

Juzgado Ldo.Penal 7° T°
DIRECCIÓN Misiones 1469 P° 5°

CEDULÓN

ELHORDOY, MARIA
Montevideo, 24 de marzo de 2014

En autos caratulados:

FERNANDEZ NIEVES, IVOSU MUERTEPROVIENE DE IUE 2-21986/2006 "ORGANIZACIONES DE DD.HH., DR. P. CHARGAÑA Y OTROS -DENUNCIA/MANDOS CIVILES, MILITARES, POLICIALES Y DEMÁS INVOLUCRADOS -ATTES-

Ficha 88-149/2011

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

Decreto 450/2014,

Fecha :24/03/14

VISTOS:

Las resultancias de las actuaciones cumplidas en estos autos caratulados "**FERNÁNDEZ NIEVES, Ivo.- Su muerte (Proviene de IUE 2-21986/2006 "Org. De DDHH, Dr. Pedro Chargoña y otros- Denuncia / Mandos Civiles, Militares, Policiales y demás inv. Attes)" IUE 88-149/2011.-**

RESULTANDO:

1) Que se instruye en las presentes actuaciones la investigación relativa a la muerte de Ivo Fernández Nieves, ocurrida el 21 de enero de 1976, mientras se encontraba detenido en la Batallón de Infantería n° 8 del departamento de Paysandú.

2) Que se agregó prueba documental, se diligenció prueba testimonial y por auto nº 3278/2013 del 31 de octubre de 2013 se citó a los funcionarios militares Adi Bique y Ramón Larrosa a declarar en audiencia asistidos de Defensor, en los términos del art. 113 del C.P.P. (fs. 430).

3) Que comparecieron los citados a solicitar la clausura y archivo de las actuaciones por haber operado la prescripción, manifestando, en síntesis que los hechos denunciados e investigados en este expediente tuvieron lugar en el año 1976, es decir hace ya más de tres décadas, por lo que la primera cuestión es analizar si a su respecto opera el instituto de la prescripción de cualquier posible delito que pudiera surgir de los hechos denunciados, sin perjuicio que no estén fehacientemente determinados tales hechos. De acuerdo al art. 117 del C.P. la prescripción extingue el delito y tomando como hipótesis de trabajo el lapso más extenso previsto legalmente tenemos que dicha extinción se produce en un plazo máximo de veinte años. Aún en el caso que pudiera haber tenido lugar el injusto del mayor castigo previsto en el C.P. y partiendo de la base que el cómputo del plazo debiera comenzar a contarse el 1º de marzo de 1985, los veinte años de la consumación se cumplieron el 1º de marzo de 2005 (fs. 438-439 y fs. 445-449).

4) Que la sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 5º Turno Dra. Ana Tellechea compareció a oponerse a la solicitud referida, expresando en suma que es un hecho notorio que hasta el dictado de la Sentencia nº 305/2009 de la Suprema Corte de Justicia ninguna de las investigaciones como la de auto pudo prosperar, cuya prueba surge de la lectura del expediente. De manera que debe aplicarse el art. 98 del C.G.P. en cuanto reza que al impedido por justa causa no le corre plazo. Ello ha sido sostenido en varios fallos de Tribunales de Apelaciones, cuyos contenidos transcribe. Solicita se disponga la prosecución de la instrucción de esta causa desestimándose la pretensión de clausura incoada (fs. 455-460).

5) Que por decreto nº 211/2014 del 18 de febrero de 2014 se citó para resolución, subiendo los autos al despacho con fecha 7 de marzo de 2014 (fs. 461-465 vto.).-

CONSIDERANDO:

1) Se sustancia en autos la investigación relativa a la muerte de Ivo Fernández Nieves ocurrida el día 21 de enero de 1976.

La plataforma fáctica que fundamenta la denuncia es la siguiente: Ivo Fernández Nieves trabajaba en el puerto de la ciudad de Paysandú y era militante del Sindicato Único del Transporte Marítimo (SUNTMA) y del Partido Comunista del Uruguay. Fue detenido el 18 de enero de 1976 en su domicilio, presuntamente en el marco de la denominada Operación Morgan dirigida contra militantes comunistas. Fue trasladado y permaneció detenido en el Batallón de Infantería nº 8 en el departamento de Paysandú.

El 21 de enero de 1976 se produjo su fallecimiento, consignándose en el certificado de defunción como causa de muerte: "congestión cerebro meníngea que le produjo síncope neurogénico", firmado por el Dr. Ruben Bulanti.

El cuerpo fue entregado a su madre en cajón cerrado, con prohibición abrirlo. Fue abierto igualmente constatándose que el fallecido presentaba hematomas en todo el cuerpo y cortes en la zona de hígado y cabeza.

