

C. N° 1264/2020

Tribunal Apelaciones Penal 2º Tº
DIRECCIÓN YI 1523/25 1º piso

BERRETA

CEDULÓN

Sr./a Fiscal de Fiscalía especializada en Crímenes de Lesa Humanidad
Montevideo, 29 de octubre de 2020

En autos caratulados:

VIDAL ANTÚNEZ, LEONARDO UN DELITO DE HOMICIDIO.

Ficha 97-78/2012

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

Sentencia : 703/2020, Fecha : 28/10/20

Ministro Redactor.

Dr. José Balcaldi Tesauero.

VISTA:

Para sentencia interlocutoria estos autos caratulados: **VIDAL ANTÚNEZ, Leonardo**. Un delito de Homicidio **IUE 97-78/2012** venidos a conocimiento del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno en mérito a los recursos de reposición y apelación en subsidio interpuestos por la Defensa del encausado contra la resolución N° 567 de fecha 10 de junio de 2020, dictada por la Señora Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Penal de 27º Turno.

RESULTANDO:

1) La Señora Jueza Letrada de Primera Instancia por sentencia interlocutoria N° 567 de fecha 10 de junio de 2020, dispuso: "...Decrétase el procesamiento y prisión de Leonardo Vidal Antúnez, imputado de la comisión, en calidad de presunto autor penalmente responsable de un delito de homicidio, desestimándose las oposiciones impetradas por la Defensa...?.-

2) Contra dicha sentencia se alzó la Defensa del encausado interponiendo los





subjetiva de tal posición, ameritaría plantearse si le era exigible actuar de manera diferente.

De lo indicado concluye que se cumplen cabalmente los requisitos exigidos en el art. 29 del Código Penal para que opere la eximente de responsabilidad, por cuanto la orden impartida a Vidal vino de un funcionario público, con un estatuto especial en el que la obediencia al superior es el pilar fundamental de su existencia.

Citando doctrina, concluye que la sede exige al agente el cuestionamiento sobre la legitimidad de la orden, actitud que ante el relato de hechos asumido resulta inoportuna y desatinada frente a un procedimiento militar en una situación de emergencia.

Igualmente, conforme al artículo 28 del Código Penal, habría cumplido con un mandato legal, estando exento de responsabilidad por haber ejecutado un acto que les está permitido a los militares.

g) Alega que sobre los hechos que se ventilan ya existe un pronunciamiento legítimo, válido y definitivo por parte de quien era competente en la época para entender en la causa, por lo tanto se llega al presente pronunciamiento, desconociéndose el valor de la cosa juzgada y la jurisdicción de la justicia militar.

h) Señala que la sentenciante omitió pronunciarse sobre la prescripción del delito que imputa, sin perjuicio de lo cual en cada oportunidad procesal en que deba comparecer opondrá la excepción de prescripción, que operó de pleno derecho por el mero transcurso del tiempo.

Estima que en el presente no es aplicable la ley N° 18.831, porque los hechos que se tratan no fueron amparados por el artículo 1 de la ley N° 15.848, consecuentemente es un error sostener que la vigencia de la ley N° 18.831 impide la declaración de prescripción.

Reitera que se trata de un delito común, sin agravantes, que debe regirse por las normas comunes de prescripción, y conforme al art. 117 numeral 1 literal b) del Código Penal le corresponde un plazo de prescripción de 15 años, y en el caso se contabilizan para la prescripción al menos 36 años.





Señala que el art. 2 de la ley N° 14.068 aporta los principios que autorizan el uso de arma de fuego, a saber: excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, gradualidad, quedando exentos de responsabilidad aquellos agentes de Estado que usen sus armas contra quienes se resistan a mano armada?, lo que no se da en el caso de autos.

c) No comparte el argumento de la Defensa que sostiene que Vidal debía cumplir incondicionalmente la orden de un superior, ya que no corría ningún riesgo y pudo haber optado por otros caminos como efectuar disparos al aire o aún a zonas no vitales.

Abunda al respecto, cita doctrina nacional e internacional y jurisprudencia vernácula, para argumentar que la eximente de la obediencia debida no aplica cuando se trata de una orden manifiestamente ilegítima.

Finaliza expresando que la eximente fue desconocida por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, ratificado por el gobierno uruguayo.

d) Respecto al agravio por la vulneración de la cosa juzgada, señala que conforme al marco normativo aplicable la justicia militar no era la competente para actuar, explicitando además que en el expediente ficha 199/86 de Penal 10º Turno lo instruído resulta una forma alambicada de encubrir la realidad y perpetrar la impunidad de los responsables, adecuándose en definitiva a lo que se conoce como cosa juzgada aparente o fraudulenta.

