

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA:

1.- En estos autos, caratulados: **“Z. Q. J. R.: Cómplice de un delito de homicidio muy especialmente agravado. CASACION PENAL. (I.U.E. N° 87/289/1985)”**, la Señora Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 2° Turno interpuso recurso de casación contra la sentencia N° 198 (22/5/14, fs. 1709- 1723), dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno (escrito de fs. 1740-1745).

La Sala, por mandato verbal de 10 de junio de 2014 (fs.1745v), dispuso la elevación de los autos, a la Suprema Corte de Justicia.

La Corporación, por R.1236 (23/6/14, fs.1747), dio ingreso al recurso y confirió traslado del mismo.

Lo evacuó el Sr. Defensor de J. R. Z. Q. quien, por los fundamentos expuestos en su escrito de fs. 1753-1368 solicitó que se desestimara dicho recurso.

Asimismo lo evacuan las Sras. Defensoras de J. N. G. P., quienes por los fundamentos expuestos en su escrito de fs. 1770 a 1779, solicitan se anule el fallo de segunda instancia en lo que respecta a su defendido.

La Suprema Corte de Justicia, por R. 1472 de 20 de agosto de 2014 le confirió vista a esta Fiscalía (fs. 1781) lo que se efectivizó el 22 de agosto de 2014 (fs. 1782 v.).

2.- La Señora Fiscal funda su impugnación en dos aspectos:

I.- En un primer punto, funda su recurrencia, en la discrepancia con las consideraciones del Tribunal en cuanto a la aplicación del principio de legalidad penal, así como la valoración e incorporación al análisis, en este punto en especial, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y principios del *jus cogens*, su trascendencia y obligatoriedad. Considera que el Tribunal debió aplicar al caso al desestimar la prescripción las normas de Derecho Internacional – muy especialmente el cumplimiento de la Sentencia del caso “Gelman vs. Uruguay”, en tanto la figura del Homicidio muy especialmente agravado (art. 312 del Código Penal), en la atribución de responsabilidad por los hechos perpetrados que causaron la muerte al Maestro Julio Castro Pérez, es un delito de lesa humanidad y por tanto imprescriptible (fs. 1731).

Sostiene que la invocación de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede verse nunca como pretensión de cercenamiento de garantías. Agrega que los Estados parte reconocieron la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para interpretar la Convención, así como la jurisdicción de la Corte para la solución de controversias jurídicas no resueltas. Añade que los criterios rectores para la interpretación en esta materia, no sólo para los juicios internacionales sino también para los de la jurisdicción doméstica, estarán dados sin lugar a dudas, por los fallos de la Corte y esto se acepta sin conflictos en los otros países miembros de la Convención (fs. 1731-1731v).

Realiza una exhaustiva fundamentación al respecto basada en fallos y doctrina internacional. Asimismo recoge la exposición sobre la aplicación del Derecho Internacional que expresara en parte, la Sentencia N° 036/2009 de fecha 26.3.2009 del Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 19° Turno, Dr. Luis Charles, que transcribe (fs. 1731v-1736).

Concluye sosteniendo que luego de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictara la Sentencia el 24 de febrero de 2011 en el caso “Gelman vs. Uruguay” el Estado uruguayo está obligado a cumplirla y ello implica la no aplicación a los casos de graves violaciones a los derechos humanos de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del estado y cualquier norma análoga, tales como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, no bis in idem, o cualquier excluyente de responsabilidad, sea aplicada, y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo que corresponda (fs. 1736v).

Luego agrega que Julio Castro Pérez, no murió a causa de leves torturas sino que fue brutalmente ajusticiado, con las manos y los pies atados. El hallazgo de sus restos lo fue en un predio contiguo al Regimiento N° 14 de Infantería, de propiedad del Ejército Nacional. Expone que conforme lo expuesto sin duda alguna la ejecución del Maestro Julio Castro Pérez es un delito de lesa humanidad y por tanto excluye la aplicación del instituto de la prescripción como pretende el Tribunal.

