

SENTENCIA N° 440

Mtro. Red. Dr. Rolando Vomero

Blanco

Montevideo, 9 de diciembre de 2014.-

**VISTOS:**

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia en autos **“Fernández Nieves, Ivo – Su muerte Proviene de IUE 2-21986/2006 “Organización de DDHH, Dr. P. Chargoña y otros - Dcia./Mandos Civiles, Militares, Policiales y Demás Involucrados - Antecedentes” – IUE-88-149-2011** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, por la Defensa contra la Resolución N° 450 de 24 de marzo de 2014 dictada por la Dra. Beatriz Larrieu De Las Carreras, con intervención de la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5° Turno, Dra. Ana Tellechea Reck y las Defensas de particular confianza a cargo de las Dras. Graciela Figueredo y Rosanna Gavazzo (Adi Bique Alvez) y Estela Arab (Ramón Larrosa Santomauro).-

**RESULTANDO:**

1) En el citado dispositivo (fs. 466-475), previa sustanciación con la Representante del Ministerio Público (fs. 455-460), la *A-quo* desestimó la solicitud de clausura por prescripción presentada por la Defensa de Ramón Larrosa Santomauro (fs. 438-439vto.) y Adi Bique Alvez (fs.

445-449).- Dichos pedidos se fundaron en la prescripción de delitos supuestamente cometidos en relación con los hechos vinculados a muerte de Ivo Fernández Nieves, "que, de haber ocurrido, tuvieron lugar en el año 1976 es decir hace ya más de tres décadas".-

2) Antecedentes: La denuncia comenzó a sustanciarse en el mes de noviembre de 2009, luego de la presentación del Ministerio Público que luce a fs. 19-27 de la presente pieza.- En ella hizo referencia a que Fernández Nieves, detenido el 18 de enero de 1976, recluido en el Batallón de Infantería N° 8 de Paysandú, cuyo fallecimiento se produjo el 21 de ese mes: "*certificado de autopsia del Dr. José Mautone: <congestión cerebro meníngea que le produjo síncope neurogénico>. Se entrega el cuerpo a sus familiares en cajón cerrado, lo que se desobedece y constata la presencia de moretones en todo el cuerpo, con corte profundo a la altura del hígado en la cabeza*" (fs. 19).-

En el transcurso de la indagación presumarial que siguió, se diligenció abundante prueba disponiéndose la citación en calidad de indagados de los nombrados (fs. 420, 430).-

3) Las demandas incidentales: Las Defensas presentaron sendos pedidos de clausura y archivo por prescripción.- Básicamente se fundaron, en lo sustantivo en los siguientes extremos: a) los hechos que se investigan, haber ocurrido, habrían tenido lugar en el año 1976; b)

haber ocurrido, habrían tenido lugar en el año 1976; **b)** la investigación refiere a hechos que no pueden constituir delitos ni faltas, en tanto cualquier delito o falta que pudiera surgir de ellos ha dejado de existir, por haber operado la prescripción; **c)** la aplicación del instituto de la prescripción es de orden público, y por ello debe ser declarada de oficio por el Magistrado, toda vez que advierta su acaecimiento (art. 124 CP); **d)** acorde a lo establecido por el art. 117CP, y tomando el lapso más extenso previsto legalmente, los 20 años para ello se habrían cumplido el 1 de marzo de 2005, por lo que corresponde se amparen ambos reclamos (fs. 438-439vto., 445-449).-

**4) La contestación:** Al evacuar el traslado conferido (fs. 455-460), el Ministerio Público se opuso.- Dijo: **a)** en este caso, como en la mayoría de los que se investigan este tipo de delitos, hasta el dictado de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 305/2009, *“es un hecho notorio que no pudo prosperar ninguna de las investigaciones como la de autos”*; **b)** de manera que es de aplicación lo dispuesto por el art. 98 CGP; **c)** citó fallos de segunda instancia que se han pronunciado en esa misma orientación.-

**5) La recurrida:** La Sra. Juez, por resolución N° 450/2014, desestimó el planteo incidental.- Sostuvo en lo medular: **a)** *“... 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 ... delitos (que) no han prescrito, cualquiera sea la decisión que en definitiva recaiga respecto de su naturaleza"; b) de sostenerse la posición que los considera delitos de lesa humanidad, "es admitido que son imprescriptibles por constituir el *ius cogens internacional*"; c) aunque de hacerse hincapié en la normativa del CP, "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".- Citando a la Sala sostuvo que tampoco es computable el período subsiguiente en el que rigió Ley 15.848, a la postre declarada inconstitucional con el allanamiento del PE y el PL; d) por ende, dijo, "entendiendo que no corresponde tener en cuenta el tiempo de ruptura institucional ni el lapso de vigencia de la ley No. 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 ... 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" (fs. 466-475).-