La doctrina habla de tres identidades que se deben constatar: identidad de persona, de objeto, y de causa de persecución, y en materia de derecho internacional penal se aduna un cuarto condicionamiento, esto es, se exige que la sentencia inicial no provenga de un tribunal parcial o dependiente, o sea consecuencia de un proceso que tenga por objeto favorecer la situación del perseguido o su impunidad.

En tal sentido sostiene que no puede alegarse la excepción de cosa juzgada y vulneración del principio non bis in idem, por cuanto el imputado nunca fue juzgado por tales hechos, sino que declaró en calidad de testigo en la investigación realizada por la justicia militar.

e) Respecto a la excepción de prescripción, indica que al respecto existe cosa





Ahora bien, esa situación no ocurre si la decisión es a la inversa, es decir que no hace lugar a la prescripción por no estar presente el requisito esencial del instituto que no es otro que el tiempo transcurrido al momento de tomarse la decisión, porque en esta hipótesis la cuestión es radicalmente diferente.

En efecto, independientemente del caso concreto del presente asunto, ello es así porque la prescripción tiene como componente central el transcurso del tiempo y, siendo así, lo que se analiza en relación a un determinado momento puede variar si se examina en otro espacio de tiempo futuro.

En el régimen del Decreto ley N° 15.032, que es el aplicable en este incidente, reiteradamente ha dicho el Colegiado: "...El artículo 120 del Código Penal establece que el término de prescripción se interrumpe por la orden judicial de arresto y, en los delitos en que no procede el arresto, por la simple interposición de la denuncia; a su vez, el artículo 121 dispone que también la interrumpe "...cualquier transgresión penal cometida en el país o fuera de él, con excepción de los delitos políticos, de los delitos culpables y de las faltas... El Codificador, en sus Notas explicativas al artículo 120, expresaba que: "...Los Códigos acerca de este punto se dividen en tres sistemas: según el primero, se interrumpe la prescripción por cualquier acto de procedimiento; de acuerdo con el segundo, se requiere una sentencia condenatoria; con sujeción al tercero, el método varía según la naturaleza de la infracción, bastando el acto de instrucción para los delitos y requiriéndose la sentencia condenatoria, para las faltas. El primero existe en el Código toscano; el segundo es el derecho alemán y en parte también el del Código Italiano actual; el tercero se perfila en el Código francés. El Proyecto se mantiene en un término medio, distinto sin embargo, del dualismo francés; ni basta un acto de instrucción cualquiera ni se requiere una sentencia condenatoria; es necesario, o la orden judicial de arresto, o la interposición de la denuncia según se trate de delitos que se siguen de oficio, o mediante querrela del particular ofendido. Desde que la actividad judicial se enfoca contra determinada persona, se opera la interrupción. Es el sistema del Código vigente, tal como lo interpreta la doctrina, pero despojado de la nebulosidad de sus términos; se corta en efecto de raíz toda discusión, acerca de lo que se entiende por actos de procedimiento directo..." y abunda "...De acuerdo con mi definición son actos directos la acusación, el arresto preventivo, la orden de arresto y la intimación de presentación cuando cualquiera de estas diligencias tienen por objeto una persona determinada. El interrogatorio de un sujeto, cuando se lleva a cabo por el





interlocutoria de segunda instancia de esta misma Sala N° 346 de fecha 19 de noviembre de 2014 por los fundamentos que allí se expusieron.-

Contra dicho pronunciamiento la Defensa de Vidal interpuso recurso de casación, al cual la Suprema Corte de Justicia le dio ingreso, para luego resolver sobre el fondo de la cuestión por sentencia N° 1061 de fecha 12 de agosto de 2015 desestimando el recurso interpuesto.-

La Suprema Corte de Justicia se basó en fundamentos distintos de aquellos que se indicaron en la sentencia de segunda instancia y, además, ingresó al fondo de la cuestión lo que deja en evidencia que el debate sobre la prescripción fue agotado.-

Lo único que podría abrir un nuevo análisis es el transcurso del tiempo, no otras cuestiones según estableció la Suprema Corte de Justicia, lo cual no es viable en este asunto.-

La Defensa entre sus agravios incluye la prescripción (fojas 154 a 162), pero ahora instala fundamentos diversos a los planteados en su primaria comparecencia cuando dedujo sus agravios en la vía recursiva, lo cual resulta atrapado por la preclusión puesto que debió deducir todas sus defensas en el mismo acto.-

