

//tencia No. 1374

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, diez de agosto de dos mil diecisiete

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria, estos autos caratulados: **"A. P., H.. REITERADOS DELITOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD ESPECIALMENTE AGRAVADOS EN RÉGIMEN DE REITERACIÓN REAL - CASACIÓN PENAL"**, IUE: 89-583/2015.

RESULTANDO:

I) Por Sentencia Interlocutoria No. 3565, de 14 de setiembre de 2015, dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 16to. Turno, se resolvió:

"Decrétase el procesamiento con prisión de H. A. P. como presunto autor responsable de reiterados delitos de Privación de Libertad especialmente agravados en régimen de reiteración real entre sí, comunicando..." (fs. 1664/1692).

II) Por Sentencia Interlocutoria No. 410, de fecha 9 de setiembre de 2016, pronunciada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno, se falló:

"Revócase la providencia impugnada. En su mérito, decrétase la libertad"

provisional de H. A. P. bajo caución juratoria, cometiéndose su cumplimiento al Juzgado que corresponda, la que devendrá definitiva ejecutoriada que sea la presente, clausurándose las actuaciones a su respecto..." (fs. 1814/1823).

III) Contra dicho fallo, la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 10mo. Turno, interpuso el recurso de casación en estudio (fs. 1828/1835).

En síntesis, expresó los siguientes agravios:

- El recurso se fundamenta en la infracción o errónea aplicación de normas de derecho, tanto en el fondo como en la forma, que trascienden y determinan la parte dispositiva del fallo en cuestión.

- El fallo atacado aplicó en forma errónea la Ley No. 15.737, en amparo a la cual se consideró que operaba en favor del encausado la amnistía otorgada por la norma. También se incurrió en una errónea aplicación del art. 72 de la Constitución, así como las normas relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recogidas en los Tratados y Convenciones ratificadas por el Estado Uruguayo, que forman parte del llamado bloque constitucional (art. 332 de la Constitución).

- La sentencia cuestionada debió desestimar la amnistía prevista por la Ley No. 15.737 y, en su lugar, debió aplicar las normas de Derecho Internacional, en tanto el accionar ilícito de A. P. involucra delitos de "lesa humanidad".

- El Tribunal incurrió en una errónea aplicación de la norma de procedimiento, en cuanto no consideró en su totalidad los agravios articulados por la Fiscalía, siendo éste un error decisivo con incidencia en el fallo, puesto que de haberse considerado que eran delitos de "lesa humanidad" no correspondía declarar su extinción por amnistía.

La sentencia debió pronunciarse respecto a si se trataba de delitos de "lesa humanidad" y si, a esta calificación de delito, era posible aplicar el instituto de la amnistía.

- El "ad quem" no debió aplicar la Ley No. 15.737. Debió aplicar las normas convencionales referentes al derecho internacional de los derechos humanos, que consagran la no aplicación de las leyes de amnistía y prescripción.

- La Suprema Corte de justicia, en lo que refiere al relacionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional, acepta la aplicación directa del Derecho Internacional en el ámbito interno,

otorgándole a las normas internacionales un rango supra legal.

El bloque de los derechos humanos pasó a estar integrado por las normas constitucionales referidas a derechos humanos, las normas internacionales referidas a derechos humanos y derechos implícitos en ambos bloques normativos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las leyes de amnistía constituyen "per se" una violación a la Convención Americana, generadora de responsabilidad internacional para el Estado que aplique dicho instituto extintivo.

En el caso Gelman, la Corte Interamericana determinó que las leyes de amnistía son manifiestamente incompatibles con la letra y espíritu del Pacto de San José de Costa Rica, en tanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos.

- El Tribunal hace una ponderación del principio de seguridad jurídica y cosa juzgada en detrimento de los derechos humanos que han sido vulnerados por el accionar del encausado.

- Aún en la hipótesis que se plantea el Tribunal, que de aplicarse la Ley No. 15.572 A. P. estaría amparado en la norma, por no estar comprendido en las excepciones previstas en su texto, no

se comparten los argumentos por los cuales se pretende no aplicar dichas excepciones.

Si bien, como dice la Sala de segunda instancia, A. P. no era "paramilitar" ni "parapolicial", sí actuaba "amparado" bajo el poder del Estado, por cuanto el encausado había llegado a un acuerdo con altos mandos militares a cambio de su colaboración en dar información respecto a documentos y prestar apoyos para las detenciones. A cambio de ello obtuvo la documentación para salir del país.

Los mandos militares lo habían protegido y lo favorecieron tanto en las condiciones de reclusión como en su salida del Uruguay, por lo que actuó "amparado" por el poder del Estado en cualquier forma y por ello está comprendido en las exclusiones de la Ley No. 15.737.

