

Montevideo, cuatro de agosto de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “**1) AA. 2) BB. Homicidio muy especialmente agravado. Casación penal**”, IUE _____, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud de los recursos de casación interpuestos por la Defensa de BB y por el encausado AA.

RESULTANDO:

l) En esta causa, tanto en primera como en segunda instancia, se determinó la responsabilidad penal de BB (o BB) y AA por el homicidio de CC, de 19 años de edad, que fuera detenido clandestinamente en la vía pública el 17 de agosto de 1971.

En primera instancia, por sentencia No. 13/2013, dictada por la Dra. Graciela Eustachio, titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 8º Turno, se condenó a ambos encausados a cumplir una pena de 15 años y 6 meses de prisión, con descuento de la prisión preventiva sufrida (y de la detención administrativa, en el caso de BB), por su calidad de coautores de un delito de homicidio muy especialmente agravado (fs. 3780-3798vto.).

En segunda instancia intervino el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3º Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. Bernadette Minvielle, Eduardo Borges y Julio Olivera, órgano que, por sentencia No. 348/2014, confirmó en todos sus términos el fallo de primer grado (fs. 3906-3914vto.).

II) A fs. 3923-3942vto. compareció la Defensa de BB e interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

Luego de abogar por la admisibilidad formal de su medio impugnativo, identificó como normas infringidas las que regulan la prescripción del delito (artículos 117 numeral primero literal "a", 120, 122 y 123 del Código Penal y 245 del Código del Proceso Penal); las que consagran el principio de seguridad jurídica y la regla *non bis in idem* (artículos 7 y 72 de la Constitución); las que regulan la culpabilidad (artículos 18 y 30 del Código Penal); las que refieren a la participación criminal (artículos 61 y 62 del Código Penal); la que regula la agravante prevista en el artículo 312 numeral quinto del Código Penal; las que regulan la admisibilidad de la prueba (artículo 173 del Código del Proceso Penal); y las que consagran el principio de inocencia (artículos 12 y 72 de la Constitución)

Sostuvo, en lo medular, que:

1) La Sala infringió las normas sobre prescripción de los delitos, ya que, a la fecha de promoción del proceso, el delito imputado se encontraba prescripto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 117 y 120 del Código Penal.

La condena se basó en una errónea interpretación del artículo 123 del Código Penal, el cual permite elevar el plazo de prescripción cuando se trata de homicidas que, a criterio del juez, se perfilan como sujeto peligrosos. Es claro que esta disposición, al utilizar el verbo en presente del indicativo ("que se perfilan"), no es aplicable a BB, quien, a la fecha del proceso, no era un "sujeto peligroso": se trata de una persona de 73 años de edad, sin antecedentes penales y de conducta honorable.

En subsidio de lo anterior, si se sigue la interpretación del artículo 123 que realizó la Sala, persiste el error. En efecto, la Sala confirmó el fallo de primera instancia, fallo en el cual mal pudo sostenerse la peligrosidad de BB por la forma y contexto en que se llevó a cabo el homicidio de autos, cuando en el mismo fallo de primera instancia se admite que no se sabe cómo se cometió el homicidio, al tratarse de una muerte presumida pero no probada.

Se determinó en forma errónea el plazo de prescripción, ya que no correspondía interrumpir su cómputo durante el período del gobierno de facto (entre el 27 de junio de 1973 y el 1o. de marzo de 1985); en materia penal el plazo de prescripción no se suspende, salvo expresa previsión legal que no existe en el caso.

2) La Sala infringió el principio de seguridad jurídica, ya que BB fue sometido en el año 1972 a la Justicia Militar, la cual era la competente dado el "estado de guerra interno" imperante, autorizado por la Asamblea General en el marco de lo

dispuesto en la Constitución. Luego de reestablecida la democracia, en el año 1986 se reabre la causa en el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 4o. Turno (ficha 812/1986) y el expediente se extravía, hecho del cual el Estado es responsable.

Volverlo a juzgar como se hizo en esta causa, argumentando que el expediente tramitado ante la Justicia Militar estaba en presuntorio y que la clausura dispuesta en 1986 no correspondía, viola el principio de *non bis in idem* y el de seguridad jurídica (artículos 7 y 72 de la Constitución).

3) La Sala violó el régimen sobre culpabilidad en materia penal, consagrado en los artículos 18 y 30 del Código Penal, dado que, a la luz de los hechos tenidos por probados, a BB no le era exigible una conducta alternativa. En efecto, se tuvo por probado que BB le entregó al Coronel DD el negativo de las fotografías de los materiales bélicos que le fueron entregados al evacuar la finca de la calle NN y que, en esa ocasión, le dijo a DD que había tomado esas fotografías para que “le sirviera de salvoconducto en el caso de que algún miembro del Comando Caza Tupamaros quisiera atacar contra su persona” (fs. 1289). Tal hecho demuestra que BB estaba sometido a una coacción tan fuerte que no le era exigible otra conducta que la que se le imputó (haber vigilado a CC en la finca de la calle NN), habiéndose encontrado en un estado de necesidad exculpante, que redujo su ámbito de autodeterminación.

4) La Sala infringió las normas que refieren a la participación criminal. Si bien el fallo de segunda instancia remite a los hechos tenidos por probados en primera instancia, luego los tergiversa y modifica sin razón.

En este sentido, y en primer lugar, cabe señalar que, a fs. 3913vto., la Sala afirmó que la detención, privación de libertad con apremios físicos y posterior entrega de CC a la Marina fueron eslabones necesarios cuyo cierre fue el trágico homicidio del detenido. Este es un primer error grave, ya que en primera instancia no se estableció la fecha de muerte de CC; la única referencia que hay sobre este hecho surge de la investigación secreta llevada a cabo por la Comisión para la Paz.

La Sala afirmó a fs. 3932 que la suerte de CC se decidió en la finca de la calle NN y que su entrega a la Marina estuvo a cargo de AA y BB. Ello no es lo que surge del expediente: BB se retiró de la finca de la calle NN sin haber participado en el interrogatorio a CC y sin volver a tener participación en los hechos, tal como surge del testimonio de EE y de los hechos tenidos por probados, de los que sólo surge que BB y AA vigilaron a CC. Entre la vigilancia (hecho dado por probado en el considerando III de la sentencia de primera instancia) y la muerte de CC (hecho dado por probado en el considerando IV de esa decisión) falta un eslabón, ya que no se sabe que sucedió en el medio ni cuánto tiempo pasó.

En segundo lugar, de los hechos tenidos por probados, “en ninguna parte surge acreditada la participación (cooperación) indispensable de BB en el homicidio de CC” (fs. 3933).

No existe en todo el expediente un solo medio probatorio que relacione lógicamente el hecho probado (BB y AA vigilaron a CC en la finca de la calle NN) al hecho presumido: a CC le dieron muerte pues esa era la forma en que procedían los grupos paraestatales, en términos de la sentencia de primera instancia.

