ese sentido, la Sala afirmo como ciertos, diversos pasajes de una secuencia fáctica que no fue correspondida con la probanza diligenciada en autos”.

VI) **Agravio relativo a la imputación del delito de homicidio y el tipo subjetivo imputado a AA**

En este punto, sin perjuicio del análisis disímil en torno al razonamiento probatorio efectuado por la Sala (como surge del considerando precedente) y, si se considerara la plataforma fáctica validada por el órgano de mérito, los Sres. Ministros, Dres. Elena MARTÍNEZ, John PÉREZ y la redactora, igualmente concluyen que el actuar del imputado AA resultó ajustado a Derecho y no merece reproche penal alguno.

Veamos.

Se consideró acreditado que AA se encontraba apostado a la altura del Campamento Artiguista, debidamente identificado con uniforme y chaleco refractario, el Sr. EE pasó circulando en una moto en forma antirreglamentaria.

AA dio la voz de alto y EE, en lugar de detenerse, se dio a la fuga, lo que originó la persecución. En el marco de dicha

persecución, existió, al menos, un manotazo o empujón de parte del policía al vehículo en fuga, a los efectos de lograr su detención.

Finalmente, EE perdió el dominio del vehículo al tomar una curva a alta velocidad, lo que le causó la muerte.

Los puntos claves a determinar son si AA agravó el riesgo del resultado muerte al perseguir a EE propiciándole manotazos o empujones en la persecución y, si con tal accionar, obró por fuera de la ley.

Respecto del primero, no existen mayores discusiones e, incluso, la propia Defensa lo reconoce.

Quien decide, en ejercicio de su libertad, darse a la fuga y ser perseguido por la policía también asume el aumento de los riesgos de sufrir un accidente que tal actitud conlleva.

Queda fuera de toda duda razonable que, quien intenta derribar una moto a alta velocidad, naturalmente, conoce que aumenta las posibilidades de que se produzca un accidente; máxime cuando quien lo realiza es un agente policial instruido.

Respecto del segundo, considera la mayoría que, aún bajo los hechos que vienen de reseñarse -con manotazos o empujones-, tal accionar

no puede calificarse como apartado de la Ley N° 18.315 de Procedimiento Policial.

En su art. 3° señala:
“(Fases de la actuación policial).- Las fases del accionar de la policía son la observación, la prevención, la disuasión y, excepcionalmente, la represión cuando sea necesario para garantizar los derechos individuales de todos los habitantes de la República consagrados en el marco jurídico constitucional y legal vigente”.

La persecución tuvo inicio en la desobediencia del Sr. EE ante una orden legítima de la autoridad competente debidamente identificada.

Si bien al momento de dar la voz de alto el motivo de la Policía para la detención era la constatación de una falta administrativa y la consecuente aplicación de la multa correspondiente, desde el momento en que el vehículo se da a la fuga -además de incurrir en un delito de desacato-, la autoridad pasa a encontrarse ante una situación distinta, en la que desconoce qué más puede estar sucediendo.

Naturalmente, los policías podrían limitarse a tomar la matrícula del vehículo en fuga y luego pasar la multa correspondiente, pero debe tenerse en cuenta que, ante tal accionar, surgen

dudas legítimas respecto a qué es lo que en verdad acontece.

El policía debe decidir en cuestión de segundos qué hacer. Quien se da a la fuga ante la policía, sin mayor motivo aparente, bien podría estar requerido, acabar de cometer un ilícito, encontrarse portando armas sin autorización, estar transportando drogas, o cualquier otra situación de gravedad o flagrancia que le lleve a asumir el riesgo de verse inmerso en una persecución policial.

De esta manera, no se comparte el temperamento de que, por haberse iniciado la persecución a causa de una infracción administrativa, los policías debían desistir de perseguirlo a alta velocidad y limitarse a tomar los datos para luego reportarlo, por cuanto, desde el momento en que decide desobedecer una orden legítima de la autoridad competente, existen fundadas razones para creer que, en ese momento, puede estarse desarrollando una actividad delictiva de magnitud que corresponde repeler.

De esta forma, aunque todo haya comenzado con una falta administrativa por un "caño de escape tronador", ello no obtura que luego, por la propia conducta desproporcionada de quien incurre en desacato, la policía, legítimamente y al amparo del art. 3 de la Ley N° 18.315, deba pasar a la faz represiva

para *"garantizar los derechos individuales de todos los habitantes de la República consagrados en el marco jurídico constitucional y legal vigente"*, por cuanto, a ese momento, resulta claro que la observación, prevención y disuasión han fallado.