- En cuanto a los vicios de forma, el órgano recurrente sostuvo que la sentencia de segunda instancia consideró los agravios esgrimidos por la Defensa, pero no consideró los agravios alegados por la Fiscalía.

La recurrida incurrió en una clara violación de los artículos que regulan el procedimiento en caso de apelación, así como del principio de congruencia.

El Tribunal no se

pronunció expresamente respecto a los agravios que articuló la Fiscalía, tan sólo dijo que no se ampararían, sin explicitar razones que permitan controvertirlas en la presente instancia.

Justamente, la calificación de la conducta que se le imputa al enjuiciado, como delitos de "lesa humanidad", resulta determinante de la aplicación o no del instituto de la amnistía.

Son hechos probados que A. P., como integrante del MLN, fue detenido junto a su pareja A. R. y, a efectos de obtener beneficios para ambos, pasó a prestar colaboración con los militares, así como a participar en las detenciones de sus propios compañeros para lo cual, en "trabajo de campo", acompañaba a los represores.

Respecto a la privación ilegítima de libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la necesidad de que la detención se adecue a las causas y condiciones establecidas en el marco constitucional y el ordenamiento jurídico nacional.

De lo expuesto, concluye que las detenciones, aun dentro del régimen de medidas prontas de seguridad, fueron ilegales y, como tales, violatorias del derecho humano fundamental de la persona reconocido por la propia Constitución, que es la

libertad.

En consecuencia, quienes participaron en las detenciones ilegales deben ser responsabilizados como autores de delitos de "lesa humanidad".

IV) A fs. 1837 se franquearon los autos ante la Suprema Corte de Justicia, los cuales fueron recibidos el día 26 de setiembre de 2016, conforme emerge de fs. 1839.

V) Por Auto No. 1544, de fecha 3 octubre de 2016, se confirió traslado a la defensa, quien lo evacuó de fs. 1846/1864, abogando por el mantenimiento de la impugnada.

VI) Por Providencias No. 1751, de fecha 3 de noviembre de 2016 (fs. 1869) y No. 51/2017, de fecha 2 de febrero de 2017 (fs. 1929), se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte, cuyo informe fue presentado el 10 de marzo de 2017 (fs. 1938), dictaminando en el sentido de que correspondía hacer lugar al recurso interpuesto, casando la sentencia por error "in procedendo" y remitiendo los autos al Tribunal de origen a fin de que se pronuncie sobre lo requerido por la Fiscalía al adherir al recurso de apelación (vista No. 200, de fecha 10 de marzo de 2017 a fs. 1931/1937).

VII) En autos, desde el 28 de

octubre de 2016 y hasta el 13 de enero de 2017, a impulso y con la conformidad del Sr. A. P., se tramitó en esta misma pieza el incidente de autorización para viajar, obrante a fs. 1866/1928 y el incidente de liberación de la contracautela. Asimismo, entre el 8 y el 19 de junio y entre el 21 y el 30 de junio gozó de licencia el Dr. Chediak.

VIII) Con fecha 13 de marzo de 2017, se dispuso el pasaje a estudio (fs. 1939), que fuera suspendido en razón de la comparecencia del Sr. A. P., por lo cual acreditó su retorno al país y solicitó la liberación de la cautela ofrecida (fs. 1948), incidencia tramitada entre 31 de marzo de 2017 y el 17 de mayo de 2017 (fs. 1949/1958), retomándose el estudio del expediente con fecha 30 de mayo de 2016.

IX) Finalmente, concluido el estudio, se acordó la presente sentencia en legal forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, con el voto coincidente de los Miembros naturales que conforman el quórum legalmente requerido (art. 56 de la Ley No. 15.750), desestimaré el recurso de casación interpuesto en autos, pues ninguno de los motivos de agravio invocados en el grado resultan susceptibles de provocar nulidad de la sentencia impugnada, por los siguientes fundamentos.

II) Del caso de autos.

La presente causa se inició a partir de la denuncia formulada el 28 de octubre de 2011 por veintisiete personas de sexo femenino, ocasión en la cual se expresó que los denunciados participaron "... durante la detención y prisión de las denunciadas en los distintos establecimientos carcelarios, siendo todos ellos responsables directos e indirectos por acción u omisión de la comisión de delitos calificados como de lesa humanidad cometidos en forma sistemática y planificada consistentes en delitos sexuales (violencia sexual, violación, desnudez, tocamientos, entre otros) y torturas (tales como plantones, picana, submarino, entre otros), afectando su integridad física y mental y su derecho a la dignidad, principalmente, tal como surge de los relatos que se adjuntan de cada uno de las denunciadas.