En tercer lugar, surge que BB era un funcionario policial del más bajo rango (agente de primera). Por ello, si fuera cierto que él participó en la detención y privación de libertad de CC ¿qué razón hubiera tenido para sospechar que estaba participando de una detención ilegal, cuando se trataba de detener al integrante de un movimiento subversivo en un momento histórico en el cual se vivía un “estado de guerra”? Ninguna.

En definitiva, es equivo-cado el grado de participación que se le atribuyó a su defendido, habiéndose exagerado el rol que cumplió en el homicidio de CC. Aun cuando se considerara que BB prestó alguna forma de cooperación, ésta solo podría calificarse como accesoria y fungible; en todo caso, propia de la complicidad, pero no de la coautoría.

5) La Sala aplicó errónea-mente el artículo 312 numeral 5 del Código Penal, donde se regula como agravante muy especial del homicidio el haberlo cometido después de haber perpetrado otro delito (en el caso, el de privación de libertad), ya sea para ocultarlo, para suprimir sus indicios o prueba, o bien para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes. De acuerdo con lo sostenido por la Sala, AA y BB actuaron amparados por las autoridades de la época teniendo a su disposición los medios del propio Estado. En esa línea de razonamiento, según la cual actuaron amparados por el gobierno de la época con impunidad garantizada, no tiene sentido que cometieran un homicidio para suprimir indicios o prueba o para procurarse la impunidad.

Por otra parte, aun cuando en los fallos se admite que no se conocen las circunstancias en las que CC habría fallecido, se condena por homicidio muy especialmente agravado: la incertidumbre hace aplicable la máxima responsabilidad.

La aplicación de la agravante prevista en el numeral quinto del artículo 312 fue un artificio para evitar la prescripción del delito, lo que implica su errónea aplicación además de la violación del principio de inocencia.

6) La Sala infringió las normas sobre admisibilidad de la prueba (artículo 173 del Código del Proceso Penal). Al igual que la sentenciante de primera instancia, luego de analizar las denominadas “actas de BB” y su forma de obtención (mediante el secuestro y reclusión de BB a manos del Movimiento de Liberación Nacional–Tupamaros), concluyó que se trataba de prueba ilícita y que, por ende, carecía de valor probatorio. Sin embargo, luego le asignó eficacia probatoria por la vía de la ratificación que de su contenido realizó BB en el Colegio Seminario y ante el Coronel DD. Por esa vía se validó una prueba ilícita, utilizando “el fruto del árbol envenenado”, lo que ha sido rechazado por la doctrina especializada.

Pretender que las declaraciones de BB en el Colegio Seminario o ante el Coronel DD son una forma de confesión (“declaraciones autoincriminatorias”, las llama la sentenciante de primera instancia) es un absurdo. Primero, porque ello colisiona directamente con lo dispuesto en el artículo 186 del Código del Proceso Penal, que regula la confesión como medio probatorio, y exige que se formule ante un juez competente y en presencia de un defensor.

Segundo, porque como ya se dijo, se trata de prueba ilícita.

Además de la inadmisibilidad de las “declaraciones ratificadorias” antes referidas, son inadmisibles los siguientes medios probatorios que sustentan la condena:

a) Las actas parlamentarias sobre las “actas de BB” son inadmisibles por ser fruto de la ilicitud: si el Movimiento de Liberación Nacional-Tupamaros no hubiera secuestrado a BB, no hubieran existido las “actas de BB”, por lo que tampoco se habría dado el testimonio de BB en el Colegio Seminario ni, consecuentemente, el debate parlamentario sobre ese tema.

b) Las publicaciones periodísticas son inadmisibles porque no surgen de diligencias practicadas por el Juzgado con el contralor de las partes.

c) Los documentos emanados del gobierno de los EE.UU. son inadmisibles porque no son otra cosa que el reflejo de la opinión de funcionarios americanos con base en noticias de la época o en charlas informales.

d) El informe de la Comisión para la Paz, el cual únicamente tomó como fuente las declaraciones de BB (fs. 623 y sigtes.), es inadmisibile porque supone otro uso de prueba ilícita sin respetar la regla que ordena su inclusión. Además, validar judicialmente el accionar de la Comisión para la Paz supone validar las conclusiones de una entidad administrativa, producto de una investigación secreta, sin ninguna de las garantías de una investigación judicial.

7) La Sala infringió el principio del debido proceso y la presunción de inocencia, ya que si bien afirmó que la plataforma fáctica relacionada en primera instancia se ajustó a los hechos articulados por el Ministerio Público y resultó probada, en su sentencia trastoca tales hechos y no se ajusta a ellos.

Al validar la sentencia de primera instancia, validó que la propia jueza “a quo” reconoció que hubo dificultades en la obtención de la prueba, lo que la llevó a recurrir a indicios y a valorar la prueba con flexibilidad. Ello demuestra que no

se obtuvo la plena prueba requerida para la condena y que debió absolverse a los imputados, de acuerdo con los principios del debido proceso y de la presunción de inocencia.

8) En definitiva, la Defensa de BB solicitó que se anulara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se dispusiera la absolución de su defendido.

III) A fs. 3944-3948vto. compareció AA e interpuso recurso de casación, sosteniendo:

1) La Sala incurrió en error al imputarle la coautoría de un delito de homicidio muy especialmente agravado cuando no está acreditado que CC hubiese fallecido. Es un hecho notorio que, en la época de la desaparición de Castagente, muchos uruguayos emigraron a Suecia, a Australia y a otros países. El único tipo penal aplicable sería el de la desaparición forzada de personas, figura que no estaba vigente al momento de la comisión de los hechos.

2) La Sala incurrió en error al no haber advertido que se encontraba en un estado de necesidad exculpante, dado que actuó como funcionario policial de acuerdo con las órdenes recibidas de un superior.

3) La Sala incurrió en error porque no hay prueba concluyente de la comisión del delito imputado.

4) En lo demás, formuló agravios similares a los articulados por la Defensa de BB.

5) En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se lo absolviera.

IV) Por mandato verbal del 13 de marzo de 2015, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3^{er} Turno resolvió elevar los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 3949).

V) El expediente se recibió en la Corte el 26 de marzo de 2015 (fs. 3951). Por resolución No. 388 del 15 de abril de 2015 se resolvió dar ingreso al recurso de casación y conferir traslado por el término legal (fs. 3954).

VI) A fs. 3983-3995, la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 1^{er} Turno evacuó el traslado conferido abogando por el rechazo de los recursos interpuestos.

VII) A fs. 3997-3998vto. se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte, quien la evacuó a fs. 3999-4012vto., llegando a la misma conclusión que la titular del Ministerio Público (dictamen No. 1732 del 11 de junio de 2015). Y en cuanto al recurso deducido por la Defensa de BB, entendió que el rechazo se imponía por razones formales (ausencia de agravios cuando se apeló la sentencia definitiva y falta de invocación de las causales de casación).