El aspecto vinculado a la prescripción del delito y la ley aplicable fue tratado en primera, segunda instancia y también en casación por iniciativa de la Defensa, quien articuló sus argumentos para el análisis del excepcionamiento.-

A esta altura de los acontecimientos lo que surge de autos es que se procedió conforme a la ley de procedimiento y se resolvió el artículo por parte de la Suprema Corte de Justicia, resultando irrelevante la opinión vertida por esta Sala en su oportunidad puesto que lo que corresponde a derecho es lo fallado por la Corporación.-

El novedoso argumento de la Defensa es que la ley N° 18.831, que este Colegiado entendió en aquel momento que incidía en la cuestión vinculada a la causa que se le seguía a Vidal (sentencia N° 346/2014), no fue compartido por la Suprema Corte de Justicia por el espacio temporal de su aplicación según establecen los artículos 1, 2 y 3 de la misma.-





sino que también alcanza el indicado en el art. 2º que establece ?...en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973...?. Por tanto, la remisión a sucesos concretos vinculados a la violación de Derechos Humanos abarca un lapso de tiempo que incluye parte del gobierno democrático que la ley define como ?...marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad...? y también el posterior, donde la norma señala que existió ?...el quebrantamiento del Estado de Derecho...?. Las citas son textuales a la ley vigente Nº 18.596, por lo que no es posible interpretar de diversa manera acotando la referencia del art. 2º de la ley Nº 19.550 a uno solo de esos dos períodos. El caso que se ventila en autos data del mes de julio de 1972, ergo: se encuentra temporalmente dentro de la competencia de la Fiscalía cuestionada...?, pero también de hechos pasibles de investigación.-

Por tanto, si la ley Nº 18.596 permite investigar hechos anteriores al período temporal de aplicación de la ley Nº 18.831, no es posible de antemano decir que la misma es inaplicable a un determinado suceso cuando no se sabe a ciencia cierta si se imputará algo a una persona y, en caso afirmativo, qué delito, ni cuál es la situación particular de determinado indagado.-

En autos se planteó la excepción de prescripción y la Sala dijo que había entrado en vigencia la ley Nº 18.831, porque las investigaciones ya estaban autorizadas por la ley Nº 18.596, por ello lo importante era el aditamento que se incorporaba como elemento nuevo respecto de la prescripción del eventual delito que se imputara.-

Determinado este aspecto cabe consignar que le asiste razón a la Defensa en su alegación, porque en realidad este es el momento procesal para poder definir que la ley Nº 18.831 no se puede aplicar en este asunto visto el hecho concreto imputado por el actor, siempre y cuando no opere otra causa de interrupción.-

Por ello correspondería examinar los restantes elementos que hacen a la prescripción en esta instancia procesal, pero resulta que no es posible visto lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en sentencia Nº 1061 de fecha 12 de agosto de 2015, la que definió el asunto en casación, circunstancia que hace irrelevante la opinión de la Sala porque su decisión no admite ningún tipo de abundamiento por parte del ?a quo?.-



Sobre este aspecto la Sala recuerda que el archivo de una investigación preliminar (presumario), es siempre sin perjuicio, ya que no implica de ninguna manera un juzgamiento en el entendido que su reapertura pueda afectar el principio procesal del "non bis in idem" (obviamente para no ingresar en la polémica de si se trata de un principio o una regla puesto que ello no hace a la cuestión).-

Lo que realmente importa es que para que opere el "non bis in idem", que no es otra cosa que la prohibición de la doble persecución penal, lo que debe acontecer previamente es un juzgamiento del hecho concreto y su vinculación con un individuo no una simple investigación, lo que lleva ínsito la existencia de una sentencia sobre el fondo de la cuestión que condene o absuelva a un sospechoso en particular, a lo cual debe adicionarse la sentencia interlocutoria que dispone el sobreseimiento.-

Como es notorio este instituto implica en el sistema del Decreto ley N° 15.032 que, llegado el momento de deducir la demanda, el Ministerio Público entiende que no existe prueba suficiente para acusar, por lo que es el propio titular de la acción quien pone fin al proceso penal sin que el juez de la causa tenga ninguna otra intervención más que dictar el fallo en consecuencia.

Con la entrada en vigencia del NCPP debe entenderse comprendida también la sentencia interlocutoria que dispone el sobreseimiento a pedido de la Defensa, como obviamente la que proviene del pedido del Fiscal, por tratarse en ambos casos de interlocutorias con fuerza definitiva que ponen fin a la acción penal o hacen imposible su continuación (art. 269 Decreto ley N° 15.032) o ponen fin a la pretensión penal o hacen imposible la continuación del proceso (art. 368 del NCPP), una vez pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Estas situaciones concretas son las que determinan que con posterioridad no pueda juzgarse nuevamente al mismo individuo por los mismos hechos.