7. La conducta desarrollada por los denunciados formó parte de un plan sistemático orquestado por quienes detentaban el poder en forma ilegítima cuya finalidad era la destrucción física, moral y psicológica de las detenidas con particular énfasis en su condición de mujeres, menoscabando su integridad física y mental y su dignidad con prácticas tales como la desnudez, la introducción de

objetos en la vagina y ano, tocamientos, así como insultos degradantes y amenazas por la sola condición de mujeres llegando en muchos casos a la consumación de la violación" (fs. 162 vto./163).

En ocasión de requerir el procesamiento y prisión de A. L., por la presunta comisión de reiterados delitos de privación de libertad en concurrencia fuera de la reiteración con reiterados delitos de tortura, la Fiscalía de 10mo. Turno solicitó se reciba la declaración del Sr. H. A. P. y de la Sra. A. R..

El día 7 de agosto de 2015, el Sr. A. P. fue detenido, oportunidad en la cual había regresado al país a los efectos de presentar su libro en el Hotel Sheraton de Montevideo.

Recibidas las declaraciones de los denunciantes, testigos y del encausado, el día 31 de agosto de 2015, la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 10mo. Turno solicitó el procesamiento de H. A. P. "*... bajo la imputación de reiterados delitos de Lesa Humanidad de Privación de Libertad en calidad de co-autor*" (fs. 1647 vto.).

Por su parte, el Sr. A. P. adujo como defensa que las conductas típicas que se le imputan, se hallan prescriptas o amnistiadas; además, sostuvo que no se estaría ante una hipótesis delictiva

en virtud de que el reproche penal se basa en la colaboración del enjuiciado en actos lícitos (las detenciones relacionadas fueron practicadas por personal militar mientras funcionaba el Estado democrático).

En este marco, la Sra. Juez Letrada de Primera Instancia en lo Penal de 16to. Turno, Dra. Julia Staricco, dispuso el "*procesamiento con prisión de H. A. P. como presunto autor responsable de reiterados delitos de Privación de Libertad especialmente agravados en régimen de reiteración real entre sí...*" (fs. 1664/1692).

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo penal de 4to. Turno, integrado por los Sres. Ministros Dres. Luis Charles -r-, Ángel Cal y Gabriela Merialdo, falló "*Revócase la providencia impugnada. En su mérito decretase la libertad provisional de H. A. P. bajo caución juratoria...*" (fs. 1814/1822 vto.).

A fs. 1828 se presentó la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 10mo. Turno, interponiendo el recurso de casación en estudio, cuyos agravios fueron detallados en los Resultandos del presente fallo.

III) Del vicio "in procedendo" alegado.

En primer lugar, corres-

ponde analizar el agravio referido a la vulneración del principio de congruencia consagrado en el art. 246 del Código del Proceso Penal, que la representante del órgano recurrente califica de error "in procedendo" (en contraposición al vicio "in iudicando").

El punto reviste relevancia, atento al diverso tratamiento y desigual consecuencia que acarrea uno u otro vicio (art. 280 del C.P.P.).

En este ámbito, el embate crítico consiste en que la recurrida consideró exclusivamente los agravios articulados por la defensa del encausado, sin analizar los alegados por la Fiscalía al adherir al recurso de apelación, respecto a la calificación del delito de privación de libertad como delito de "lesa humanidad".

Indica que existió una clara violación de los artículos que regulan el procedimiento, así como del principio de congruencia, dado que la Sala no consideró los agravios deducidos por la Fiscalía.

Afirma que si bien el Tribunal señaló que no ampararía los agravios articulados por el órgano acusador, sin embargo no se pronunció expresamente en el sentido requerido.

Con carácter liminar

corresponde señalar que, a diferencia de lo expresado por el Sr. Fiscal de Corte (fs. 1933 y ss.) y el órgano recurrente (fs. 1832 y ss.), este Colegiado considera que el vicio alegado refiere a un error de fondo y no de procedimiento.

En efecto, el error que la recurrente cataloga como "de forma" en realidad no posee tal naturaleza, pues, tanto el principio de congruencia, como el dispositivo, constituyen principios o reglas dirigidas al tribunal como deberes a cumplir cuando juzga, no cuando actúa (cf. Enrique Vescovi, "El recurso de casación", Ed. Idea, Mdeo./1996, págs. 94 y 95; Enrique Vescovi y otros, "Código General del Proceso comentado, anotado y concordado", Tomo 6, Ed. Abaco/2000, pág. 108 y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 52/92, 63/93, 77/93, 457/94, 984/96, 177/97, 793/14, entre muchas otras).

En torno a esta temática, la Corte integrada (Dres. Parga, Van Rompaey, Gutiérrez, Troise y Piatniza), sostuvo en Sentencia No. 309/2003, que: *"Tal como se expresa en el Código General del Proceso, obra colectiva dirigida por el Prof. Vescovi, T. 6, pág. 62: 'La motivación de la sentencia constituye, sin duda alguna, la parte más importante de la sentencia. En ella, el juez expone los motivos o los fundamentos en que basa su decisión, es decir qué fue lo*

que lo determinó a adoptar una u otra solución al conflicto que debía resolver. Couture ve a la motivación de la sentencia como un deber administrativo impuesto por la Ley al magistrado, como una forma de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso concreto, a fin de poder comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria'.