VIII) Por providencia No. 744 del 15 de junio de 2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 4014).

IX) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia desestimaré los recursos de casación inter-puestos.

II) En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación de BB.

El Sr. Fiscal de Corte entendió que el recurso interpuesto por la Defensa de BB era inadmisibile.

En primer término, porque como no dedujo agravio alguno contra la sentencia de primera instancia, no estaba legitimada para interponer el recurso de casación. Únicamente el propio encausado o un nuevo titular de la Defensa hubieran podido hacerlo, conforme al artículo 271 inciso segundo del Código del Proceso Penal.

En segundo término, porque no esgrimió las causales legales de la casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 270 del Código del Proceso Penal.

La Corte no comparte esta conclusión.

Ello, porque el Defensor es uno de los legitimados para la interposición del recurso y el hecho de que no hubiese deducido agravios contra la sentencia definitiva no perjudica la posibilidad de interponer casación, en la medida en que la sentencia de primera instancia era pasible de apelación automática (cf. Jorge Veiras, Casación Penal. Integración de sus normas con las del Código General del Proceso, en libro de ponencias de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, 2009, pág. 347 y ss.). La apelación automática está establecida en beneficio del encausado y el Defensor tiene la representación de aquel, por lo cual el recurso resulta admisible.

Y en cuanto al segundo aspecto, la Corte considera que el recurrente ha cumplido con la invocación de las causales de casación, tal como se desprende de lo consignado en el resultando II de esta decisión.

III) En cuanto al agravio por errónea aplicación del régimen de prescripción de los delitos (artículos 122 y 123 del Código Penal).

El agravio no es de recibo.

Ambos recurrentes postula-ron que el delito se encontraba prescrito a la fecha de promoción de este proceso.

Manifestaron que se inter-pretó erróneamente el artículo 123 del Código Penal, que permite elevar el término de la prescripción para el caso de homicidas que se perfilan como sujetos peligrosos. Entienden que la peligrosidad debe ser evaluada al presente y no al momento de comisión del delito.

En primer término, cabe analizar cuál es el concepto de peligrosidad previsto por el artículo 123 del Código Penal.

La Corte coincide con la interpretación realizada por la Sala, aun cuando reconoce que el punto es opinable, como lo demuestra la existencia de posiciones contrarias (cf. Milton Cairoli, "El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales", T. III, FCU, 3a. edición, 2003, pág. 232).

En tal sentido, revalidamos lo expresado por la Corporación en la sentencia No. 901/2012, en términos que, con las naturales adecuaciones al caso de autos, resultan enteramente trasladables a esta causa:

En cuanto a la prescripción de los delitos imputados y al aumento de la pena previsto en el artículo 123 del Código Penal, no es de recibo el agravio.

Ello, en la medida en que, tal como lo destacaron los Sres. Jueces actuantes y el Sr. Fiscal de Corte, si el titular de la acción penal estaba impedido para ejercer su poder-deber, no le pudo correr el plazo de prescripción.

Como expresó la Corporación con anterioridad:

"En cuanto a los fundamentos que sustentan que si no se computó para la prescripción el lapso hasta marzo de 1985, tampoco corresponde aplicar a los enjuiciados a partir de esa fecha, la adición del tercio previsto por el artículo 123 del Código Penal, el mismo no podrá prosperar. En la medida que de acuerdo al concepto de peligrosidad, que como enseña Bayardo, refiere a la '...situación de estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la Ley como delito, o que ha realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la Ley penal -bien que sin ser delito- bajo el influjo de condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro...' (Tratado..., tomo III, pág. 170).

En lo que hace al concepto de peligrosidad, Irureta Goyena, indicó que "...el acto no significa más que la manifestación de la actividad del agente, en un momento psicológico concreto, productora de un determinado daño o riesgo, objetivamente considerado...". "...El elemento físico del delito -resume Florián- no tiene un significado por sí mismo, autónomo, sino que debe entenderse más modestamente como signo y manifestación de la personalidad y de la peligrosidad del delincuente, en función de tal. El delito es un hecho que revela al hombre: dentro del hecho se encuentra el hombre. El hecho, por tanto, debe considerarse en relación al sujeto..." (Jiménez de Asua, Tomo III, pág. 352 y ss.)", (sentencias N^{os} 378/2009, 1.501/2011 y 2.294/2011).

En ocasión del proceso de declaración de inconstitucionalidad dirigido contra el artículo 123 del Código Penal, este Colegiado expresó:

"Por otra parte, no debe dejar de señalarse que la norma que se tacha de inconstitucional establece las pautas objetivas que se deben tener en consideración a la hora de calificar a un sujeto como peligroso.

Por consiguiente, a diferencia de lo que entendió el promotor y en concordancia con lo señalado por la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2o. Turno, el especial régimen previsto en la disposición atacada para sobrepujar el término de prescripción del delito no se funda, únicamente, en las características personales del individuo, sino que, además, se basa en la gravedad ontológica del delito..." (sentencia No. 378/2009).

Por consiguiente, resulta lógico concluir que la peligrosidad del agente debe ponderarse al momento en que el delito se consumó y no -como pretende el recurrente- a "parámetros actuales" (cf. sentencia No. 1.501/2011 de la Suprema Corte de Justicia)".

En segundo término, cabe analizar si se verificó la interrupción del cómputo del plazo de prescripción en el período que va desde el 27 de junio de 1973 hasta el 1o. de marzo de 1985.

El período de la dictadura no debe ser considerado para el cómputo del plazo de la prescripción, ya que, como esta Corte ha reiteradamente sostenido, en ese lapso, el titular de la acción penal estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes (sentencia No. 935/2015, entre otras).

En el caso, el plazo de prescripción del delito investigado es de 26 años y 8 meses, tal como lo puso de manifiesto la jueza "a quo" (fs. 3785vto.-3787vto.). De acuerdo con lo previsto en el artículo 117 del Código Penal, el delito de homicidio muy especialmente agravado prescribe a los 20 años de acaecido; pero, en función de lo dispuesto en el artículo 123 del mismo Código, atendiendo a la peligrosidad de los encausados, que se infiere de los móviles y de la gravedad del hecho, dicho término se incrementa en un tercio, lo que lleva el plazo de prescripción al precedentemente indicado.

También coincidimos con el cálculo del plazo realizado por la magistrada de primer grado: la detención de CC se produjo el 17 de agosto de 1971. Hasta la interrupción del plazo, por el advenimiento del régimen dictatorial, al 27 de junio de 1973 transcurrió 1 año, 10 meses y 10 días. El cómputo del plazo se reinicia con la reinstalación del régimen constitucional el 1o. de marzo de 1985, habiendo transcurrido hasta la sujeción de los encausados al proceso, el 7 de

noviembre de 2009, 24 años, 8 meses y 6 días. Si se suman los períodos computados antes y después de la interrupción, se llega a un término de 26 años, 6 meses y 16 días, lo cual demuestra que el delito no prescribió.