Pero, sobre todo debe considerarse especialmente lo que dispone el art. 20 de esa misma Ley, cuando regula, en su literal D que la policía hará uso de la fuerza legítima cuando: *"No puedan inmovilizarse o detenerse de otra forma los vehículos u otros medios de transporte, cuyos conductores no obedecieren la orden de detenerse dada por un policía uniformado o de particular debidamente identificado, o cuando se violare una barrera o valla previamente establecida por la Policía"*.

La regla precedente se ajusta exactamente al caso planteado en esta causa.

Por otro lado, aquí tampoco puede dejar de mencionarse que resultó probado que no fueron los manotazos o empujones propiciados los que causaron la muerte del Sr. EE, por cuanto surge acreditado que perdió el control del vehículo al tomar una curva a alta velocidad y no que cayó desestabilizado por el accionar policial.

En otras palabras, no fue el accionar de AA el que lo derribó y causó el impacto

que le produjo la muerte, sino que fue la circunstancia de haber tomado una curva a alta velocidad en el marco de una persecución legítima.

Como comentario final, cabe consignar que no resulta adecuado juzgar el accionar policial con el conocimiento posteriormente adquirido de lo que en verdad sucedía en cabeza del Sr. EE

Es cierto -siguiendo la plataforma fáctica considerada por el Tribunal- que luego se comprobó que el motivo para no detenerse fue que la policía "le había causado temor" y no quería que le incautaran la moto nueva que su amigo recién le había prestado. Ese dato no existía al momento de la persecución.

Si bien la persecución resultó en una situación trágica e indeseable, no puede perderse de vista que, si en vez de haber sido el Sr. EE quien se daba la fuga, era alguien que un kilómetro más atrás acababa de robar o matar a una persona ¿qué reproche se le hubiese hecho a la policía que, estando allí apostada, había constatado su fuga y lo había dejado ir?

El accionar policial debe ser juzgado al momento y con los elementos que se contaban al tiempo de tomar la decisión de proceder, que

cabe reflexionar debe ser de rápida adopción es pos de su eficacia.

De esta manera, si el conductor de un vehículo que circulaba en forma antirreglamentaria, desobedeció la voz de alto y se fugó a alta velocidad, resulta completamente ajustado a Derecho que se iniciara una persecución y se buscara detener su circulación, aunque con ello, naturalmente, se aumente el riesgo de un accidente. Ello encuentra su fundamento nada menos que en el cumplimiento de la Ley. En puridad, el factor al que corresponde atribuirle la causa del aumento del riesgo de accidente es la ilegítima decisión de darse a la fuga que tomó libremente el Sr. COR.

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

FALLA:

ACÓGESE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA Y, EN SU MÉRITO, DISPÓNESE LA ABSOLUCIÓN DEL SR. AA, EFECTUÁNDOSE LAS COMUNICACIONES DE ESTILO.

ASIMISMO, DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA FISCALÍA ACTUANTE.

SIN SANCIÓN PROCESAL ESPE-

CÍFICA.

A LOS EFECTOS FISCALES, FÍJANSE
LOS HONORARIOS FICTOS EN 3 BPC.

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

DRA. ELENA MARTÍNEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

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

DISCORDE: por cuanto en-
tiendo que corresponde de-
sestimar ambos recursos
interpuestos, siendo todo
ello así por lo subsiguiente.

En cuanto al delito de
homicidio imputado a AA, corresponde analizar los
escritos de la Fiscalía actuante y la Defensa en
conjunto, pues, para la Fiscalía el actuar fue bajo el

rótulo de dolo eventual y, en cambio, para la Defensa no quedaron acreditados los hechos que configuran el tipo culposo.

Previo a entrar al fondo del asunto, corresponde precisar que si bien la Fiscalía efectuó un esfuerzo mayúsculo para acreditar que AA debe responder como autor penalmente responsable de un delito de homicidio a título de dolo eventual, no existió esfuerzo alguno -o por lo menos atendible en casación- para explicitar los motivos por los cuales Fernández no debería ser absuelto.

En otras palabras y salvo pequeñas frases aisladas (véase fs. 195 luego que se refirió constantemente a AA y sin mayor desarrollo, renglón seguido engloba a ambos imputados), ni siquiera explicó cuáles fueron los hechos cometidos por el imputado Fernández que a juicio de la Fiscalía tipificarían dentro del delito de homicidio.