Tratándose, en opinión de la Corte integrada, la motivación de una exigencia estructural de la sentencia y su ausencia, del incumplimiento de un deber funcional del Tribunal (art. 197 C.G.P.), en que incurrió en oportunidad de dictar sentencia definitiva -por lo que no afecta la validez del proceso sino el contenido de la resolución en cuestión, que reclama una corrección en el 'encuadre legal' adoptado- es el invocado un error in iudicando (art. 277.1 C.G.P.); ello determina que, constatada su verificación, la Corte integrada deba pronunciarse sobre la 'materia de hecho del fallo recurrido', reemplazando 'los fundamentos jurídicos erróneos' -o en el caso, la ausencia total de éstos- por los que estima correctos (Cf. Gozaíni, *Derecho procesal civil*, 1992, T. I, Vol. 2, pág. 685, *Código General del Proceso*, cit., págs. 70/72, y Vescovi, *El recurso de casación*, cit., págs. 62 y 98, nota 85)".

Además, como sostiene Morales Molina, citando a Marty: "... *ambos son maneras diversas de infringir la ley* [se refiere al error in iudicando y al error in procedendo], *pero debe recordarse que al hablar del uno y del otro no se trata de distinguir según la naturaleza de la regla violada, pues el fallo puede violar in iudicando a veces una norma procesal*" [en el caso: la norma procesal que obliga al juzgador a motivar la sentencia] (Cf. "Técnica de casación civil", Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia/ Bogotá, 2014, pág. 30).

Por su parte, específicamente, en punto al principio de congruencia en materia penal, este Colegiado ha señalado que: "*debe... ser entendido como conformidad entre el contenido de las resoluciones judiciales y más aún la sentencia definitiva y el objeto de las peticiones, pretensiones y oposiciones que delimitan el 'thema decidendum'* (en este sentido, Cf. *op. cit.*, pág. 339, citando a Montero, J.).

En tal sentido se pronunciaba asimismo ARLAS, expresando en lo que atañe al agravio formulado que el Juez juzga más allá de lo que pide el accionante cuando se pronuncia sobre hechos a los que no se refirió la petición fiscal, excediendo los poderes que le son atribuidos (Cf. ARLAS, J., en '*Relaciones entre acusación y sentencia en materia*

penal', en R.D.J.A., T. 55, págs. 109, 120)..."
(Sentencia No. 194/2007).

Entonces, trasladando los referidos conceptos al subexamine, se considera que la Sala no incurrió en el vicio de incongruencia atribuido en la recurrencia, dado que efectivamente analizó los agravios articulados por la impugnante, referentes a la calificación del delito como de "lesa humanidad".

En efecto, en el Resultando No. III expresó la Sala que "*El Ministerio Público (fs. 1708 a 1728), contestó los agravios deducidos por la defensa y adhirió a la apelación deducida (...) señaló que estamos frente a delitos de 'lesa humanidad', por lo que no operó la prescripción, compartiendo el procedimiento que siguió 'la a-quo' respecto del tratamiento de la prescripción en oportunidad de disponer el procesamiento.*

También descartó que el recurrente esté comprendido en la ley de amnistía, pues se trata de delitos de lesa humanidad, o en su defecto el mismo estaría excluido de los casos previstos en ella.

En lo que hace a las detenciones practicadas abogó por su legitimidad, esto en base a un análisis de las medidas prontas de seguridad en estricta aplicación. Finalmente, abogó por

la procedencia de la prisión preventiva.

En cuanto a la adhesión a la apelación, se agravió en cuanto no se hizo lugar a la calificación jurídica que solicitó oportunamente, esto es reiterados delitos de privación de libertad como delitos de lesa humanidad, en calidad de coautor" (fs. 1815 y vto.).

Por su parte, en el Considerando No. I se señaló que "... revocará la recurrida, ya que los agravios de la Defensa logran conmover la decisión adoptada, recibándose en consecuencia la apelación en subsidio interpuesta contra la misma (...) consecuentemente no se acogerá el recurso de nulidad de la defensa ni los agravios deducidos por el Ministerio Público" (fs. 1816).

Finalmente, en los párrafos Nos. 14 y 15 del Considerando IX, la Sala, abiertamente y con absoluta claridad, desestimó los agravios introducidos por la Fiscalía. En consecuencia, no se logra advertir el vicio de incongruencia aducido en el libelo recursivo.

Véase que siguiendo jurisprudencia anterior, la Sala "ad-quem" se pronunció expresamente respecto a la legalidad de las detenciones realizadas por los militares durante el Estado democrático.