El artículo 113 del Decreto ley N° 15.032 no impone ninguna restricción ni forma sacramental sobre el archivo de un presumario y, menos aun, contiene disposiciones que impidan su reapertura.

El límite natural a dicha situación es la prescripción del delito, salvo norma expresa en contrario que limite tal posibilidad, la cual no existe en el anterior procedimiento penal.





Tomo II, JVS, Montevideo, 1963, págs. 164 y 167).

Analizando otra arista del instituto en examen, Langón Cuñarro expresa, en términos que cabe compartir, que el ejecutor, en algunos casos, a pesar de no estar en situación de obediencia debida (porque no incurrió en ningún error y porque sabía perfectamente que la orden impartida era ilegal), puede no ser culpable, en virtud de la teoría de la coacción. Conforme a esta teoría, si bien actuó, lo hizo bajo coacción, con voluntad viciada por el miedo insuperable; por ejemplo, ya que si no cumplía la orden, podrían derivarse graves consecuencias para el desobediente o los suyos. Cuando lo ordenado es manifiestamente criminal, el subordinado no debe cumplir las órdenes, habida cuenta de que, en las legislaciones modernas, no se acepta el concepto de obediencia pasiva, ciega o absoluta (Langón Cuñarro, Miguel, Código Penal. Comentado, sistematizado y anotado, Tomo I, 3a. edición, Universidad de Montevideo, 2008, pág. 167). **(Sen. 2.918 de 12 de agosto de 2011, idem Sen. Nº 1156 de fecha 30 de mayo de 2019).**-

Pues bien, la orden de disparar por la espalda a un prófugo que corría esposado no puede aceptarse como legítima, ni siquiera como necesaria, por tanto, no puede ser de recibo el agravio.-

En cuanto al cumplimiento de la ley tampoco se ajusta a las normas ni actuales ni a las que cita la Defensa, porque no existió en el caso ningún enfrentamiento armado, sino que se disparó a un detenido que intentó huir.-

Se cita el artículo 17 del Código Penal Militar cuanto establece la presunción simple de la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 29 del C. Penal, pero se omite la referencia expresa a: "...salvo prueba en contrario...?.-

Lo que se observa a simple vista en el asunto es justamente que no correspondía la orden por innecesaria, ya que no significaba ningún peligro para los funcionarios actuantes un detenido que huía esposado cuando les constaba que estaba desarmado, quien por otra parte no podía llegar muy lejos en esas condiciones.-

En relación al cumplimiento de la ley se da la misma situación porque no existió una habilitación para utilizar armas de fuego contra personas desarmadas.-

La ley Nº 14.068 (Ley de Seguridad del Estado y del Orden Interno) establecía en el





IV) SOBRE LA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN.

El agravio radica en sostener que no obra la semi plena prueba de la participación del sospechoso en los hechos imputados.-

La Sala no lo comparte porque el insumo principal es un expediente completo de la Justicia Militar.-

Se trata entonces de un documento público que hace plena prueba sobre su contenido, salvo que se acredite su falsedad lo cual de momento no ocurrió.-

Por el contrario, en lo que respecta a la versión aportada por Vidal en dicho expediente se estableció, luego de practicar una pericia caligráfica, que es su firma la que obra al pie del acta.-

Dijo al respecto en su voto el Sr. Ministro Dr. Ricardo Míguez Isbarbo: ?...Como dice la Fiscalía el expediente militar es un documento público (art. 1574 del C.C.U.), el que no ha sido tachado de falsedad por la Defensa y por tanto debe considerarse como auténtico, pero además ha recaído una pericia grafológica que ha determinado que la firma que lucen en las actas son del Sr. Leonardo Vidal. Y si bien dicha prueba documental, es uno de los principales elementos probatorios, tampoco es el único que respalda el decreto de enjuiciamiento atacado. Pero bien siguiendo con el expediente todos los declarantes son contestes en que los disparos partieron del soldado Leonardo Vidal mientras Berreta corría adelante esposado gritando que lo dejaran ir. A su vez en el referido expediente Leonardo Vidal reconoce que él llevaba la subametralladora P 45 (Thompson) y que disparó sobre el detenido, una ráfaga de siete disparos (fojas 21 y 53 del referido expediente)...?.-

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los artículos 125 y 256 a 261 del Código del Proceso Penal (decreto ley Nº 15.032), el Tribunal.

RESUELVE:

CONFÍRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.

Dr. José Balcaldi Tesauro