Tampoco existió un desarrollo para determinar si BB, dentro del tipo subjetivo, actuó con culpa o dolo (eventual).

En efecto, el escrito presentado por Fiscalía desde fs. 188 a 193 discurre sobre el delito de abuso de funciones y, a partir de fs. 193 se esgrimen argumentos para concluir que el delito de homicidio fue doloso (dolo eventual) pero todos los

desarrollos refieren al actuar de AA.

En consecuencia, se analizará el punto a raíz de lo argumentado por la Defensa (quien bregó por la absolución de AA) y los agravios que se hayan introducido por la Fiscalía con relación a que AA actuó con dolo (eventual) y no con culpa.

Desde ya se adelanta que se desestimarán ambos planteos.

En otras palabras, se irá a confirmar el razonamiento probatorio efectuado por la Sala. En líneas generales se observa que la plataforma fáctica -a pesar de no haber sido explicitada en debida forma- no varió de una instancia a la otra. En efecto, si bien la Defensa se aferra a determinadas afirmaciones puntuales para tirar abajo las conclusiones de la sentencia dictada por el "Ad Quem", no puede perderse de vista que los hechos poseen gran similitud en una instancia y en la otra.

Lo que ocurre en autos es que para la "A Quo" explicó que momentos previos al fatal desenlace no quedó probado que las motos iban a la par o que el policía haya dado golpes cerrados en la moto que conducía la víctima.

Por su parte, si bien la Sala utiliza la expresión manotazos y empujones, dicho

razonamiento debe ser efectuado en su contexto. No cabe duda que, previo al impacto, la moto de AA no iba a la par de la conducida por la víctima.

Ahora bien, lo anterior no implica que AA no tenga responsabilidad dado que, como ha quedado acreditado en ambas instancias, la persecución existió y en el marco de la misma AA efectuó -como mínimo- un empujón.

Bajo ese escenario la sentencia acierta en señalar que es obvio que *“cuando este lo hostigaba, circulaban a la par y no detrás, como sucedió al final por ese temor”*.

Si bien el empujón que sí quedó acreditado en ambas instancias -véase que la *“A Quo”* refiere a leve empujón- ocurrió en un comienzo, no puede perderse de vista que en el contexto de persecución en que sucedieron los hechos, va de suyo que el temor de la víctima estaba dado desde el momento que un policía lo venía persiguiendo.

Bajo tal encuadre, acierta la Sala en señalar que un policía que inicia la persecución y profiere empujones debe imaginarse o prever el resultado dañoso para el sujeto perseguido.

En ese escenario es evidente que lo ocurrido no encuadra dentro del dolo eventual, pero sí en la culpa con previsión. En efecto,

hubo persecución, se trató de interceptar a la moto, desplazándose a la par de la misma y a alta velocidad.

Existió una palmaria desproporción porque la "flagrancia" de la que se habla lo fue por una infracción administrativa (escape libre de la moto), no se trataba de delincuentes que huían luego de consumir delito -ni leve ni grave, sólo una infracción y no obedecer la orden de detenerse, tampoco tenían armas que revelara peligrosidad, ni fueron agredidos los funcionarios-. Entonces no puede justificarse de manera alguna emprender esa persecución para detener "a toda costa"; esto es, fue indudablemente desmedida la persecución.

Tal como correctamente sintetiza la Sala, *"Ni habilitaba soslayar -como hizo la primera instancia al influjo argumentativo interesado de la versada Defensa- que el despliegue policial ulterior fue excesivo, desmedido y desproporcionado para con esos deberes, y de tal forma, que AA contribuyó a una muerte que pudo evitarse. Máxime cuando todo hace suponer que EE hubiera sido detenido luego sin riesgo alguno de acuerdo con la normativa regulatoria de un caso paradigmático donde se hizo innecesario (excesivo) pretender a toda costa, a velocidad no inferior a 60 k/h, dentro de un parque en una ciudad, disuadir al infractor a manotazos o empujones -no importa si uno o*

cuántos, si al brazo, al tanque de la moto, si EE empujó primero a AA, etc.-, siendo que nada de eso autoriza la normativa y ello a su vez, porque hasta el suave empujón de AA a EE admitido por BB en la reconstrucción - reforzando la credibilidad de los amigos de la víctima a quienes la A quo se apresuró en descalificar solo por ese vínculo y alguna contradicción como la señalada-, arriesgaba un mal mayor a no poder multar e incautar la moto en el lugar, arrestar a EE, etc.”.