II.- En un segundo punto, se agravia en cuanto a la revocación del procesamiento de J. R. Z. Q. y como corolario la aplicación del art. 29 del Código Penal relativa a la eximente de responsabilidad por un acto que se ejecuta por la obediencia debida respecto del mismo, por un hecho delictivo de naturaleza de lesa humanidad. Expresa que sin ingresar a la cuestión de cómo sucedieron los hechos, por ser intangibles frente al poder casatorio, si es posible controlar la interpretación errónea de la sana crítica, y por tanto también la errónea aplicación del art. 174 del Código de Proceso Penal (fs. 1731).

Manifiesta que el encausado, contaba al ocurrir los hechos con 28 años de edad. Estaba en comisión en el SID. Provenía de la Brigada de Narcóticos, donde revistaba como Sargento. Es un hecho notorio que el SID sólo entraba personal de confianza de las cúpulas del aparato de poder propio del Terrorismo de Estado y que éstos eran elegidos.

Agrega que el mismo, sabía a qué se dedicaba el SID, obviamente su posición en esa repartición lo exponía directamente con la política antisubversiva, que entrañaba detenciones ilegales, traslados de particulares a centros de detención clandestinos, tortura, desaparición de ciudadanos adultos y niños y no un trabajo administrativo o simplemente acatar órdenes de sus superiores. Quienes integraban el SID sabían a qué iban a ese cuerpo y de qué se trataban las órdenes allí impartidas. El tenía personal a cargo, al menos de menor rango y dirigía las operaciones a su cargo. No era un trabajo burocrático. (fs. 1738-1738v).

Razona que la detención del maestro Julio Castro fue según Z. por una orden de Juez Militar sin embargo nunca afirmó haber visto tal orden, ni se la mostraron a Castro para explicarle su detención. Este no fue detenido en su casa, sino que se lo siguió y se dio orden de ubicarlo luego de ir a lo de un conocido. La situación a los ojos de Z. no era regular. La detención se hacía por el SID, no en la Jefatura de Policía y se trataba, evidentemente, de un asunto ajeno a la delincuencia común. No era una “simple orden” con cuyo cumplimiento “se agotó en su labor funcional” como pretende minimizar el Tribunal (fs. 1738v).

Continúa expresando que el día 1º.8.1977 Julio Castro, maestro jubilado de profesión y periodista, de 68 años de edad, fue secuestrado por efectivos del Servicio de información de Defensa (en adelante SID), en la Avda. Rivera, en las proximidades del cruce con Soca.

La víctima había dejado estacionado su vehículo sobre la Avda. Rivera, una camioneta modelo “Indio”, que estaba pintada con color amarillo subido, con detalles negros, y a ella se dirigía. Fue interceptado por el oficial de la Policía J. R. Z. Q., que revistaba en el SID, y estaba al mando del procedimiento. Bajo sus órdenes iban dos soldados, J. C. B. y otro no identificado. Se le obligó a subir a un coche, donde debía de permanecer agachado (habiéndose quejado de una dolencia que le impedía ir en esa posición) y de allí fue conducido a una finca sita en Avda Millán y Loreto Gomensoro, Centro de detención clandestino (fs, 1739-1739v).

Luego agrega que Z. Q. admite que cuando llega a la Casona, estaba aguardando el jefe del Depto. (R. B.) a quien le entregó el detenido en la parte exterior de un tipo porche. Entiende que resulta poco creíble que el Jefe de un centro clandestino de detención se encuentra – dándole la bienvenida” – a las persona que detenían ilegalmente. Por lo menos parece poco probable.

Afirma que el relato de B. es mucho más coherente, cuando narró que fue llevado a esa especie de subsuelo donde quedó de pie. Dice que B., tuvo una actitud diferente, que renunció poco después de este hecho, afectado tal vez porque el mismo fue movilizador. Denunció el hecho al retorno de la Democracia y una y otra vez mantuvo a lo largo de la instrucción la misma versión. No faltó a la verdad, ni dijo que el arresto fue lícito, hecho que Z. no podría desmentir. El, Z., dio las órdenes, estaba a cargo del operativo. Esa es la participación que desarrolla un coautor (fs. 1739v-1740).