2) De acuerdo a la solicitud presentada por los comparecientes Ramón Larrosa y Adi Bique, la suscrita deberá pronunciarse respecto de la clausura peticionada, cuyo fundamento radica en que ha operado la prescripción de cualquier posible delito que pudiera surgir de los hechos denunciados.

3) En relación a la legitimación de los peticionantes, surge de obrados que ambos funcionarios militares fueron citados a declarar en autos en los términos del art. 113 del C.P.P. en mérito a su posible participación en los hechos investigados (fs. 430).

En consecuencia, ambos revisten indubitablemente la calidad de indagados en este procedimiento presumarial y por tanto se encuentran legitimados para solicitar su clausura por prescripción.

4) Según ha entendido la jurisprudencia, " la prescripción de la acción penal se basa en que pasado un lapso de tiempo más o menos prolongado de haberse cometido, el delito se debilita y hasta borra la impresión por él causada, y vuelve en todos la conciencia de la seguridad a reinar sin necesidad, para restablecer el equilibrio roto por el delito, del efecto de la pena que se hace por lo tanto innecesaria y más difícil de aplicar con justicia" (Sent. Nº 299/2010 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno).

En este sentido, el instituto de la prescripción constituye un elemento de exención de responsabilidad por el transcurso del tiempo pero también una defensa de la seguridad jurídica, no solo para el que está amenazado por un

procedimiento penal sino para todos aquellos terceros cuya situación personal y/o patrimonial, pudiere depender de la resolución del trámite.

Por ello, dado que supone una definición respecto del elemento sustancial -la extinción del delito o la pena en su caso-, deben analizarse cuidadosamente los extremos que la convocan.

5) Cabe señalar que la suscrita no se pronunciará en esta etapa sobre la posible categorización como delitos de lesa humanidad de los hechos investigados.

Surge de obrados que la investigación sobre la muerte de Ivo Fernández Nieves se encuentra en sus etapas iniciales, no habiéndose esclarecido aún los hechos sucedidos ni la participación que pudieron tener los citados Bique y Larrosa.

En consecuencia, no corresponde aún en el estado del procedimiento pronunciarse respecto de la naturaleza y orden jurídico aplicable a eventuales delitos cuyas circunstancias y partícipes no se han acreditado todavía, a riesgo de incurrir en prejuzgamiento.

Por el contrario, deberán continuarse las actuaciones y una vez se concluya la instrucción presumarial - en la eventualidad de formularse requerimiento por el titular de la acción penal y en caso de entenderse que se han reunidos elementos de convicción suficientes para proceder a la imputación de responsabilidad penal en el caso, de acuerdo a lo previsto por los arts. 114, 125 y 133 a 135 del C.P.P. -, es que la sede deberá pronunciarse sobre los delitos a atribuirse, su naturaleza y orden jurídico que los rige, todo lo cual incidirá sobre el régimen de prescripción al cual se encuentran sujetos.

6) El objeto de este incidente consiste en decidir si ha operado la prescripción de los presuntos delitos emergentes del fallecimiento de Ivo Fernández Nieves, los que en caso de comprobarse, se trataría de hechos delictivos perpetrados desde el aparato estatal, en el marco de la llamada lucha antisubversiva, durante la dictadura cívico militar que rigió en nuestro país entre los años 1973 y 1985. En este aspecto, no constituye prejuzgamiento encuadrar los hechos denunciados en el entorno histórico en el cual tuvieron lugar.

A juicio de la proveyente, dichos delitos no han prescrito, cualquiera sea la decisión que en definitiva recaiga respecto de su naturaleza.

7) En primer lugar, de adoptarse la posición que entiende que se trata de delitos de lesa humanidad, es admitido que son imprescriptibles por constituir el *jus cogens* internacional.

Al respecto se ha entendido que en tales delitos se consagra una excepción a la regla de la prescripción de la acción penal o la sanción, dado que se trata de supuestos que debido a su magnitud no han dejado de ser vivenciados por la sociedad, siendo que por otra parte generalmente se realizan por las mismas agencias del control punitivo actuando fuera del control del derecho penal. En este sentido, las fuentes del Derecho Internacional consideran aberrantes la ejecución de cierta clase de actos y sostienen que, como consecuencia de ello, no son aplicables institutos tales como la prescripción.

Así se ha consagrado en el art. 1º de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por la Asamblea General de la ONU del 26 de noviembre de 1968 y en el art. 1º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000, siendo recogido por el derecho interno de nuestro país en el art. 7 de la ley nº 18.026, promulgada el día 25 de setiembre de 2006.