Asimismo, descartó la ilegitimidad de la detención derivada de la finalidad que conllevaba (argumento manejado en la sentencia de primer grado).

Pues bien; naturalmente, si el Tribunal consideró que las detenciones llevadas a cabo fueron legítimas, entonces, en tal enfoque, la conducta del Sr. H. A. P. no pudo tipificar el delito de privación de libertad concebido como de "lesa humanidad", circunstancia que, en el punto, deja en evidencia la debilidad del planteo de la Fiscalía.

En suma, no se aprecia la "infra petita" alegada, desde que no es correcta la afirmación del órgano recurrente respecto de que la sentencia impugnada no contuvo una decisión expresa sobre la calificación de la conducta del encausado.

Por el contrario, como viene de decirse, ello resulta de los propios términos de la recurrida: *"Por otra parte ello no cambia considerando su actividad al momento de las detenciones de quienes a la postre resultaron víctimas del régimen. Sin entrar a valorar la adecuación típica ni la procedencia de la imputación realizada en primera instancia, la Sala en su anterior integración ya se pronunció respecto a la legalidad de las detenciones practicadas por los militares, mientras funcionó el*

Estado democrático, aunque en circunstancias especiales que se contemplaron en la Ley No. 14.068 (Sentencia No. 129 del 22 de mayo de 2014).

Se entiende por lo tanto que no es de recibo el argumento de la 'a quo' al franquear el recurso respecto a que se trataría de una detención ilegítima por la finalidad que conllevaba. El acto de detención en sí mismo era el legal conforme a la norma citada, aunque lo que vino después con relación a los detenidos fue tan ilegal como aberrante, pero jurídicamente no califica por sí la detención previa". (fs. 1822 vto.).

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho, aun en la postura del órgano recurrente - que argumenta que el "ad-quem" incurrió en incongruencia, por falta de motivación, vicio que, como viene de decirse, la Corte califica como "in iudicando"- , la solución desestimatoria no cambia, habida cuenta de lo que seguidamente se dirá en punto al mérito de la controversia.

IV) En el sentido apuntado, el primer aspecto que corresponde abordar es si el Sr. A. P. incurrió en el delito que se le imputa, pues, dicho extremo resulta una "conditio sine qua non" para el análisis de la amnistía que invoca la defensa y que resiste la Fiscalía, en la medida que la extinción del

delito supone siempre, como presupuesto, su existencia.

Ello surge de la lógica misma de las cosas: si el encausado no incurrió en delito, entonces el debate sobre la amnistía resulta baladí o estéril, por insustancial.

Aclarado el punto, este Colegiado estima que la recurrencia no puede prosperar, por dos órdenes de razones, ambas conexas y referidas justamente a la licitud del obrar del enjuiciado.

IV)a) De la privación de libertad que la Fiscalía reputa como "ilegítima".

En este ámbito, la Sra. Juez "a-quo", al dictar el auto de procesamiento, entendió que *"... las detenciones efectuadas en ese período, no fueron detenciones amparadas bajo ninguna norma. Porque dichas privaciones de libertad implicaban el ser detenido sin ninguna causa, sin pasar en muchos casos por algún juzgado, y todavía ser víctimas de distintos apremios físicos. Y cuando se lograba ir a un juzgado era para cumplir un simple formalismo"* (fs. 1680).

Sin embargo, en ocasión de resolver el recurso de reposición presentado por la defensa del Sr. A. P., la Sra. Magistrada sostuvo que *"La suscrita en ningún momento expresó que las detenciones por sí solas fueron ilegales. Lo que sí es*

ilegal, es proceder a detenciones de ciudadanos con la finalidad de someterlos a interrogatorios que en ningún momento fueron autorizados por ley ni por decreto. Pues los mismos violaban cualquier norma constitucional".

"(...)"

"El agravio que las detenciones fueron dentro de un marco legal, no merece mayor análisis. Obviamente que así lo fueron, pero ello no implica que se hicieran para someter a los detenidos a distintos apremios físicos..." (fs. 1788/1789).

Por su parte, el Tribunal "ad-quem" afirmó que *"... la Sala en su anterior integración ya se pronunció respecto a la legalidad de las detenciones practicadas por los militares, mientras funcionó el Estado democrático, aunque en circunstancias especiales que se contemplaron en la Ley No. 14.068..."*.

"(...)"

"El acto de la detención en sí mismo era legal conforme la norma citada, aunque lo que vino después con relación a los detenidos fue tan ilegal como aberrante, pero jurídicamente no califica por sí la detención previa" (fs. 1822 y vto.).

En este marco, para la Corte, si las detenciones "por sí solas" fueron "legítimas", resulta por lo menos dudoso que, luego, por efecto de lo "que vino después", se pueda recalificar la

conducta y decir que fueron "ilegítimas", pues ello, en último grado de análisis, desnaturalizaría el tipo penal bajo el cual se lo pretende enjuiciar al acusado.