En función de lo expuesto, para los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y Elena Martínez, así como también para el redactor, es innecesario pronunciarse sobre la naturaleza de este delito, esto es, si se trata o no de un delito de "lesa humanidad", ya que, por una parte, dicha cuestión no fue objeto de pronunciamiento en la sentencia recurrida y, por la otra, es posible arribar a la solución anunciada sin ingresar a esa temática.

A su vez, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, sin perjuicio de compartir con los restantes integrantes de la Corte las consideraciones sobre el concepto de peligrosidad del artículo 123 del Código Penal y el cómputo del plazo de prescripción, estima del caso precisar que esta causa refiere a un delito cometido en el contexto del terrorismo de Estado, por lo que se trata de un delito de lesa humanidad, no susceptible de prescribir. Resultó probado que en la década de 1970 existieron en nuestro país grupos parapoliciales y paramilitares, como al que pertenecían AA y BB, que actuaban en la clandestinidad con el propósito de perseguir y reprimir a integrantes de grupos de izquierda, como el Movimiento de Liberación Nacional–Tupamaros.

IV) En cuanto al agravio por la infracción de los principios de seguridad jurídica y del debido proceso (artículos 7 y 72 de la Constitución).

La Defensa de BB sostuvo que a su defendido se le inició un proceso ante la Justicia Militar que fue elevado ante la Suprema Corte de Justicia y luego remitido al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 4o. Turno, quien informó que si bien registraba la ficha No. 812/1986, del expediente caratulado "BB. Clausura", los autos no fueron encontrados a pesar de la búsqueda exhaustiva que se realizó.

Por ello, considera que se viola el principio *non bis in idem*, así como el del debido proceso.

No es de recibo el agravo.

En la referida investigación no existió procesamiento, por lo que no se verificó violación alguna del principio *non bis in idem*.

El asunto tramitado ante la Justicia Militar no pasó de la investigación propia del presumario, por lo que no existió ejercicio de pretensión alguna contra el indagado.

V) En cuanto al agravio por errónea aplicación del régimen de culpabilidad (artículos 18 y 30 del Código Penal).

La Defensa de BB sostuvo que, de acuerdo con los hechos que se tuvieron por probados, no se le podía exigir a su defendido una conducta alternativa.

Y citando el fallo de primera instancia, dijo que se tuvo como hecho probado: (...) *Que en nuestro país en la década de 1970, existían grupos parapoliciales y paramilitares (DAN, JUP, CCT, entre otros), que actuaban clandestinamente y en forma sistemática efectuaban atentados, privaciones de libertad, torturas y homicidios, amparados por el gobierno de esa época. Esos grupos (...) actuaban sin riesgo alguno para sus integrantes, teniendo a su disposición todos los medios del Estado (armas, explosivos, vehículos, personal, etc.), (...). La existencia de los grupos antisubversivos y en especial del escuadrón de la muerte o Comando Caza Tupamaros resulta fehacientemente probada en autos (...). Decla-ración del propio encausado BB en su testimonio ante el Coronel DD cuando al final del mismo le hace entrega a éste de un negativo correspondiente a las fotografías de los materiales bélicos que le fueron entregados en la evacuación de la finca de la calle NN expresando que procedió a su registro fotográfico para que (...) "le sirviera de salvoconducto en caso de que algún miembro del Comando Caza Tupamaros quisiera atentar contra su persona".*

Se alega que BB temía por su vida y que por eso se procuró un salvoconducto; que estaba sometido a una fuerte coacción que hacía que no le fuera exigible otra conducta, por lo que la que siguió es inculpable.

Entendemos que la Defensa de BB hace una lectura parcial de los hechos tenidos por probados en las instancias de mérito. En efecto, la Corte advierte que, en todo caso, la conducta descrita por la Defensa es posterior al hecho juzgado –el homicidio de CC-, hecho respecto del cual no se alegó la no exigibilidad de conducta alternativa alguna.

Y por si alguna duda quedara sobre la improcedencia de este agravio, pasando por alto lo antes señalado, cabe agregar que, como lo consignó el Sr. Fiscal de Corte, no se acreditó en autos que BB hubiera sufrido coacción alguna.

VI) En cuanto al agravio por la infracción de las normas sobre participación criminal (artículos 61 y 62 del Código Penal).

1) La Defensa de BB sostuvo que la Sala se equivocó al establecer el grado de participación atribuido a su defendido (a quien consideró coautor) y que exageró el rol que cumplió en el homicidio de CC. En esa línea, afirmó que si se considerara que BB prestó alguna forma de cooperación, ésta solo podría calificarse como accesoria y fungible; en todo caso, propia de la participación a título de cómplice, pero no de coautor.

Como sustento de su agravio da cuenta de lo que, a su juicio, serían errores en la valoración de la prueba, errores que fueron detallados en el resultando II, numeral 4, de esta decisión.

En puridad, este agravio se estructura sobre la base de una crítica al resultado de la valoración probatoria realizada por la Sala.

2) En cuanto a la errónea valoración de la prueba como causal de casación en materia penal.

En torno a este tema los integrantes de la Corporación mantienen posiciones diversas.

2.1) Los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux y Jorge Chediak, así como también el redactor, consideran que no es posible discutir los hechos tenidos por probados en segunda instancia. Y ello en función del claro tenor del inciso segundo del artículo 270 del Código del Proceso Penal, el cual establece: "No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos".

En tal sentido, tal como la Corte, en mayoría, ha sostenido, los hechos son intangibles y debe estarse a los datos 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. La función de la Corte 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 (sentencia No. 202/2010, entre otras).

Al respecto, consideramos que no es aplicable a las causas penales lo dispuesto por el artículo 270 del Código General del Proceso, en el bien entendido de que no es un supuesto en el cual debamos recurrir a la norma integradora contenida en el artículo 6 del Código del Proceso Penal. Ello porque, atento al claro tenor del artículo 270 inciso 2 del Código del Proceso Penal, no cabe más que concluir que la integración con la norma adjetiva civil resulta expresamente vedada en esta materia.

La categórica proclama del texto legal impide toda flexibilidad de interpretación o integración por las que se deslice la posibilidad de invocar la infracción a las reglas de valoración de la prueba prevista como causal de casación en el artículo 270 inciso 1 del Código General del Proceso. Ello, porque parece claro que la solución de la Ley procesal civil se opone de manera terminante al precepto de la Ley procesal penal (sentencia No. 454/2013 de la Suprema Corte de Justicia).

En la misma línea de pensamiento se han expresado calificados estudios específicos sobre el tema.

Así, Enrique Vescovi, en su clásica obra sobre el recurso de casación, señaló: "(...) nuestro régimen legal de la casación penal ha excluido el error en la apreciación de la prueba como juzgable en casación, diciendo que no se podrá discutir acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados (...)", (El recurso de casación. Segunda edición del libro: La casación civil, Ediciones Idea, 1996, pág. 83).