En autos, no se cumplió con la legalmente necesaria forma racional, progresiva y proporcional que exige la Ley N° 18.315 (artículo 3 literal D) ni con el Código de conducta para los funcionarios encargados de cumplir la ley de ONU que también menciona tales principios (artículo 3).

La prueba de esa persecución a alta velocidad y el acercamiento para interceptar y detener, haya habido roces, empujones -con o sin soltar el acelerador, sobre lo cual no hay pericia alguna-, es suficiente para calificar de imprudente el accionar del policía. Se da la culpa con previsión ya que es de toda evidencia, lo que no es de dudar, que un policía de tránsito debidamente instruido bien pudo prever el resultado dañoso (art. 18 CP).

En efecto, el agente prevé como posible el resultado pero procede de todas maneras

a efectuar la conducta al tener la confianza de que el resultado ilegítimo y lesivo no acontecerá. En palabras de Giribaldi Oddo: *"el agente ha previsto como posible la desgracia que ha ocurrido, sin haberla, sin embargo, querido: pero él debía prevenirla, sea tomando las precauciones necesarias para evitarla, sea absteniéndose de obrar. Esta especie de culpa se aproxima al dolo por la conciencia que tenía el agente de la posibilidad del mal que ha causado; pero ella difiere de él esencialmente, en que el autor de ese mal no ha tenido la intención de producirlo"* (GIRIBALDI ODDO, A. *"Estudios Jurídicos"*, Ed. Florensa & Lafon, Montevideo, 1948, pág. 87).

En autos, siguiendo a la doctrina en la materia, podemos concluir que: a) existió un hecho jurídicamente irrelevante; b) que implicó un riesgo de naturaleza previsible; c) con efectiva previsión de dicho riesgo por parte del agente; d) el imputado tenía la confianza de que ese resultado de todas maneras no se produciría; e) se produjo el resultado lesivo a partir de un error de ejecución y; f) en definitiva, se violó el deber de cuidado por parte del funcionario policial.

En palabras de Jiménez de Asúa, el autor *"espera que el resultado que se representó no se producirá. Se añade la conciencia de la*

antijuridicidad material del hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado. La falsa esperanza de que el resultado no se producirá, descansa en la negligencia de un deber concreto, cuyo cumplimiento le es exigible al autor como miembro de la comunidad" (JIMÉNEZ DE ASUA, L., "La ley y el delito", Ed. Andrés Bello, Caracas, 1945, pág. 476).

Como ha dicho nuestra jurisprudencia, "el uso de la fuerza por parte del funcionario encargado de hacer cumplir la ley se regula por los principios de excepcionalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Enseña Jiménez de Asúa que, esta hipótesis, "... comprende todos los medios racionalmente necesarios para cumplir el fin expresado en la ley, sin excluir la fuerza, pero sólo puede apreciarse cuando el acusado, obrando en cumplimiento de un deber, o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, se viese acometido y no hallare otro medio para impedir que tal acometimiento llegue a consumarse, o cuando el cumplimiento del deber requiere la necesidad de emplear medios violentos, porque haya existido una agresión que por su importancia exija el empleo de la fuerza para rechazarla o inminente peligro de ser realizada; ya que el ejercicio legítimo de las funciones de autoridad sólo faculta para hacer uso de la fuerza en caso de acometimiento previo y a falta de otros medios

para hacerse respetar y obedecer' (Tratado..., tomo IV pág. 511)" (Cfme. LJU Caso 13543, TAP 2°, sentencia N° 100/1998).

En definitiva, se dan por lo tanto los elementos de la culpa y el nexo causal; tampoco se excluye la antijuridicidad del accionar policial por eventual asunción o aceptación de riesgos del fallecido en esa huida, pues tal como señaló este Sr. Ministro al integrar el TAC 2°: *"Tampoco existió aceptación del riesgo porque como expresa GAMARRA (Trat... T. IXX p. 227 y 22 y la Sala en LJU 14680) la aceptación del riesgo por parte de la víctima ocurre cuando ésta 'actuando libre y voluntariamente, con cabal conocimiento del riesgo, se dirige al encuentro del mismo y por ello implícitamente lo acepta...'"* (Cfme. sentencia N° 176/2014).

Aquí, los perseguidos no podían representarse frente a esa incidencia en una situación de peligro tal que pusiera en riesgo la vida.