Esa es la manera como se capturaba a quienes se oponían al Terrorismo de Estado, se les retenía clandestinamente sin dar noticia a autoridad judicial competente, independiente e imparcial, se los torturaba física y psicológicamente para la obtención de información y eventualmente se les causaba la muerte.

El hilo conductor del razonamiento surge de la existencia de un plan operativo que trasciende al procesado de autos, y del cual éste formó parte.

Cita a tales efectos los testimonios de G. (de la DNI) de fs. 430 y del Comisario C. H. (fs. 437) que manifiestan que

trabajaron en los operativos con el SID y allí con Z. Q. (fs. 1740-1740v).

Luego efectúa razonadas consideraciones sobre el accionar de este último en el hecho, entendiendo que no podía desconocer dado su origen y su pase en comisión, que la detención que iba a realizar era ilegal, revestía la calidad de secuestro (fs. 1740v).

Refiere al relato de E. Q. (hoy fallecido) a los periodistas M. B. y E. G. B., sobre la actividad de Julio Castro, en cuanto a la recopilación de información para su envío al exterior (a C. Q. y a grupos de exiliados uruguayos) y su distribución en el interior a ciertos sectores políticos (fs. 1740v-1741).

Asimismo cita la declaración de J. R. F. (fs. 338 y sigs), en cuanto a la certeza de la detención del mismo, que le fuera informado por la embajada de USA, hecho que fue por él denunciado a la Comisión Interamericana de DD.HH. (fs. 1741).

Señala la declaración de T., respecto a palabras de los guardias que se turnaban, en cuanto al mal estado de Julio Castro, por lo que deciden: “...*al veterano hay que sacárselo...*”; “*estaba a la muerte*” o *algo así*” (fs. 1741v-1742).

En cuanto a la invocación de la Obediencia debida (artículo 29 del Código Penal), considera que la misma no es admitida en el ámbito de los delitos contra la humanidad. Sostiene que no es posible argumentar tal eximente, pues el enjuiciado no actuó en el marco de sus atribuciones funcionales estrictas. Asimismo entiende que no es relevante, en este expediente, considerar que actuó

dentro del marco de lo previsto en el art. 29 del Código Penal (claramente inaplicable), ni traer a colación la innegable subordinación jerárquica del procesado a sus mandos, citando doctrina internacional al respecto (fs. 1742v-1743).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En opinión de este Ministerio, corresponde hacer lugar parcialmente a la casación planteada, de acuerdo a las consideraciones que seguidamente se exponen:

I.- Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

La recurrente solicita la anulación de la sentencia N° 198/2014, por entender que el hecho delictivo perpetrado en autos aún cuando se lo encuadre en el tipo de Homicidio muy especialmente agravado, está sujeto a prescripción, desconociendo que se trata de un crimen de lesa humanidad.

Cabe señalar que la sentencia dictada por el Sr. Juez de primera instancia, N° 402/2012, resuelve no hacer lugar a la pretensión de prescripción, lo que es confirmado en este aspecto por la sentencia atacada.

Al respecto este Ministerio ha sostenido en anteriores dictámenes, que no son aplicables las normas de prescripción contenidas en nuestro Código Penal, cuando se trata de de graves violaciones a los derechos humanos ocurridos en Uruguay, como lo es el caso de autos, sino que corresponde dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, en razón del sometimiento voluntario de la R.O.U. a la jurisdicción de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos; a la fuerza normativa de las sentencias de la citada Corte, y al cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia de esta Corte de fecha 24 de febrero de 2011, en el denominado caso Gelman vs. Uruguay (Dictamen 1321/2012 entre otros).

No obstante lo expresado, entiende esta Fiscalía que el agravio invocado por la recurrente no es de recibo, toda vez que al tratarse la decisión del Tribunal de un pronunciamiento confirmatorio de lo resuelto por el Sr. Juez ad quo, coincidente con la postura de la impugnante, desestimando la prescripción del delito, no le causa perjuicio, pese a no compartir el criterio interpretativo expuesto al respecto por la recurrente.