6) Los recursos: Las Dras. Figueredo y Arab (fs. 480-487) interpusieron reposición y apelación en subsidio.- Luego de formular algunas “*Consideraciones preliminares*”, desarrollaron los siguientes agravios: a) La impugnada implica atribuir a una sentencia facultades para determinar el comienzo de un plazo, ya transcurrido en su totalidad, modificando las disposiciones legales que rigen en materia de prescripción, sin considerar que la jurisprudencia no es fuente de derecho.- b) La ley 15.848 fue una ley consagrada con todas las garantías del proceso pertinente, emanada del órgano natural y producto de una ardua reflexión parlamentaria, y social.- Fue sometida a todos los procesos legales dispuestos para su impugnación, incluyendo un plebiscito, en el que el Soberano se pronunció libremente a favor de su vigencia.- Posteriormente fue sometida a consideración del órgano judicial pertinente su constitucionalidad, la que fue declarada en varias oportunidades, por lo que no se puede considerar que se constituyó en un “*justo impedimento*”.- c) El principio general del que se pretende hacer caudal refiere a plazos procesales, y a impedimentos personales, por lo que resulta inaplicable a la imposibilidad de un accionar contrario al derecho vigente: “*Pretender trocar ese natural sometimiento en un “impedimento” que habilite el desconocimiento de las normas de manera retroactiva, implica vulnerar, nada menos, que el Estado de Derecho*”,. d) La categorización de este tipo de delitos como de *lesa humanidad* tampoco es acertada.- Se

sustenta en criterios adoptados *“a partir del año 2005, en el que asume un gobierno integrado por quienes participaron de una guerra interna contra quienes hoy son juzgados”*, que desconoce los gobiernos democráticos que se sucedieron con anterioridad.- A la par que omite hacer referencia a una serie de normas internacionales que amparan la irretroactividad de la ley penal.- Resulta inaceptable -dijo- *“postergar el pronunciamiento acerca de la naturaleza de los hechos hasta tanto se avance en la investigación, como postula la sentencia, ya que cualquiera sea el resultado de esa investigación ningún delito calificado como de lesa humanidad puede surgir de hechos que tuvieron lugar cuando éstos no estaban aún consagrados ni en el Derecho interno, ni aún en el Derecho internacional que omitió la correspondiente tipificación”*.- e) Similares objeciones caben en relación a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, *“todas las normas nacionales e internacionales que la consagran son muy posteriores a los hechos que ocupan el presente, por lo que su aplicación deviene imposible por aplicación de los mismos principios legales multicitados e irrenunciables”*.- f) Culminó haciendo referencia a un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia (S. 20/2013), cuyos conceptos transcribió en extenso.-

7) La contestación: A su turno la Sra. Fiscal abogó por el rechazo de los recursos (fs. 499-497).- Sostuvo en lo medular: a) Es obvio que los hechos de autos se

enmarcan dentro de los delitos perpetrados desde el aparato estatal en el marco de la llamada lucha antisubversiva, durante la dictadura cívico militar, entre los años 1973-1985, al punto que ése fue uno de los argumentos que dio mérito a que la Suprema Corte de Justicia declarara la inconstitucionalidad de la ley 15.848, y su inaplicabilidad al caso.- **b)** La ley de mención ciertamente fue un verdadero impedimento para la iniciación de investigaciones como la de autos, lo que, evidentemente, vulneró el estado de derecho impidiendo que se investigaran hechos como el presente.- **c)** En cuanto a la alegada prescripción, debe tenerse presente la fecha de la referida sentencia, dado que es desde ella que debe comenzar el cómputo para el caso.- Ello sin dejar de considerar que durante la vigencia de la misma, el ejercicio de los derechos humanos estuvieron restringidos así como el Poder Judicial estaba limitado en su actuación.- **d)** Mucho antes de que se produjera la muerte de Fernández, *“ya era delito el dar muerte a otra persona, el torturarla, y como consecuencia de ésta, en muchos casos, llevarla hasta la muerte..- Y ello surge tanto del derecho interno como del que tiene origen internacional”*.- **e)** La noción de crimen contra la humanidad o lesa humanidad se caracteriza por pertenecer a una obligación jurídica impuesta por el mandato de normas y principios internacionales de jus cogens que se encuentran por encima de la disponibilidad de los Estados, que impone la imprescriptibilidad de dichos crímenes, cualquiera sea la fecha de comisión.-

**8) La decisión:** Por fundada Resolución Nº 1298/2014 (fs. 503-509), en la que en líneas generales reiteró los argumentos ya expuestos, la Sra. Juez mantuvo la recurrida.-

**9) Franqueada la apelación y recibidos los autos, se pasó a estudio por su orden y se citó para sentencia, acordándose en legal forma (fs. 513 y ss.).-**