En consecuencia, corresponde desestimar los recursos dado que el encuadre de la Sala resulta ajustado a derecho.

DISCORDE PARCIAL: Por cuanto entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación de la

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

Defensa, por las razones que a continuación paso a exponer.

1) En primer lugar, entiendo que los agravios que apuntan a cuestionar la valoración de la prueba practicada por el Tribunal de Apelaciones no pueden prosperar.

Sobre el alcance de la causal "*infracción a las reglas legales de valoración de la prueba*" como motivo de casación, tengo postura asumida respecto a que únicamente corresponde revisar la plataforma fáctica cuando se denuncie (y demuestre) un error con una entidad superlativa, que constituya arbitrariedad manifiesta o evidencien un razonamiento absurdo en grado evidente por parte del Tribunal.

Al respecto, remito al lector al desarrollo de esta postura en el Considerando V.I.) de la presente sentencia en mayoría de la Suprema Corte de Justicia.

2) Sentado lo anterior, considero que sí resultó acreditada la premisa fáctica del Tribunal cuestionada por la Defensa, esto es, que el hostigamiento del acusado AA a la víctima en el contexto de la persecución policial emprendida, contribuyó al aumento del riesgo y al consecuente resultado fatal. O por lo menos, en ningún sentido puede tildarse de absurda ni arbitraria tal conclusión probatoria.

Para la Sala, el despliegue policial posterior a que la víctima no respetara la orden de detención fue *“excesivo, desmedido y desproporcionado para con esos deberes, y de tal forma, que AA contribuyó a una muerte que pudo evitarse”*.

En línea con la discordia extendida por el Sr. Ministro Dr. Tabaré Sosa considero que, como mínimo, si existió un empujón de AA como concluyeron los dos órganos de mérito.

No fueron solamente los testimonios de CC, DD y la testigo protegida que dieron cuenta del empujon-golpe, sino también que **fue reconocido por el co-imputado BB en la reconstrucción**, lo que para la Sala, refuerza *“la credibilidad de los amigos de la víctima a quienes la A quo se apresuró en descalificar solo por ese vínculo y alguna contradicción como la señalada-, arriesgaba un mal mayor a no poder multar e incautar la moto en el lugar, arrestar a EE, etc.”*. Tal conclusión probatoria, entonces, de ningún modo puede calificarse de absurda o arbitraria sino que por el contrario, cuenta con sólido respaldo en la prueba rendida en el expediente.

Por otra parte, no comparto que sea un hecho notorio ni una máxima de la experiencia que, como las motos poseen el acelerador en el manubrio derecho, esta circunstancia impedía

necesariamente que AA realizara el empujón que la Sala tuvo por probado.

Pero para el Tribunal no fue solo el golpe-empujón de AA lo que culminó con el trágico desenlace. La Sala también releva como circunstancia determinante que contribuyó al agravamiento del riesgo la velocidad en la que se desarrolló la persecución por el imputado, no inferior a 60 km/h en un parque público (más del doble de la velocidad máxima autorizada), hecho no controvertido.

Con el Tribunal de Apelaciones, es inadmisibles sostener que un policía que inicia una persecución a alta velocidad y luego interfiere en la circulación de la persona perseguida mediante manotazos y empujones (*"no importa si uno o cuántos, si al brazo, al tanque de la moto, si EE empujó primero a AA, etc."*), afirma la Sala) no podría anticipar o prever ningún resultado perjudicial para la víctima, debido a la desproporción con el objetivo perseguido.

No debe perderse de vista que, hasta ese momento, la víctima había cometido una presunta falta administrativa (multa de tránsito), **no un delito ni una falta penal**. No se alegó ni estuvo en debate a lo largo del proceso, que la víctima estuviera cometiendo una falta (de las previstas en el Código Penal), ni se identificó cuál falta del elenco que prevé

el Código sería. Tampoco se alegaron indicios que permitieran suponer la comisión de una falta o delito más grave que la infracción de tránsito que motivó la decisión de detener el birrodado.

La actuación de AA, en lugar de abstenerse de causar un daño posible y previsiblemente mayor como indica la Ley N° 18.315 de procedimiento policial, incrementó el riesgo con agresiones durante la persecución, si bien antes del impacto, que culminó en el fatal desenlace. La Policía, al actuar en ejercicio de la relevante función pública llamada a desempeñar, debe hacerlo conforme a normas que limitan el uso de la fuerza de manera estrictamente necesaria y proporcional.