En este aspecto, ha expresado Selva A. Klett, *“El principio de legalidad, de raigambre constitucional (art. 18 de la Constitución y 16 del C.G.P. regula la forma de todos los actos procesales, y por consecuencia cumple un rol fundamental en materia de medios impugnativos, resultando de aplicación las normas que establecen los requisitos generales de los actos procesales, como los requisitos y presupuestos específicos que establezca la ley para cada uno de ellos....”*. Asimismo expresa que: *“En lo que concierne a las resoluciones judiciales el interés se hace patente en la existencia de agravio, entendiendo por tal, según la definición de Couture el “perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución causa a un litigante”; es el perjuicio que, en virtud de la sucumbencia, tiene que sufrir la parte para estar habilitado a presentar el recurso de apelación, que justamente tiene*

por finalidad esencial reparar dicho perjuicio. “Supone la sucumbencia, el vencimiento, la insatisfacción total y/o parcial de cualesquiera de las pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso”. “Se trata de que el acto impugnado (la resolución por ejemplo), desmejore o contradiga la expectativa de la parte en relación a la pretensión deducida en ese proceso.” (Selva A. Klett, Algunos temas de interés en el área de los medios impugnativos, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Año 2005/2, págs. 372-373).

En consecuencia, atento a lo expuesto, no habiendo contradicción en las resoluciones de ambas sentencias, y habiéndose desestimado la prescripción del delito, corresponde desestimar el agravio impetrado.

II.- Inobservancia de la regla de la sana crítica al valorar la prueba de autos – violación del artículo 174 del Código del Proceso Penal.

La recurrente funda este agravio en la interpretación errónea de las reglas de la sana crítica, y por tanto también la errónea aplicación del art. 174 del Código del Proceso Penal en cuanto a la revocación del procesamiento de J. R. Z. Q. y como corolario la aplicación del art. 29 del C. P. en cuanto a la eximente de responsabilidad por un acto que se ejecuta por la obediencia debida, lo que a su juicio, habilitaría la interposición del recurso de casación.

El artículo 174 del C.P.P. prevé que: *“Los Jueces apreciarán la eficacia de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica).*

Como ha sostenido esta Representación en dictamen 1149/2010, *“En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 174 del CPP consagra el sistema de la sana crítica para la valoración de la prueba, que da al Juez libertad para apreciar la eficacia persuasiva de la prueba, con el único límite de que el juicio que se haga sea razonable, conforme a las leyes de la lógica, adecuadamente explicitado, de forma de permitir el control de su logicidad (cf. De la Rúa, Fernando. “La casación penal” pág. 110, 145/167 Couture, “Estudios de Derecho Procesal” T.II, pág. 181/127).*

También al respecto, dice CAFFERATA NORES que el sistema de la sana crítica que consagra, en nuestro derecho el art. 174 C.P.P., se caracteriza *“...por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no sólo de la psicología...) y la experiencia común”* (Cf. “La prueba en el proceso penal”, ed. Depalma, p.p.-46-47).

En esta instancia, deberá entonces analizarse si en su sentencia el Tribunal de segunda instancia, respetó estos conceptos al efectuar la valoración de la prueba.

Cabe señalar que este órgano al revocar el enjuiciamiento con prisión preventiva de J. R. Z. Q., basa su argumentación en que la imputación delictiva efectuada al precitado encausado, carece por completo de prueba incriminatorias.

Como bien lo ha expresado la recurrente los hechos son intangibles frente al poder casatorio, pero ello no impide que la misma sea revisada cuando la valoración probatoria infrinja las normas de la sana crítica.

En efecto son hechos probados que J. R. Z. Q., en febrero de 1977 fue ascendido a Sub-Comisario, cargo que detentaba cuando ingresó a prestar servicios en el SID (Servicio de Información y Defensa) con fecha 14/07/1976, siendo reintegrado a la Brigada de Narcóticos y Drogas Peligrosas el 12/08/1977 (fs. 1230-.1244).