**CONSIDERANDO:**

**1) La Sala confirmará la recurrida, por coincidir con la *A quo* en el descarte de la prescripción invocada.- Naturalmente, el resultado al que se arriba, no prejuzga sobre la fundabilidad de la denuncia.-**

**2) Como tiene dicho la Sala en Sent. 313/2013 (fs. 700/713 del acordonado IUE 88-103/2012): *“La sanción al culpable de un delito constituye un derecho humano de la víctima, que amerita una tutela efectiva. La Convención Americana sobre DDHH ratificada por la Ley 15.737, o aún antes, incorporada a la Constitución por vía de su art. 72 (cfm. SCJ, S. 365/09), establece la obligación de cada Estado de proveer a los sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos haya sido violado. En el caso de la víctima, se trata de una expectativa que el propio Estado debe satisfacer (Corte IDH, Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005 y Blanco Romero y otros vs. Venezuela, 18/11/2005, y De la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia,***

31/01/2008). Se dice que el Estado incurre en responsabilidad internacional cuando sus órganos judiciales no investigan seriamente y sancionan si corresponde a los autores (Comisión IDH, Informe 32/04, caso 11.556, de 11/3/04)...la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un "recurso" sencillo y rápido (Comisión IDH, Informe 52/97, caso 11.218 de 18/11/98), con el alcance que ese término ("recurso"), es sinónimo de acceso, vía judicial o proceso (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. III, Bs. Aires, 1986, pp. 517 y 526)". (Cafferata, Proceso penal y DDDH, CELS, 2007, p. 54).-

En el corriente caso, está fuera de debate y es criterio consolidado de la materia, que para la eventual prescripción de cualquier delito que pudiere corresponder en el supuesto de probarse la denuncia, no sería computable el período de facto, por aplicación de un principio general de derecho que no es exclusivo del campo civil como adujo el impugnante: "En lo que tiene que ver con el período de interrupción de los derechos y garantías de los justiciables, es evidente que no puede correr término alguno a los mismos, si es manifiesto que existía una imposibilidad material de su ejercicio".

"En el caso, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, pero, obviamente, no se aprecia como el mismo podría ejercerla libremente".

*“Más allá de la situación de quien correspondiera juzgar el caso, la médula está en el actor, y si el mismo no contaba con la posibilidad de ejercer su poder deber, no le corrió plazo”.*

*“Por lo tanto, resulta contrario a la lógica natural de los hechos, que un funcionario público, dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, por más que contara con independencia técnica, pudiera llevar adelante una acción tendiente a la investigación de este tipo de asuntos”.*

*“Por tal razón, el titular de la acción penal estuvo impedido con justa causa, de promover y ventilar este caso, en esas circunstancias” (TAP 2°, Sent. N° 263 de 26/8/2010).-*

En el mismo sentido: *“...la suspensión o interrupción (de la prescripción penal) sólo se puede fundar en alguna condición que imposibilita al Estado tomar tal iniciativa. Por ejemplo, la ruptura del orden constitucional” (Binder, Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, 2004, pp. 132/133).-*

La Ley 18.596 excluye toda posible discusión al respecto:

*“Se reconoce la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida*

*social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional” (art. 2°).-*

La terminología de la norma evoca una categoría preexistente a la misma (y a otras leyes con igual inspiración), los delitos o crímenes de lesa humanidad, por cuya gravedad -entre otros fundamentos- las Naciones Unidas, el 26/11/1968, acordaron excluirlos de la prescripción penal ordinaria (Convención Internacional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, art. 1°). Son delitos “...*generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (Geheimnis Staatspolizei o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo...*” (Suprema Corte de la Nación Argentina, *Arancibia Clavel*, citada por la Sala en Sent. N° 4/2014).

Se ha dicho incluso que tales delitos eran imprescriptibles antes de la citada Convención “...*que se*

*limita a codificar como tratado lo que antes era ius cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extingüía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal...cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el funcionamiento concreto del principio universal, sobre la autoridad moral de los estados que lo invocan, sobre la coherencia o incoherencia de su invocación, lo cierto es que la comunidad internacional lo está aplicando por delitos cometidos en nuestro territorio, en razón de que la República no ha ejercido la jurisdicción, o sea, no ha ejercido su soberanía” (voto de Zaffaroni, en el fallo citado)”*

**3)** La Sala ha relevado (Sents. 84, 101, 313/2013, 2 y 10/2014) que la Ley de Caducidad sí fue un obstáculo para la persecución criminal de torturas, homicidios, etc., cometidos durante la dictadura por agentes estatales.-