Más recientemente se pro-nunció en tal sentido el Prof. Jorge Veiras, quien afirmó: "(...) la existencia de una previsión legal específica sobre el punto en el C.P.P. (artículo 270 inciso 2), contraria a la solución genérica establecida en el C.G.P. (artículo 270 inciso 1) –y salvo la excepción que se mencionará–, impide trasladar analógicamente esta última por vía de integración normativa (...)", (Casación Penal. Integración de sus normas con las del Código General del Proceso, en libro de ponencias de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, 2009, pág. 347).

Cabe señalar que la excepción que menciona el Prof. Veiras no se aplica al caso de autos, desde que ella refiere a la infracción de las reglas legales de valoración de la prueba cuando no se otorga a un determinado medio probatorio documental el valor que la Ley le atribuye o cuando no se asigna eficacia probatoria a un cierto medio de prueba en casos en los que tal eficacia está impuesta legalmente.

En este marco cabe, sin embargo, reivindicar la creación pretoriana del "absurdo evidente", que, precisamente, surgió como medio de ampliar el campo del recurso de casación ante las limitaciones de la Ley frente a casos de notoria injusticia; al decir de Colombo, "(...) como el último y excepcional remedio que se agrega al derecho como 'válvula de escape' frente a la iniquidad de los procedimientos judiciales sobre cuestiones de hecho excluidas por su propia naturaleza de casación". De ahí que "(...) la revalorización de la prueba resulte excepcional, a interpretación estricta y cuando la desviación de la sentencia fuese grave y manifiesta".

Es así -dice Colombo- que, partiendo de la premisa de que nuestra Ley no admite otros hechos que los dados por probados por el tribunal de mérito, "(...) se requiere para la tipificación del absurdo que medie un error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible, por lo que es también indiscutible (...) que no es posible casar cuando la valoración es discutible, o poco convincente y aun equivocada, o se trata de un mero error que no alcance aquellas características, pues en dichos casos queda excluido el absurdo evidente y la Corte tiene que ajustarse a la base fáctica dada por el fallo, intangible para ella (...)", (Erik Colombo, Casación: Teoría del absurdo evidente, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 1983, No. 1, pág. 57), (cf. dictamen No. 3525/2014 de la Fiscalía de Corte, pronunciado, entre otros, también en sede de casación penal), (cf. sentencia No. 185/2015 de la Suprema Corte de Justicia).

2.2) En torno a este tema, la Sra. Ministra, Dra. Elena Martínez, destaca que, como viene de decirse, en materia de casación penal no es posible discutir los hechos tenidos por probados en segunda instancia. Ello, en función del claro tenor del inciso segundo del artículo 270 del Código del Proceso Penal.

En este marco normativo, la Dra. Martínez considera que no es posible reivindicar, como motivo del recurso de casación en sede penal, la infracción a las normas legales sobre la valoración de la prueba, ni aun invocando la doctrina del absurdo evidente, pues, en esta última hipótesis, la revaloración del material probatorio se encuentra prevista exclusivamente en materia civil, no penal.

2.3) Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, estima que la infracción de las reglas de valoración de la prueba puede invocarse en casación en aplicación de lo preceptuado por el artículo 270 del Código General del Proceso, convocado a regir el proceso penal por el artículo 6 del Código del Proceso Penal, 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". Considera que el artículo 270 del Código General del Proceso, lejos de oponerse o contradecir al artículo 270 del Código del Proceso Penal, lo complementa. 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 artículo 270 del Código General del Proceso, posterior en vigencia a su homónimo en materia penal, precisa dicho concepto en cuanto a que 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 a controlar la legalidad de la valoración de la prueba realizada por el tribunal "ad quem", siendo de destacar que la referencia del inciso 2 del artículo 270 del Código del Proceso Penal con relación 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, que 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.

A su juicio, esta posición se ve reforzada por ser la doctrina más recibida y por haberse aprobado un régimen de casación similar al del Código General del Proceso en el artículo 369 de la Ley 19.293 (Remisión y particularidades), que establece: "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 (...)".

3) Sin perjuicio de las diferencias y matices que vienen de reseñarse, la unanimidad de los integrantes de este Colegiado considera que el agravio no es de recibo.

A juicio de la Corte, la circunstancia de que en autos no exista fecha cierta de la muerte de CC resulta propia de este tipo de delitos y no es incompatible con haberla tenido por probada, como se entendió en las instancias de mérito, con sustento en una serie de indicios lógicos y coherentemente relacionados.

En este punto estamos ante un supuesto de hecho que fue tenido por probado en ambas instancias y, por tanto, a juicio de los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y Elena Martínez, así como también para el redactor, se trata de una cuestión que por referir al material fáctico no resulta revisable en casación (artículo 270 inciso segundo del Código del Proceso Penal).

En esta causa se relacionó correctamente la secuencia de hechos que condujo a la muerte de CC; y tales hechos, determinados en las instancias de mérito, no pueden ser, de regla, modificados en casación.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, considera que las críticas sobre la valoración probatoria no son de recibo, desde que no se advierte que la Sala se hubiera apartado de las reglas de la sana crítica.

Así, en esta causa quedó probada la intervención de ambos encausados en la privación de libertad de la víctima, en su traslado a una casa de El Pinar, su conducción posterior a la calle NN y la entrega a dependientes de la Marina. Y en función de tales hechos es que se produce la muerte de CC.

Como señala el Prof. Miguel Langón, “los coautores (...) puede decirse que por lo menos parcialmente, en el ámbito de su actuación, tienen dominio de la situación, dominio del hecho, que al ser global puede ser compartido por varios de los intervinientes. Coautores o co-reos son aquellos que tienen una participación de carácter necesario, generativa por vía de instigación en otras personas (instigación o cooperación moral al delito) o de cooperación necesaria, que como dice Irureta ‘se acoplan’ a los autores” (“Curso de Derecho Penal”, T. III, Ediciones “Del Foro”, 2001, pág. 117).

En este marco, la calificación que realizó la Sala de la conducta de los imputados en el estatuto propio de la coautoría (artículo 61 del Código Penal) resulta correcta.

VII) En cuanto al agravio por errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 312 numeral 5 del Código Penal.

Se sostuvo por ambos recurrentes que la Sala aplicó erróneamente el artículo 312 numeral 5 del Código Penal, donde se regula como agravante muy especial del homicidio el haberlo cometido después de haber perpetrado otro delito (en

el caso, el de privación de libertad), ya sea para ocultarlo, para suprimir sus indicios o prueba, o bien para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delin-cuentes.