También se ha pronunciado en ese sentido la jurisprudencia latinoamericana: en Argentina: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos Arancibia Clavel (causa nº 259, año 2004) y Julio Simon (causa nº 17.768 año 2005); en Bolivia: caso Trujillo (“Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional” Fundación Konrad Adenauer).

Otro punto a decidir eventualmente refiere a la vigencia de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, pero tal como se señalara anteriormente, no corresponde en esta etapa procesal emitir dicho pronunciamiento.

8) En segundo lugar, en la posición adoptada por los citados, que encuadra los hechos de autos en la normativa del Código Penal, el incidente debe resolverse decidiendo cuándo se inicia el cómputo del período prescripcional.

Es cuestión ya zanjada por la jurisprudencia que no es computable el período del régimen de facto, desde que durante ese tiempo el titular de la acción penal estuvo impedido de promover las investigaciones correspondientes.

En el mismo sentido, recientemente ha entendido el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno que tampoco es computable el período subsiguiente durante el cual "ni las víctimas ni el titular de la acción pública estuvieron en plenas condiciones de perseguir los delitos encapsulados por el art. 1º de la ley nº 15.848, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia en el 2009 (sent. 365/2009) en proceso (Sabalsagaray) donde Poder Ejecutivo y Poder Legislativo se allanaron" (Sent. Nº 84 del 19 de marzo de 2013 dictada en autos IUE 88-151/2011).

Esto es, en el entendido que la ley nº 15.848 constituyó un impedimento legal para la promoción de acciones que investigaran los posibles delitos cometidos durante la dictadura y sancionaran a los responsables, no es procedente computar dicho plazo a los efectos de la prescripción. Todo fundado en el principio general de que al impedido por justa causa no le corre término.

Posición que ya había sido sustentada por la anterior titular de esta sede en resolución nº 3134/2012 dictada en los autos IUE 88-281/2011 y que avala en las presentes actuaciones la sra. Representante del Ministerio Público.

9) Sin que signifique pronunciamiento sobre los hechos investigados, emerge de las actuaciones cumplidas que los mismos encuadran en la previsión del art. 1º de la ley nº 15.848, por tratarse de la presunta comisión de delitos, perpetrados con anterioridad al 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

En mérito a ello, desde la sanción de la llamada ley de caducidad hasta la primera declaración de inconstitucionalidad de la misma, recaída en sentencia nº 365/2009 dictada por la Suprema Corte de Justicia el 19 de octubre de 2009, tanto la víctima como el Ministerio Público se vieron impedidos de promover investigación judicial alguna sobre esos hechos. Si bien como es sabido la declaración de inconstitucionalidad opera para el caso concreto, fue a partir de dicha sentencia que las víctimas y el Ministerio Público contaron con un recurso legal que habilitó la investigación judicial de los hechos, promoviendo en cada caso promover el correspondiente proceso de inconstitucionalidad.

Al respecto, se expresó en la sentencia referida: "Con respecto a que las normas impugnadas transgreden el derecho de las víctimas y de sus familiares de acceder al sistema judicial para que se identifique y castigue a los presuntos culpables de los hechos acaecidos durante la dictadura militar, el agravio es de

recibo. Es verdad que nuestro sistema de garantías constitucionales reconoce el derecho de los habitantes del país a acceder a un proceso que les asegure la salvaguardia de sus derechos (entre otros, arts. 12, 72 y 332 de la Carta), derecho que también tuvo reconocimiento en tratados internacionales suscritos por la República. En este sentido, puede decirse que las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas."

Esto significa que a pesar de haberse restablecido el orden institucional en el año 1985, el Estado no proporcionó a las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales los medios necesarios para la debida protección judicial de sus derechos.

Establece el art. 2º num. 3 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos que "toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados, podrán interponer un recurso efectivo, aún cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales". Debe resaltarse que dicho Pacto fue aprobado por nuestro país por ley nº 13.751 del 11 de julio de 1969. Similar disposición contiene el art. 25 de la Convención Americana de Derecho Humanos, aprobada por ley nº 15.737 del 8 de marzo de 1985.

Contrariamente a lo dispuesto en las normas citadas, el 22 de diciembre de 1986 el Estado uruguayo sancionó la ley nº 15.848 que cercenó a las víctimas su derecho de acceso a la justicia.

Sobre el mismo punto ahonda la sentencia nº 365/2009 antedicha, expresando que "la Comisión Interamericana, en su informe No. 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por "violaciones gravísimas" de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley No. 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la Ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que

esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la Ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (cf. Castro, Alicia, ob. cit., - "La Ley No. 15.848 (de caducidad y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate", en Revista de Derecho Público, No. 35, junio de 2009- p. 141)").