La ley de procedimiento policial y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU establecen directrices claras en este sentido. En este caso, AA no siguió estas pautas de acción, utilizando la fuerza de manera desproporcionada y sin agotar otros medios de control disponibles para lograr el objetivo: aplicar la multa e incautar la moto. El despliegue policial posterior fue excesivo, desmedido y desproporcionado al objetivo perseguido, contribuyendo AA con su accionar a una muerte que pudo haberse evitado.

En la pérdida del control

de la moto, un factor determinante fue el temor infundido a la víctima por la actuación de AA (debido al golpe recibido y la velocidad de la persecución), en conclusión probatoria que si bien puede ser discutible u opinable, de ningún modo puede tacharse de absurda o arbitraria, ya que cuenta con anclaje en la prueba rendida en el expediente.

3) A partir de esta plataforma fáctica, la cuál repito, no puede calificarse de absurda en forma evidente ni arbitraria, la valoración de la prueba practicada en segunda instancia permitió a la Sala subsumir los hechos dentro del delito de homicidio culposo (artículo 314 del Código Penal), relevando la culpa con representación o culpa consciente.

Como diferenciaba Jiménez de Asúa respecto al dolo eventual, *"En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el dolus eventualis, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad,*

o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, haber previsto que no sucederá es como no haber previsto. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación o culpa consciente" (JIMENÉZ DE ASÚA, Luis, "Principios de Derecho Penal. La ley y el delito", Abelardo Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1997, pág. 367).

En la misma línea, para BUSTOS RAMIREZ, "dentro de los delitos culposos con representación (o de culpa consciente), si la actitud subjetiva del sujeto es la de persistir en la acción contando con la lesión del bien jurídico, estaremos frente a lo que la doctrina llama tradicionalmente dolo eventual. En cambio, si la actitud subjetiva del sujeto es la de persistir en la acción confiando en que el resultado no se producirá, estaremos simplemente frente a una mera culpa consciente" (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Lecciones de Derecho Penal", Vol. 2, Editorial TROTTA, Madrid, 1999, pág. 171).

Por su parte, SOLER enseña que en el caso de la culpa consciente, "existe en el sujeto una duda, que no fue superada, por precipitación e imprudencia. Según se ve, la existencia de culpa depende en todo caso del poder de evitación del error, con lo cual siempre se va a parar a una negligencia o a

una imprudencia de parte del sujeto, y éstas, para que el resultado sea atribuible a título culposo, deben ser reprochables como tales.

*Esas dos características, sin embargo, dada su naturaleza intelectual, están subordinadas al poder que el sujeto tenía de suprimir el error, superar la duda o evitar el daño. Hay negligencia, cuando el sujeto podía evitar el daño, si hubiese desplegado más actividad en determinado sentido. **Hay imprudencia, cuando el sujeto podía evitar el daño con ser más reposado, es decir, desplegando menos actividad, u obrando más reflexivamente**" (SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", TEA, Buenos Aires, 1992, pág. 172, destacado me pertenece).*

Si bien el artículo 20 literal "d" de la Ley N° 18.315 establece la legitimidad del uso de la fuerza para detener a conductores que no obedezcan la orden emitida por el funcionario policial, esta oportunidad para el uso de la fuerza, como todas, debe ejercerse conforme a los principios que establece el artículo 18: *"el uso de la fuerza, incluyendo los distintos tipos de armas, debe ser moderado, racional, progresivo y proporcional, considerando el riesgo a enfrentar y el objetivo legítimo que se persiga"*.

Con el Tribunal, considero que la detención del birrodado -plenamente identificado-

era un objetivo que fácilmente podía lograrse en un momento posterior, sin incurrir en el excesivo despliegue que culminó aumentando el riesgo de producir un daño mayor al que se pretendía evitar, pauta que es recogida por el artículo 156 de la Ley N° 18.315: ***“Si se pierde de vista el vehículo perseguido se informará de ello a la Mesa Central de Operaciones. El personal policial actuante no será responsable si dicho resultado es la consecuencia de un accionar que haya priorizado evitar un daño mayor al que se pretende evitar”***.

En el caso, considero que la calificación del Tribunal fue correcta. El actuar imprudente de AA sin dudas contribuyó al aumento determinante del riesgo que culminó en el fatal desenlace, todo lo que me lleva a desestimar los recursos de casación, sin especial condena.

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