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

Resulta acreditado, que la víctima condujo su camioneta “Indio” amarilla y negra, hasta la casa de G. Q., sita en Francisco Llambí 1417, lugar del que salió para ir a visitar a su amigo O. L., como éste lo expresara “tratando de ayudar a los uruguayos que querían refugiarse en al embajada mexicana” (fs. 580). Es en dicho momento y en el trayecto hacia su vehículo, que

fue interceptado por el encausado, introduciéndolo al móvil que los trasladara hasta allí. Es también un hecho que relaciona la sentencia, que B. se ubicó en el asiento de atrás y que Z. condujo el auto hasta la casa de la calle Millán 4269 esq. Loreto Gomensoro, que funcionaba como Centro de Reclusión clandestino, donde según Z. lo entregó a su jerarca J. A. R. B..

Si bien no resulta probado a quién fue entregada la persona del maestro Julio Castro, no es objeto de controversia que el encausado lo llevó hasta dicha casa particular, el cual no era un Juzgado, ni ninguna Institución habilitada a tales efectos.

Asimismo surge probado que allí fue sometido a torturas, coincidiendo en dicha situación con el periodista F. A. F. T., quien por su propia experiencia, pudo determinar que sin ninguna duda, la persona a que se referían como “el veterano”, era el maestro Julio Castro (fs. 800-800v).

Surge también probado, que falleció en fecha aproximada al 3 de agosto de 1977, habiendo sido sus restos enterrados en el Batallón I. Parc. N° 14 (fs. 605), estableciéndose por la pericia médico forense de fs. 204 que la causa de muerte altamente probable se debió a disparo de arma de fuego a nivel craneal

De los hechos probados, no resulta lógico, ni razonable, ni ajustado a las reglas de la sana crítica, que:

- Z. Q. cumpliera dicha orden de detención, sin tener conocimiento o al menos analizar que era una orden ilegítima. Véase que la fecha de su ingreso en el SID, fue el 14/07/1976 ocurriendo la detención el 01/08/1977. El proceso lógico en la

valoración de la prueba, nos lleva a concluir que dicho accionar no puede verse como un hecho aislado en la actividad del mismo en este Servicio, y que durante el período que integró este organismo tuvo que acceder a la información de los movimientos que allí se desarrollaban, cuanto más si los testigos son contestes en afirmar que se realizaba vigilancia, seguimientos y en el caso de M. y M. admiten detenciones (fs. 809 y 815).

- Que la detención de Julio Castro fuera un acto legítimo y sin violencia. No hay dudas que fue interceptado en la vía pública, y que ascendió a vehículo distinto al que utilizaba, siendo trasladado a un Centro de reclusión clandestino, lo que supone necesariamente un despliegue tanto de violencia física como moral.

- Que el encausado no advirtiera que trasladaba a Castro a una residencia particular, con las características anotadas precedentemente, toda vez que no lo entregó en una Unidad militar, ni Juzgado, ni Institución habilitada a tales efectos. Aún si se diera por probada la circunstancia que refiere que lo entregó a R. B., no lo exime de que no concluyera la ilegitimidad del acto, atento al lugar y condiciones en que fue dejada la persona de Castro.

- Que tampoco resulta razonable que el encausado no supiera nada en ese momento, sobre la denuncia de desaparición de Julio Castro, máxime cuando fue él mismo que procedió a su detención.

- Que Z. no conociera las operaciones que realizaba el SID. En efecto la circunstancia que invoca el Tribunal del evidente conocimiento de R. B. y J. N. G. mediante los servicios de

inteligencia de que disponían, necesariamente debe extrapolarse al justiciable. Véase que sabían los desplazamientos de Julio Castro, qué vehículo utilizaba, los lugares que frecuentaba, todo lo que integraba una operación denominada “Pecera”, que incluyó la detención del periodista T., situaciones todas, que por su jerarquía no podían ser ajenas al conocimiento del encausado Z.. Debe tenerse presente que en el SID, se cumplían operaciones de información y seguimientos, lo que es corroborado por los testimonios de quienes lo integraron, así como por las declaraciones de G. (de la DNI) y del Crio. C. H..