Ya anteriormente se había pronunciado el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno respecto de la ley nº 15.848 en sentencia nº 137/1997 en los siguientes términos: "El artículo 1º establece la solución sustancial: los hechos acerca de los cuáles se reconoce que ha caducado la pretensión punitiva del Estado. El artículo 3º consagra la solución procesal: de qué manera y quien ha de resolver si determinado ilícito se encuentra comprendido en el artículo 1º. Esta es la razón de ser del artículo 3º que, conjuntamente con el artículo 1º, cierran el círculo de la solución, ya que uno apoya al otro y, ambos, vedan cualquier intervención del Poder Judicial en la dilucidación de la problemática regulada por la ley . . .".

Abonan este fundamento las circunstancias históricas en las cuales se enmarcó la sanción de dicha ley y los debates parlamentarios al respecto, ya reseñados en sentencia nº 1/2010 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno en los autos IUE 98-247/2006, de los cuales resulta claramente que en aras de evitar una crisis institucional dada la negativa de las jerarquías castrenses de comparecer ante las sedes judiciales, se optó por excluir de la investigación judicial las situaciones a las que refiere la ley nº 15.848, obstando así a la revisión de todo lo ocurrido durante el régimen dictatorial.

10) En el caso de autos, las razones antes expuestas se refuerzan en cuanto respecto del mismo recayó la sentencia de inconstitucionalidad nº 1.525/2010.

En efecto, el hecho investigado en este procedimiento presumarial -la muerte de Ivo Fernández Nieves ocurrida el 21 de enero de 1976 durante su detención en el Batallón de Infantería nº 8-, fue excluído del ámbito de aplicación de la ley nº 15.848 por sentencia nº 1.525/2010 dictada por la Suprema Corte de Justicia el 29 de octubre de 2010, dictada en los autos IUE 2-21986/2006 de esta sede, cuyo testimonio diera inicio a estas actuaciones.

En dichos obrados, la sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5º Turno interpuso excepción de inconstitucionalidad respecto de los hechos delictivos

que se investigaban en los autos IUE 2-21986/2006, entre los cuales se contaba la muerte de Ivo Fernández Nieves (fs. 31-56). La excepción fue acogida por la Suprema Corte de Justicia, que mediante la sentencia n° 1.525 antes mencionada, declaró inconstitucionales las disposiciones de la ley n° 15.848 respecto de los casos incluidos en dichas actuaciones (fs. 182-185).

Esto significa que en el caso concreto, fue recién el 29 de octubre de 2010 mediante el dictado de la sentencia n° 1.525 declarando la inconstitucionalidad de la ley n° 15.848 respecto del caso referido a la muerte de Fernández Nieves, cuando se removió el obstáculo legal que impedía dicha investigación.

Y es por las razones antes expuestas resumidas en el principio legal que al impedido por justa causa no le corre término, que debe computarse a partir de esa fecha el plazo prescripcional de los presuntos delitos cometidos.

11) Por lo expuesto, entendiéndose que no corresponde tener en cuenta el tiempo de ruptura institucional ni el lapso de vigencia de la ley n° 15.848 hasta su declaración de inconstitucionalidad por constituir dicha norma un impedimento para la investigación de los hechos, el cómputo del plazo prescripcional debe iniciarse en este caso concreto el **29 de octubre de 2010**. Fue a partir de esa fecha que por la vía de declaración de inconstitucionalidad de la ley referida, tanto el Ministerio Público como las víctimas quedaron habilitadas para iniciar la investigación judicial respecto de la muerte de Ivo Fernández Nieves.

En mérito a todo ello, sin perjuicio de la naturaleza que en definitiva se atribuya a los ilícitos que -eventualmente- pudieren emerger acreditados de esta investigación presumarial, no corresponde disponer la clausura por prescripción de las presentes actuaciones.

Por lo que se rechazará la solicitud presentada por los indagados Ramón Larrosa y Adi Bique.

RESUELVO:

DESESTÍMASE LA SOLICITUD DE CLAUSURA POR PRESCRIPCIÓN PRESENTADA POR LOS INDAGADOS RAMÓN LARROSA Y ADI BIQUE.-

PROSÍGANSE LAS ACTUACIONES SEGÚN SU ESTADO,
PROCEDIÉNDOSE A NUEVO SEÑALAMIENTO DE LA AUDIENCIA
DISPUESTA (FS. 430).-

NOTIFÍQUESE Y EJECUTORIADA, CÚMPLASE.-