La Defensa de BB señaló al fundar el agravio que, de acuerdo con lo sostenido por la Sala, AA y su defendido actuaron amparados por las autoridades de la época, teniendo a su disposición los medios del propio Estado. En esa línea de razonamiento, según la cual actuaron amparados por el gobierno de la época con impunidad garantizada, no tendría sentido que cometieran un homicidio para suprimir indicios o prueba o procurarse la impunidad. Y también se agravieron porque, a su juicio, la “inmediatez” requerida en la agravante señalada no se había acreditado.

El agravio no es de re-cibo.

Comenzaremos por distin-guir los dos aspectos que sustentan el agravio.

En primer término, el hecho de que los grupos parapoliciales o paramilitares actuaran con impunidad y con sostén de entidades o autoridades estatales no quiere decir que la conducta de suprimir los indicios no se hubiera desarrollado.

La conducta que se está enjuiciando en estos autos es la de los indagados y no la del gobierno de la época.

En autos quedó probado -y fue tenido por cierto en las instancias de mérito- que el homicidio fue cometido para eliminar los indicios del delito de privación de libertad cometido con anterioridad, sin importar si esa conducta era necesaria o útil.

En segundo término, y en cuanto a la relación de inmediatez exigida por el numeral 5 del artículo 312, se comparte íntegramente lo expuesto por el Sr. Fiscal de Corte cuando, en relación con este tema, expresó: “(...) la norma no solo reclama que deba existir un nexo psicológico entre ambos delitos, sino también cronológico, que el homicidio se haya cometido ‘inmediatamente después’, aunque para ello debe entenderse durante el ciclo de ejecución y agotamiento. Y bien, en el caso, el delito precedente fue el de privación de libertad, que se consuma apenas se efectiviza la privación de la libertad personal, y donde las secuencias posteriores son jurídicamente acriminables al mismo título que el hecho causal inicial, hasta que cese la situación, por tratarse de un delito permanente (cf. Fernando Bayardo Bengoa, “Derecho Penal Uruguayo”, T. VII, Parte Especial, volumen IV, pág. 1972). En el presente caso la privación de libertad se mantuvo hasta la muerte de CC, cumpliéndose por lo tanto, la condición temporal de inmediatez reclamada por la norma (...)”, (fs. 4008-4008vto.).

AA también sostuvo que se aplicó erróneamente la agravante imputada, habida cuenta de que se desconocen las circunstancias en las que CC habría muerto.

El agravio no es de recibo.

Está probado que la muerte de CC fue producto de un homicidio, así como las circunstancias que lo explican. Por ello, la argumentación de AA no se sostiene; en todo caso, el agravio por infracción del artículo 312 del Código Penal debió dirigirse a cuestionar el sustento fáctico de la imputación, lo que no se hizo.

VIII) En cuanto al agravio por infracción de las normas sobre admisibilidad de los medios probatorios, por haberse fallado con base en una prueba ilícita.

La Defensa de BB sostuvo que la Sala infringió las normas sobre admisibilidad de la prueba (artículo 173 del Código del Proceso Penal), ya que, al igual que la sentenciante de primera instancia, luego de analizar las denominadas "actas de BB" y su forma de obtención (mediante el secuestro y reclusión de BB a manos del Movimiento de Liberación Nacional–Tupamaros), concluyó que se trataba de prueba ilícita y que, por ende, carecía de valor probatorio. Sin embargo, luego le asignó eficacia probatoria por la vía de la ratificación que de su contenido BB realizó en el Colegio Seminario y ante el Coronel DD. También sostuvo que pretender que las declaraciones de BB en el Colegio Seminario o ante el Coronel DD son una forma de confesión ("declaraciones autoincriminatorias", las llama la sentenciante de primera instancia) es un absurdo. Primero, porque ello colisiona directamente con lo dispuesto en el artículo 186 del Código del Proceso Penal, que regula la confesión como medio probatorio y exige que se formule ante un juez competente y en presencia de un defensor. Segundo, porque, como ya se dijo, se trata de prueba ilícita.

El agravio no es de recibo.

La Defensa realiza una interpretación parcial de los medios de prueba que debe ser rechazada.

La argumentación de la Sala se funda en una serie bien relacionada de medios probatorios, que no puede ser desacreditada mediante la valoración aislada de cada uno de ellos.

En primer lugar, corresponde tener presente que ambas Sedes de mérito entendieron que las declaraciones brindadas por BB en la denominada "Cárcel del Pueblo" eran nulas por constituir prueba ilícita, ya que fueron obtenidas en un marco de coacción moral y psicológica (considerando VI de la sentencia de segunda instancia, fs. 3911).

Se expresó en la sentencia de segunda instancia:

Entonces, mirado desde este punto de vista, las declaraciones de BB vertidas en ocasión del secuestro de la organización tupamara, a los efectos de este proceso no pueden ser aquilatadas y por más que pretendidamente se hayan ratificado sus dichos en cautiverio ante el Diputado FF (...), (fs. 3911vto.).

Sin embargo, como acertadamente expresó la Sala, los dichos de BB "no se limitaron a esa única instancia", a saber:

1) La reunión en el Colegio Seminario. Tal como lo consignó la Sala y, por lo tanto, es una cuestión que integra la plataforma fáctica inmodificable en casación: "Puesto en libertad por la organización clandestina en la madrugada del 16.5.1972, pasada la noche y temiendo por su vida, se pone en contacto con el Diputado Gutiérrez Ruíz, persona esta que lo cita para el encuentro en una determinada institución educativa [el Colegio Seminario] y procede a su vez a citar personas de su cercanía partidaria (Sr. GG, Sr. HH), (...)", (fs. 3911vto.).

2) En el Colegio Seminario, BB le expresó a GG y a FF que estaba dispuesto a firmar lo que había declarado ante el Movimiento de Liberación Nacional-Tupamaros (cf. declaración de GG a fs. 822).

Respecto de este encuentro, se comparte con la Sala que se advierte que BB, una persona ya libre, concurrió voluntariamente a esa reunión, en búsqueda de su salvaguarda y seguridad.

Resulta igualmente relevante que BB hubiese ratificado lo declarado ante sus captores espontáneamente.

3) El mismo 16 de mayo de 1972, BB brindó su testimonio ante el Coronel DD, en el cual vuelve a ratificar el contenido de la "actas de BB" (fs. 1288-1289, 3366, 3912).

De lo expuesto, no cabe otra conclusión que desestimar el agravio.

La Defensa de BB argumentó que todos aquellos medios de prueba que se basaban en las declaraciones que su defendido brindó mientras estuvo recluido en la llamada "Cárcel del Pueblo" no eran válidos, en la medida en que derivan de una prueba ilícita. En tal sentido, se refirió a los debates parlamentarios sobre las cuestiones de autos, a las publicaciones periodísticas, a los documentos desclasificados de la embajada de los Estados Unidos y al informe de la Comisión para la Paz.

En función de lo antes expuesto con respecto al valor probatorio de lo declarado por BB, tampoco este argumento es de recibo. Todos los elementos enumerados son medios probatorios que han sido valorados en debida forma en ambas instancias de mérito, dándoles el valor que les es propio y relacionándolos con la prueba incorporada en autos.