Por tanto no es razonable concluir como expresa el Tribunal, que la detención que llevó a cabo Z., se ajustó a la orden que le diera R. B., por haber sido requerida por la Justicia Militar. Por el contrario, sólo puede concluirse que la orden era ilegítima y que el accionar del encausado como fue la detención realizada, finalizó con la muerte de Julio Castro.

Obediencia debida (Art. 29 del C. P.)

El Tribunal agrega que aun cuando el requerimiento de la Justicia Militar, no fuera cierto, la detención que llevó a cabo, se ajustó estrictamente al cumplimiento de una orden, dada por un jerarca con competencia para disponerla, a la que debía dar cumplimiento sin discrecionalidad, y allí se agotó su labor funcional, por lo cual su conducta resulta enervada de antijuricidad, al amparo de lo establecido por el art. 29 del Código Penal.

No obstante lo expresado por la recurrente en cuanto a que la obediencia debida no es admitida en el ámbito de los

delitos contra la humanidad, igualmente este dictaminante ingresará al análisis de este instituto previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

En el Código Penal Uruguayo, se establece entre las causas de justificación en el Título II De las circunstancias que eximen de Pena, la “*Obediencia al superior*”. El mismo establece que: “*Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto por obediencia debida.*”

La obediencia se considera tal, cuando reúne las siguientes condiciones.

a.- Que la orden emane de una autoridad.

b.- Que dicha autoridad sea competente para darla.

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

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

La obediencia debida como causa de justificación como expresa el Tribunal enerva la antijuricidad de la conducta típica, la que resulta conforme a derecho.

Este instituto se encuentra en algunos Códigos como el nuestro, dentro de estas causas, por considerar que la obediencia jerárquica es una modalidad del cumplimiento del deber. Así ha sido considerada, por gran parte de la doctrina, hasta que a partir de Max Ernst Mayer en el año 1915, comenzó a ser considerada como causa de inculpabilidad.

En la doctrina se han distinguido tres sistemas, de obediencia debida absoluta, obediencia debida relativa y obediencia debida reflexiva.

En la obediencia debida absoluta, el subordinado debe cumplir la orden impuesta por el superior jerárquico sin discusiones o sin reservas, inclusive la de examinar o no sobre la legalidad o ilegalidad de la misma. En el sistema de la obediencia debida relativa, se le impone al inferior la obligación de no cumplir con la orden impartida por el superior, cuando es evidente que la orden es ilegal; mientras que en la orden reflexiva el inferior debe advertir al superior jerárquico la ilegalidad de la orden impartida, pero si se reitera la orden, está en la obligación de cumplirla, liberándose de responsabilidad (*ARANGO DURLING, Virginia*, Las causas de inculpabilidad, Ediciones Panamá Viejo, Año 1998, pág. 77).

En nuestro derecho no cabe la obediencia absoluta. La conducta realizada por un subordinado, será amparada por este instituto siempre y cuando se verifiquen los requisitos previstos por la norma, advirtiéndose en el último inciso que el agente deberá examinar la existencia de los mismos, estableciendo reglas al Juez para la apreciación del error.

Deben darse entonces los elementos objetivos y subjetivos, en cuanto el sujeto que recibe la orden está obligado a cumplirla, salvo que advierta que la misma es ilegal.

Expresa Bayardo Bengoa, “... *se ha considerado que incluso cuando la orden del superior es obligatoria,*

siempre sería admisible un examen sobre la misma en cuanto el subordinado advierta la manifiesta crimosidad de la orden; cuya situación excluye obviamente la obediencia incondicionada de la misma. No existen casos de obediencia absoluta del inferior, que le obliguen a cumplir, pe-rinde ac cadáver la orden, cualquiera fuera la misma...”.