Ley que, como señala la recurrida (fs. 425), fue excluida su aplicación por Sent. de la SCJ N° 1.525 de 29/10/2010.- La Corporación, en decisión anticipada (Sent. 369/09), acogió inconstitucionalidad deducida por la Sra. Fiscal respecto de los hechos investigados en autos 2-21986/2006, entre ellos el presunto homicidio de Ivo Fernández Nieves (caso concreto).-

La Ley 18.831 de 27/10/2011, en su constitucional art. 1º, dice: "Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley Nº 15.848, de 22 de diciembre de 1986". Si el Parlamento decidió declarar restablecido el "pleno ejercicio" de la pretensión punitiva, es obligado inferir que a pesar de la restauración democrática, tampoco el titular de la acción pública, quedó en *plenas* condiciones de perseguir los delitos encapsulados por la Ley de Caducidad, declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia (Sent. 365/2009), en proceso (*Sabalsagaray*) donde tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo, se allanaron.-

Meses antes, 30 de junio de 2011, había recaído decreto del Poder Ejecutivo que al revocar todos los actos administrativos y mensajes emanados del mismo, en aplicación del art. 3º de la ley citada, la convirtió en un "*monumento testimonial en ruinas*" o "*una ventana que no tiene vidrios...*" (Galain, La justicia de transición en Uruguay: Un conflicto sin resolución, Revista de Derecho 06, 2011, KAS-UCUDAL, p. 140, nota 118).-

El 21 de marzo de 2012, en cumplimiento del fallo *Gelman* (Corte IDH), el Estado, representado por las máximas jerarquías de sus tres Poderes, al admitir formal, pública y expresamente su responsabilidad, asumió la falta de un recurso efectivo para las víctimas, así

como la ausencia de posibilidades de ejercicio *pleno* de la acción penal.- Todo ello, en mérito a la Ley 15.848.-

Y si la prescripción del delito supone *“el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de un delito, sin que éste sea juzgado”* (Mir Puig, Derecho Penal, 2007, p. 750), ella no se configura respecto de ciertos delitos que -sin dejar de serlo- no pudieron perseguirse porque para impedirlo se aprobó una ley donde primó la *“lógica de los hechos”* sobre la Constitución.-

Así resulta de la Sent. de la SCJ N° 1.525/09, que al decidir anticipadamente, remite a la N° 365/2009, donde dijo: *“...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...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...las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél...A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron*

...cio in...  
48. ...  
...delito s...  
...omisi...  
Derecho...  
...ciertos...  
e porqu...  
'lógica...  
...le la Su...  
...rite a la...  
...las no...  
...tas y de...  
...se identific...  
...s acaeci...  
...las nom...  
...el Estado...  
...dos por...  
...oberana de...  
...de la órbita...  
...apariencia...  
...aración de...  
...is que el...  
...l...A modo...  
...dictada en...  
...ometieron

delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación...”-

4) En igual sentido se pronunció Fagúndez (Sobre la prescripción de los delitos cometidos bajo la impunidad que otorga el terrorismo de Estado, RDP, nº 21, pág. 145) dijo: “...ante la inexistencia de un Estado de Derecho pleno, donde un poder –el Ejecutivo- somete al otro –el judicial- los justiciables no encuentran, en este último, la garantía de ser recibidas y consideradas sus denuncias”

“Esta situación hace a la existencia de un impedimento absoluto, insoslayable, que provoca a su vez la interrupción de cualquier proceso de prescripción”

“Esto es, cuando se ha negado conocer la verdad de aquellos hechos denunciados, el poder judicial no actuó, y esa omisión lo fue por la acción del ejecutivo, basada en una ley inconstitucional y violatoria de los tratados suscriptos por la República”.-

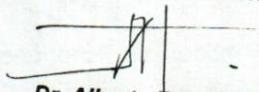
5) En suma, no obstante los entendibles pero intencionados cuestionamientos defensistas, la mentada

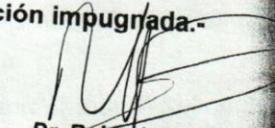
Ley de Caducidad efectivamente constituyó un impedimento para la persecución de los delitos que solo pudieron ser investigados décadas después de la época de los hechos en que tuvieron lugar.-

Por los fundamentos expuestos y lo previsto en los arts. 126, 252 y cc. del Código del Proceso Penal, **EL TRIBUNAL**

**RESUELVE:**

**Confirmase la resolución impugnada.-**

  
**Dr. Alberto Reyes Oehninger**  
Ministro

  
**Dr. Rolando Vomero Blanes**  
Ministro

  
**Dr. Sergio Torres Collazo**  
Ministro

  
**Dra. Margarita Echenique**  
Secretaria

AL DE  
PENAL  
Piso 1

TOS "F  
006"  
88-149/  
CIONES  
NCIA N  
4.-

SE

biendo en  
Febrero