En efecto, el art. 281 del Código Penal establece que *"El que, de cualquier manera, privare a otro de su libertad personal, será castigado con un año de prisión a nueve años de penitenciaría"*.

De modo que, el bien jurídico tutelado, en realidad, es la libertad física, de manera que cualquier agresión contra ella constituye un ataque contra la libre facultad de movimiento.

Vale decir; es la imposibilidad de trasladarse libremente de uno a otro lugar, así como la de ser privado efectivamente de libertad por estar encerrado (cf. Milton Cairoli en "Código Penal, comentado, anotado y concordado", Tomo I, La Ley Uruguay/2014, pág. 281 y en "Curso de Derecho Penal Uruguayo", Tomo II, Ed. FCU/1995, págs. 190 y ss.).

Se tutela entonces una forma especial de la libertad individual: la libertad en sentido físico, externo, la libertad de movimientos.

Tal es el alcance específico del tipo penal bajo el cual fue juzgado el Sr. A. P..

Entonces, si las

detenciones fueron "legítimas", por responder al marco legal vigente en el momento, no se entiende por qué entonces el acusado debiera ser enjuiciado por un delito cuya acción típica antijurídica, en su descripción legal particularizada, no contiene referencia alguna a conductas posteriores como las relevadas por la Sra. Juez "a-quo", las que, a la postre, no le fueron siquiera imputadas al Sr. A. P..

En este enfoque, los actos posteriores a la privación de la libertad, serían ajenos al tipo penal. De adosarlos, se infringirían los principios de legalidad, reserva de la ley, certeza y seguridad, que tan celosamente gravitan en el Derecho Penal.

Naturalmente, tal aserto lo es sin perjuicio de los eventuales otros delitos que, en el caso, se hubieran podido cometer a partir de la conducta desplegada con posterioridad a la inicial privación lícita de libertad, delitos que no lo fueron imputados en esta causa al Sr. A. P..

Lo que importa a la hora de tener por configurado el delito en estudio, es si la detención estaba o no amparada en la legislación vigente en ese entonces, porque, de estarlo, sería legítima, por justificada, no solo respecto de los autores materiales, sino de aquellos que colaboraron en su concreción.

Ahora, si con ulterioridad hubo exceso en el cumplimiento de lo dispuesto por ley, si se vulneraron otros bienes jurídicos, como la integridad física, la vida, las buenas costumbres, etc., ello resulta ajeno al enjuiciamiento seguido en la causa, puesto que, contra el encausado, no se ejercitó reproche penal alguno respecto a dichas conductas.

Sin perjuicio de ello y en directa conexión con lo dicho, existe otro motivo adicional para desestimar la recurrencia.

IV)b) En este sentido, la Corte estima que, efectivamente, las detenciones llevadas a cabo durante los años 1972/1973, fueron legítimas.

Tal aserto responde al marco legal en el que se concretaron las detenciones (cf. "OEA: Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Uruguay", publicado en <http://docplayer.es/37492475-Oea-informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-en-uruguay-31-i-1978.html>), cuyo detalle es el siguiente.

Actuando a iniciativa del Presidente de la República, la Asamblea General aprobó el Decreto No. 277/972, de 15 de abril de 1972, en los términos siguientes:

"1) *Decrétase por el*

término de 30 días el estado de guerra interno para la represión de la subversión en el área afectada y al solo efecto de lo establecido en el Artículo 253 de la Constitución de la República.

2) Concédese al Poder Ejecutivo, por el término de 30 días, la anuencia que solicita para suspender la seguridad individual, a los solos efectos del Artículo 31 de la Constitución de la República".

La Ley No. 14.068, de 10 de julio de 1972, incorporó nuevos delitos en el Código Penal Militar, titulados "de lesa Nación", algunos de los cuales sustituyeron disposiciones similares que se extrajeron del Código Penal ordinario.

Con este procedimiento, su juzgamiento se trasladó a la Justicia Militar, aunque los autores fueran civiles.

En el marco de la ley referida, por art. 35, se dispuso expresamente que "El lugar de reclusión de los imputados, procesados y condenados por delitos sometidos a la jurisdicción militar, estará bajo la inmediata dependencia de las autoridades militares, debiendo el Poder Ejecutivo fijar el régimen carcelario correspondiente".

La constitucionalidad de la Ley No. 14.068 fue cuestionada en varias ocasiones, pero en

ningún caso se obtuvo su declaración de inconstitucionalidad (cf. José Arlas y Jaime Teitelbaum en "Estudios sobre la ley de seguridad del Estado y el orden interno", Ed. FCU, colección JVS, noviembre de 1972, págs. 19 y ss.).