Sostiene el mismo autor, que la obediencia debida como causa de inculpabilidad: *“Se trata de otro caso de error, pues el que obra en obediencia jerárquica cree que lo mandado es legítimo y por ello actúa....”* Más adelante continúa: *“Supongamos que Juan que es comisario policial, da a Pedro, agente bajo su autoridad, orden de que detenga a Diego pretextando la existencia de un mandato judicial. Pedro cree equivocadamente que lo mandado es legítimo y priva de libertad a Diego; es muy obvio que su error lo exculpa del comportamiento ilícito cometido, pero Juan, superior que dio la orden debe responder del delito de privación de libertad, como autor mediato, según el canon del art. 60 inc. 2º.*

En cambio, los agentes que en la ejecución de la orden ilegítima adviertan la existencia de una conducta ilícita no se benefician con suerte alguna de error y excluyen la solución de la “autoría mediata” para admitir derechamente el concurso criminoso. En el ejemplo propuesto, Pedro sería autor del delito de privación de libertad (art. 60 inc. 1º) y Juan, co-autor del mismo delito (art. 61 inc. 1º).

Analizando el elemento subjetivo, agrega: *“...el Código centra y concreta la exigente en examen sobre el instituto*

del error; pero es el caso que el falso juicio sobre la obligación de obediencia jerárquica, no puede ni debe estimarse de manera absolutamente discrecional por el Juez. Lejos de ello, su discrecionalidad es reglada por la ley, en función de las normas fundamentales antes referidas todas las cuales permiten penetrar en el psiquismo del agente subordinado y determinar así, hasta qué punto ha de admitirse el error del mismo. Este será tanto más fácil detallar en el subordinado de menor jerarquía y poca cultura, y más difícil cuando la gravedad del atentado, lo haga macroscópicamente ilegal, y por ende difícilmente generador de un juicio equivocado acerca de la licitud de la obligación de obediencia.”(**BAYARDO BENGOA, Fernando**, Derecho Penal Uruguayo, Tomo II, 3ª Ed., Año 1978, págs.. 168 a 170)

Así Langón Cuñarro sostiene que: *“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”* (**LANGON CUÑARRO, Miguel**. Código Penal. Comentado, sistematizado y anotado, Tomo I, 3ª. Edición, Universidad de Montevideo, 2008, pág. 167).

Por lo expresado la conclusión a la que arribara el Tribunal, en cuanto a que igualmente la conducta desplegada por Z. se encontraría amparada por el artículo 29 del Código Penal, no se adecua a las reglas de la experiencia y la sana crítica.

En efecto, a lo ya señalado en cuanto a la actuación del encausado en el SID, durante el período indicado, y su

participación en la detención y traslado a un inmueble clandestino de Julio Castro, debe agregarse la calidad de Sub Comisario del agente, con formación profesional, y destacada labor que se reconoce en su legajo a la época del suceso (fs.785). En suma, atento a la jerarquía administrativa de Z., su cultura y la gravedad del atentado, hace razonable concluir que la ilegitimidad de la orden, y como consecuencia la ilicitud de la conducta, no pudo dejar de ser advertida por el mismo al ser manifiesta.

En definitiva, a juicio de este Ministerio la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de segunda instancia, no se ajusta a las reglas legales de la sana crítica (art. 174 del C.P.P.), ni la conducta del encausado se encuentra amparada por la previsión del artículo 29 del Código Penal, Obediencia al superior. Por el contrario resulta probada la existencia de un hecho con apariencia delictiva, y elementos de convicción suficientes para juzgar que el imputado tuvo participación en él (artículo 125 del C.P.P.).

En consecuencia, estima este dictaminante que corresponde hacer lugar a la casación interpuesta, en lo que refiere a este agravio.

CONCLUSION

Por los fundamentos expuestos, este Ministerio considera que procede amparar la Casación impetrada, sólo en lo que refiere al agravio por la errónea aplicación del artículo 174 del C.P.P. y como corolario la aplicación del artículo 29 del C.P.

Montevideo, 18 de setiembre de 2014.

Dr. Jorge Díaz Almeida
Fiscal de Corte y Procurador
General de la Nación