IX) En cuanto al agravio por violación del principio del debido proceso y de la presunción de inocencia.

La Defensa de BB indicó que en la sentencia de primera instancia se reconoció expresamente que la prueba fue valorada con mayor flexibilidad, lo cual demuestra que se condenó sin plena prueba, en infracción de los principios constitucionales del debido proceso y de la presunción de inocencia.

En puridad, se trata de un cuestionamiento a la valoración de la prueba que realizaron los tribunales de mérito.

El agravio no es de recibo.

La profusa prueba producida fue valorada con rigurosidad, en el marco de un proceso dotado de todas las garantías.

Como se señaló precedentemente, a juicio de los Sres. Ministros, Dres. Jorge Larrieux, Jorge Chediak y Elena Martínez, así como también para el redactor, el material de hecho quedó absolutamente reservado al análisis de los órganos de primera y segunda instancia, por los argumentos expresados en el capítulo VI, numerales 2.1 y 2.2, de esta decisión, lo cual sella negativamente la suerte de este agravio.

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, señala que no advierte que la decisión atacada hubiese conculcado los principios constitucionales que se reputaron violados.

Por el contrario, de acuerdo con los medios probatorios incorporados a esta causa, se logró demostrar la participación de los encausados en la comisión del delito imputado, en calidad de coautores.

X) En cuanto al agravio por no haberse advertido la existencia de un estado de necesidad exculpante.

AA afirmó que la Sala incurrió en error al no advertir que él se encontraba en un estado de necesidad exculpante, dado que actuó como funcionario policial de acuerdo con las órdenes recibidas de un superior.

No es de recibo el agravio.

Nuestro Código Penal re-guló el estado de necesidad en su artículo 27, disposición ubicada dentro del capítulo que regula las “causas de justificación”. Nuestra doctrina ha destacado que este capítulo regula básicamente supuestos de inculpabilidad, causas que excluyen la culpabilidad de la conducta (cf. Milton Cairolí, “El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”, T. I, FCU, 1a. Ed., pág. 310).

El inciso final del artículo 27 establece que el estado de necesidad no se aplica al que tuviere jurídicamente el deber de afrontar el mal de que se trate, lo que echa por tierra el argumento de AA.

Y si se considera el agravio como fundado en lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal, que ubica a la “obediencia debida” como una causa de justificación, tampoco podría prosperar, ya que el encausado no se encontraba en una situación de coacción o de temor que le impidiera abstenerse de realizar los actos objeto de las presentes actuaciones.

Se coincide con Bayardo Bengoa en 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, T. II, págs. 167 a 173), (citado en sentencia No. 643/2012 de esta Corte).

XI) En cuanto al agravio por haberse considerado probada la muerte de CC y la comisión del delito imputado.

AA afirmó que la Sala incurrió en error al considerar probado que CC falleció, así como que fue él quien cometió el delito imputado.

El agravio no es de recibo.

Tal como se expresó en el capítulo VI, numerales 2.1 y 2.2, de esta decisión, para la mayoría de la Corte, la plataforma fáctica tenida por probada en materia penal es intangible en casación. Y en el caso, basta leer la sentencia de segunda instancia para advertir que se consideró plenamente probado que CC falleció, y que su muerte fue producto de la conducta típica, antijurídica y culpable, esto es, delictual, de, entre otros, AA y BB.

XII) En relación con los temas tratados en los considerandos anteriores, el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Pérez Manrique, estima del caso agregar las siguientes consideraciones:

Con relación al cuestionamiento que practican en cuanto a la prueba de “fallecimiento” de la víctima la Fiscal actuante al evacuar el traslado del recurso de casación señala a fs. 3990 que sobre el punto existe una clara, coincidente y extensa cadena de indicios que la prueban. No obstante ser cierto que no se registran elementos tales como el “cuerpo” de la víctima o una “partida de defunción”, ello no significa que no pueda fundarse acabadamente la muerte del mismo como sustento de la imputación.

Procede citar, al efecto, lo resuelto por la Corte en S. No. 10/2015, en la que el Sr. Ministro integrante Dr. Balcaldi señalaba que el cuerpo del delito en el tipo homicidio no es sinónimo a la presencia física del cadáver de una persona, por cuerpo del delito se entiende todo aquello que directa o indirectamente comprueba en el proceso la existencia del delito mismo.

En este sentido, se remitía a lo expresado en Sentencia N° 24/2007 de la Sala de 2o. Turno: "En sentencia dictada en el año 1949, por el Señor Juez del Crimen de Segundo Turno, Doctor Marcelino Izcúa Barbat, se expresaba que: '...El propio hecho de que no haya aparecido el cadáver de la víctima, hecho sin duda negativo pero plenamente comprobado no es contradictorio sino congruente con el hecho imputado y toda la serie de los que lo precedieron o siguieron y explican y comprueban configurando una presunción posterior, de relevancia y valor probatorio indiscutible...la imposibilidad material de hallar el cadáver de la víctima que resulta de factores de orden natural, no puede contrariar lógica y legalmente el cuadro que surge de la prueba...':

En sentencia de segunda instancia, redactada por el Doctor Bouza, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, compartiendo el parecer del Señor Juez de primer grado, expresaba que: '...para poder penetrar en la auténtica noción del cuerpo del delito...las opiniones emitidas pueden clasificarse en dos grupos: los que siguen un criterio objetivo, material o realista, y entienden por cuerpo del delito la cosa en que o con que se ha cometido o realizado el delito, o en el cual existen las señales de él, como el cadáver, el arma con que se hirió, la llave falsa, etc.; y quienes postulan un criterio ideológico y racionalista, concibiéndole como aspecto abstracto del delito, ya que no significa otra cosa que su ejecución, su existencia, la realidad del delito mismo, por lo que, en puridad, no es más que el hecho punible. Los primeros incurrir en el error señalado de confundir el cuerpo del delito con su prueba, pues para tener por cierta la existencia de un hecho punible no es imprescindible la presencia del objeto en que recayó la acción, así como la del objeto con que pudo haberse ejecutado...

...cuerpo del delito es siempre la existencia del hecho punible, la realidad del delito obtenido en el proceso, por lo que comprobar el cuerpo del delito se consustancia con comprobar la existencia del hecho punible...

El cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, y constatar el cuerpo del delito no significa más que verificar, en el proceso, su existencia, o sea, que efectivamente ha sucedido, que se ha dado en la realidad de la vida, la hipótesis típicamente prevista en la Ley penal...

Lo que la Ley quiere, es que esté suficientemente justificado en el proceso la existencia de un hecho de la vida real que revista las características de un delito específico y descrito en una figura delictiva por la Ley penal.

En consecuencia, cuerpo del delito o ingere, es el hecho punible típico y no la persona o la cosa que ha sido objeto sobre que recae el delito y en que pueda concretarse el evento.