Por Decreto No. 140/973, de 16 de febrero de 1973, a los efectos de la lucha contra la subversión, invocando el art. 31 de la Constitución, se suspendieron, hasta el 30 de marzo de 1973, las garantías individuales consagradas en ella: art. 15 (inviolabilidad de la persona frente al arresto salvo por causa justificada) y art. 29 (libertad de expresión y de prensa).

También se suspendió el art. 16 de la Constitución (derecho de la persona arrestada a comparecer ante un juez dentro de las 24 horas siguientes y derecho a un procedimiento sumario dentro de las 48 horas, en presencia de un abogado defensor) y el art. 17 (derecho de "habeas corpus").

Además, por Decreto No. 231/973, de 31 de marzo de 1973, se prorrogó la suspensión continuada hasta el 31 de mayo de 1973 de los mismos derechos previamente suspendidos por el Decreto antes referido.

Finalmente, en lo que acá interesa, invocando una vez más las facultades

extraordinarias del art. 168, incisos 1 y 17 de la Constitución, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto No. 393/973, de 1º de junio de 1973, cuyo alcance fue el siguiente:

"Artículo 1º: Mantiénese el arresto de las personas que actualmente se encuentran privadas de su libertad a disposición del Poder Ejecutivo, en caso de que por su conducta representen un peligro cierto para la seguridad del Estado y el orden público.

Artículo 2º: Autorízase el arresto como Medida Pronta de Seguridad de las personas presuntivamente incursoas en actividades subversivas o en ilícitos económicos, y de funcionarios públicos (Artículo 175 del Código Penal) que de cualquier manera, lesionen el patrimonio nacional con un alcance y finalidad similar a sus antecesores".

En definitiva, el marco normativo descrito, dictado durante los años de privación de libertad objeto de enjuiciamiento, pasó a ser entonces el instrumento legal con el que los organismos de seguridad nacional pudieron combatir a los grupos clandestinos que asolaban el país.

Por lo tanto, en el período democrático anotado, la jurisdicción militar era legítima, desde que su respaldo normativo estaba dado

por el Parlamento a través de las leyes referidas y/o por el Poder Ejecutivo a través del dictado de los decretos reseñados, constituyendo, en ese momento, el marco legal vigente que habilitaba las detenciones por parte del personal militar.

No pueden caber dudas, entonces, acerca de que la jurisdicción militar y las detenciones eran legítimas, más allá del juicio de valor, oportunidad o conveniencia, que cada uno pueda formular al respecto.

El propio Parlamento Nacional confirió a los militares la potestad y obligación concreta y directa de detener a quienes aparecían como responsables de la subversión.

Se podrá discrepar con la normativa relacionada, pero lo que resulta difícil admitir es que las detenciones no estaban amparadas en ninguna norma, tal como en un primer enfoque afirmó la "a-quo" al dictar el auto de procesamiento, aunque luego, al resolver el recurso de reposición, ciertamente, matizó su decisión.

Ya se señaló que el acto de detención, en sí mismo, no fue antijurídico en virtud de que fue realizado por personal autorizado normativamente a ello.

En todo caso, lo serían

los abusos y excesos cometidos con posterioridad, actos que no pueden ser imputados al Sr. A. P., pues su eventual autoría o co-participación no forma parte de la requisitoria fiscal.

Por otra parte, de la plataforma fáctica tenida por acreditada (inmutable en casación por aplicación del art. 270 inc. 2 del C.P.P.), no surge en forma alguna la prolongación de la prisión administrativa de tipo preventivo, anterior al sometimiento de los detenidos a la justicia, con exceso sobre el plazo máximo constitucional que, a la fecha, también estaba suspendido, tal como se relacionó.

Tampoco las precitadas detenciones se llevaron a cabo en forma clandestina, con violencia física, o moral.

La "a-quo" no basó su decisión en ninguna de las eventuales irregularidades detalladas.

Entonces, en el específico ámbito apuntado, la colaboración que un civil hubiera prestado a un funcionario del Estado, para la realización de una actividad de detención amparada por el orden jurídico vigente, no puede ser considerada ilícita.

Por lo tanto, a criterio de este Colegiado, las detenciones fueron legítimas,

aunque la prisión posterior hubiera resultado abusiva, acompañada de una represión indebida y de una coacción ilícita, actos todos tan funestos como execrables.

V) De la jurisprudencia nacional.

Finalmente, en similar enfoque y salvando cualquier diferencia entre el caso ventilado en autos y el que se pasará a extractar, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno, en Sentencia No. 198/2014, sostuvo, en posición que se comparte que: "... la Sala procederá a revocar el enjuiciamiento con prisión preventiva dispuesto en el auto de procesamiento recurrido, respecto de AA, en mérito a las consideraciones que seguidamente se exponen.

La Sala considera, en tal sentido, que la imputación delictiva efectuada al precitado encausado, carece por completo de prueba incriminatoria, y sólo se estableció procesalmente, infiriéndola de una hipótesis fáctica elucubrada en la recurrida, que en modo alguno se compece, con la verdad material en cuanto a como se produjeron los hechos.

En efecto, la labor funcional que realizó el referido encartado, fue cumplir con una orden recibida de su jerarca, CC, que implicaba

la detención del Maestro DD, en una zona de la ciudad de Montevideo, con gran movimiento vehicular y peatonal, que le fue precisamente indicada por el referido jerarca, así como los datos acerca del vehículo, que era utilizado por la persona a la que tenía que detener, a efectos de poder identificar a la misma.

La precitada detención se produjo sin violencia física, ni moral, por parte de quienes la practicaron, atento a que el testigo FF nada refirió al respecto, en la indagatoria original, en cuanto es presumible, la espontaneidad sin subterfugios de tal declaración, la que se compadece con una versión fáctica razonablemente verídica.

Tal aserto no se vio enervado por las ulteriores declaraciones del mismo, en cuanto jamás refirió que la detención hubiese generado alarma alguna, pese a que se realizó en un horario, y en un lugar, con permanente presencia de público, que necesariamente habría advertido el uso de fuerza por parte del encartado.

Lo expuesto descarta de plano, que la detención referida revistiera la característica de un secuestro, -posición sustentada por el Ministerio Público, y por el Sr. Magistrado 'a-quo' en cuanto no se verificó en absoluto, la violencia inherente a una situación de privación de libertad de

tal naturaleza.

Efectuada la detención, el encausado informó de la misma a CC, y este le ordenó que trasladara al detenido hasta la 'Casona', de la calle Millán, lo que efectivamente hizo, y según manifestó el enjuiciado, lo estaba esperando CC, quien recibió al detenido, y le ordenó al encartado que regresara al SID.

Es dable precisar que el encausado confesó sin inconveniente alguno, que había participado en la precitada detención, cuando pudo haberlo negado, y también admitió voluntariamente que había llevado al detenido a la 'Casona', cuando también pudo negar tal extremo fáctico.

Es evidente que CC y BB, mediante los servicios de inteligencia de que disponían, conocían en detalle los desplazamientos del Maestro DD, el vehículo que utilizaba al efecto, y los lugares que frecuentaba, porque ello explica la precisión de la orden, respecto de la zona en que debía llevarse a cabo la detención, así como la forma de identificar a la persona a ser detenida.

Pero es igualmente indubitable, que no existe prueba alguna de que el encausado estuviera en conocimiento de dicha información, ni que pudiera conocer, o eventualmente evaluar, que la persona detenida fuera a ser asesinada".

"(...)"

"Es dable señalar, que el enjuiciado enfatizó, en que al darle la orden, CC le señaló que la detención había sido requerida por la Justicia Militar, y la misma resultaba eventualmente competente, en el Juzgamiento de particulares, por la Ley No. 14.068 vigente en la época".

"(...)"

"Del relato fáctico del enjuiciado, y del testigo FF, no puede inferirse otra labor funcional, en su calidad de funcionario policial, que la que surge de las propias versiones examinadas.

Por tanto, el Ministerio Público elucubra, y el Sr. Magistrado a quo recepciona en la Interlocutoria recurrida, una hipótesis delictiva basada en el dolo eventual del imputado, que lisa y llanamente arrasa con la obligación de probar, la supuesta e inexistente atribución de participación, en el homicidio materia de estas actuaciones.

Que resulta por ende jurídicamente indubitable, que el cumplimiento de una orden como la examinada, por la cual un funcionario policial procedió a detener sin violencia en la vía pública a una persona, no puede constituirse para el encausado, en un hecho vinculante con el ulterior homicidio del detenido, por cuanto ello implicaría crear

artificialmente un imaginario vínculo del encausado con los homicidas, en una supuesta tarea común de dar muerte a los opositores al régimen dictatorial".

"(...)"

"Por tanto, la labor funcional desarrollada por el enjuiciado, no puede proyectarse en lo personal, y en el plano jurídico, más allá del acto concreto de detención de una persona en la vía pública, en condiciones apropiadas de actuación policial, en cuanto no existe prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de que participara concursalmente del ulterior resultado de muerte violenta del detenido"

En suma, a juicio de este Colegiado, en la especie, no se verificó conducta antijurídica alguna que le pueda ser imputada al Sr. A. P., argumento suficiente para rechazar el recurso de casación planteado en autos.

VI) No es necesario imponer condenas procesales.

Por los fundamentos expresados "supra" y lo dispuesto en las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, por el "quórum" legalmente requerido,

RESUELVE:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO, SIN CONDENA PROCESAL.

**NOTIFÍQUESE Y OPORTUNAMENTE,
DEVUÉLVASE.**

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

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

**DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**