La Ley se refiere al hecho jurídico del delito penal, y no a su objeto material ni a los instrumentos que pudieran haber servido para su comisión.

La Ley procesal penal, se mueve en un ámbito de penalidad, de responsabilidad penal; y, ésta, no es ni puede ser otra cosa que la exigible por el Código Penal, siendo este cuerpo legal, por tanto, quien suministra los elementos al juez para determinar cuándo, en la vida real, se da el delito penal típico... (Sentencia del 29 de julio de 1950)".

Pero además, en este asunto se presenta plásticamente la relación entre hecho notorio y cuerpo del delito..."

En el caso, de los hechos relevados por la sentenciante de primer grado surgen elementos elocuentes que permiten arribar a la conclusión de la muerte de Castagnetto. Así, a fs. 3792 vto. y ss. surge admitido por AA que él y BB cuidaron a Castagnetto que había sido secuestrado por uno de los grupos paraestatales y que se encontraba con los ojos vendados en una casa de la calle NN que era utilizada por funcionarios del Ministerio del interior. Se indica asimismo que ambos pasaron varias horas vigilando al joven secuestrado, hasta que arribaron al lugar otras personas, dirigiéndose a dónde estaba el muchacho. Luego aparece Castiglioni luchando con el joven pero éste sin venda, se arrastraron muebles en la pelea hasta que cayeron, indicándose en las declaraciones "...ahí tomé conciencia de la situación, me dirijo hacia Castiglioni por si quería ayuda, me meto entre ellos para levantarlo..." (fs. 2646vta.).

Ante el hecho de ser reconocidos por la víctima al haberse quitado la venda de los ojos, su muerte para asegurar la impunidad aparece como consecuencia lógica de las circunstancias.

Lo que coincide con la conclusión a que arribara la Comisión para la Paz cuando expresa que el día 18 de agosto de 1971, sobre la hora 1, fue trasladado a otro lugar y ejecutado. Su cuerpo –según información recibida- fue tirado al Río de la Plata, en la zona del Cerro (fs. 640).

Resulta aplicable asimismo lo expresado por la Corte Internacional de Derechos Humanos en casos de desaparecidos, como en el Caso II que consideró: "El contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que siete años después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que II fue privado de su vida. Sin embargo, incluso manteniendo un mínimo margen de duda, debe tenerse presente que su suerte fue librada a manos de autoridades cuya práctica sistemática comprendía la ejecución sin fórmula de juicio de los detenidos y el ocultamiento del cadáver para asegurar su impunidad" (citado a fs. 3794vto.).

De allí que no pueda imputarse a los órganos de mérito haber aplicado erróneamente el art. 312 del C.P. que describe el "homicidio consecuencial" en los siguientes términos: el agente se plantea "inmediatamente después de haber cometido otro delito, para asegurar el resultado, o por no haber podido conseguir el fin propuesto, o para ocultar el delito, para suprimir los indicios o la prueba, para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes".

En lo que dice relación con la invocada inadmisibilidad de las declaraciones realizadas por BB en el Colegio Seminario y ante el Coronel DD, cabe puntualizar que ha resultado una temática debatida tanto a nivel doctrinario como

jurisprudencial en la medida que podrían considerarse como pruebas “derivadas” de aquellas que fueron declaradas ilícitas, debiendo precisarse en cada caso si su conexión determina su exclusión o si se acredita que fueron obtenidas lícitamente, en observancia de los derechos fundamentales del indagado, corresponden ser tenidas en cuenta en el proceso respectivo.

Al efecto, Luis E. Delgado del Rincón Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad de Burgos, al analizar “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia” precisa:

“La regla de exclusión de la prueba ilícita tiene un carácter general y por la finalidad que cumple, la protección de los derechos fundamentales de las personas en el proceso, se aplicará a todo tipo de procesos, aunque el ámbito natural de aplicación será el proceso penal. En este tipo de proceso, la prueba ilícita presupone un conflicto entre dos intereses jurídicos contrapuestos, la búsqueda de la verdad material a través del proceso, y la tutela de los derechos y libertades individuales. Este último bien jurídico, la tutela efectiva de los derechos y libertades, implicará no otorgar eficacia jurídica probatoria a todas aquellas pruebas que los vulneren, y ello aunque suponga no castigar algunos delitos y que algunos delincuentes queden en libertad sin cargos.

Desde una perspectiva comparada, la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, que tiene su origen en Estados Unidos, se ha ido extendiendo a otros países con ordenamientos jurídicos y sistemas procesales diferentes. En Estados Unidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido como fundamento principal de la regla de exclusión el efecto disuasorio de la actividad policial en la búsqueda de elementos incriminatorios. Si bien, ha de advertirse que este efecto disuasorio podría lograrse por otros remedios de igual o similar eficacia como la exigencia de una estricta responsabilidad civil o disciplinaria.

En otros países, la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene un origen eminentemente constitucional, y su fundamento y objetivo principal, como se ha dicho, es la de garantizar y proteger los derechos y libertades de la persona, impidiendo que puedan ser valoradas en el proceso aquellas pruebas que se obtengan de forma ilícita vulnerando los derechos individuales.

Desde esa perspectiva comparada, puede constatarse también una tendencia general a la creación jurisprudencial de la regla de exclusión de la prueba ilícita, en la que los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas han tenido un protagonismo esencial en su formulación, interviniendo posteriormente el legislador para elaborar una norma que reconozca genéricamente dicha regla en los códigos orgánicos o procesales.

Ahora bien, en el Derecho comparado, puede observarse también una tendencia evolutiva a la introducción, por vía jurisprudencial, de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, lo que conducirá a una relativización o debilitamiento en su aplicación, y ello con independencia de que la regla se haya proclamado constitucional o legalmente.

Estas excepciones han cobrado una relevancia especial en el caso de la doctrina de los frutos del árbol envenenado o de la ineficacia de la prueba derivada de otra ilícita. En España, para examinar si existe o no relación causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina, la de la conexión de antijuridicidad, a partir de la cual el Tribunal, por influencia de la jurisprudencia norteamericana, ha ido introduciendo excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado y, por consiguiente, dotando de eficacia jurídica, en determinados casos, a una prueba derivada de otra ilícita.

Entre esas excepciones se halla la teoría de la fuente independiente, que en la práctica puede acabar actuando como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, al ampliarse de forma desmesurada el concepto de "prueba independiente". Parece como si, en los últimos tiempos, la regla de exclusión hubiese abandonado la condición de garantía procesal constitucional, por la posición preferente que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, para llegar a convertirse en un simple remedio judicial que pudiera dejar de aplicarse cuando se considere que la tutela de determinados derechos fundamentales sustantivos ha de ceder frente a la tutela de otros derechos procesales".

XIII) No hay mérito para imponer especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Desestímense los recursos de casación interpuestos, sin especial condenación pro-cesal.

Y devuélvase.