

**Juzgado Ldo. Penal de 25° turno**  
DIRECCIÓN Uruguay 907

**CEDULÓN**

**CHARGOÑIA PEREZ, PABLO SIMON**

Montevideo, 10 de diciembre de 2018

En autos caratulados:

**ORTIZ, Oscar. Denuncia. (expediente provisorio referente a IUE 10090/1985)**

Ficha 94-109/2015

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

Decreto 4744/2018,

Fecha :07/12/18

**VISTOS:** para Sentencia Interlocutoria de Primera Instancia en virtud de la **excepción de prescripción opuesta por Alberto Miguel Lombardi Guida y Juan Carlos Esponda Martínez**, en los autos caratulados "Ortíz, Oscar-Denuncia", IUE: 94-109/2015; seguidos con la intervención de la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad y la Defensa Privada de la Dra. Rosanna Gavazzo.

**RESULTANDO:**

**1.-**Estos autos son incoados en virtud de la denuncia de desaparición forzosa de Félix Sebastián Ortíz, quien fuera detenido en la vía pública, en la intersección de las calles Avenida José Belloni y San Cono el día 16 de setiembre de 1981.

A fs. 4 el 4/3/2015 se presenta el representante de la parte denunciada solicitando el desarchivo del expediente 94-10090/1985 y prosecución de las actuaciones, y habiéndose extraviado el mismo, luego de una búsqueda exhaustiva se formó la presente pieza procediéndose a la reconstrucción del expediente y continuación de la investigación.

**2.-**A fs.228 se presenta el Sr. Alberto Miguel Lombardi Guida, quien ha sido citado en calidad de indagado en estos, solicitando la clausura y archivo de las actuaciones por haber operado la prescripción según las disposiciones de los artículos 117 y ss. del Código Penal.

Manifiesta que se están tratando hechos ocurridos hace 40 años. Afirma que el presumario comienza con la comunicación al Juez de la notitia criminis, por lo que esa necesaria existencia de la comisión de un delito obliga al Juez a relevar la prescripción al momento del inicio del proceso, la que no podrá tener existencia si ha operado la prescripción. Tal cuestión es de orden público y debe ser declarada aún de oficio (art. 124 CPP). Que de acuerdo al artículo 117 del CP la prescripción extingue el delito y tomando como hipótesis de trabajo el lapso más extenso previsto legalmente para la concreción de la

prescripción, tenemos que dicha extinción se produce en un plazo máximo de 20 años. Es decir que en el caso que tuviese lugar el injusto del mayor castigo y aún admitiendo que el computo de la prescripción comenzara a contarse a partir del 1/3/1985, los 20 años se cumplieron el 1/3/2005. Afirma entonces que de acuerdo a lo antedicho, se ha completado con creces el plazo de la prescripción por lo que corresponde se declare la misma.-

3.- Por decreto N° 3324/2018 del 17/9/2018 se dispuso el traslado de la prescripción planteada al Ministerio Público, quien evacuó el mismo a fs.318 en los siguientes términos que los crímenes denunciados (desaparición forzada) son de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles. Que el reconocimiento de dichos crímenes por parte de nuestro ordenamiento jurídico es anterior a la ley 17.347 del 5/6/2001 que ratificó la Convención de Lesa Humanidad de la ONU de 1968, desde que se encuentra entre el elenco de normas "jus cogens" que ingresan al sistema constitucional mediante la aplicación del art. 72 de la Constitución. Afirma que no obstante ello, también entiende que tampoco resultan prescriptos los delitos que nos ocupan, si se toma en consideración el principio de raigambre civil del impedido por justa causa no le corre plazo. Alega que de acuerdo al artículo 6 del CPP que habilita la integración de la norma procesal con las restantes del ordenamiento jurídico, en cuanto no se opongan al Código, así como el artículo 87 del mismo cuerpo de leyes que remite a la norma civil en lo atinente a la iniciación, suspensión e interrupción del computo de los plazos, resulta de aplicación el artículo 98 del CGP según el cual, al impedido por justa causa no le corre plazo. Manifiesta que, en virtud de ello se ha entendido que no se puede contar para el plazo de prescripción el período de dictadura cívico militar, por cuanto en dicho período no regían las garantías mínimas para una verdadera investigación; que tampoco se puede computar el lapso de vigencia y/o aplicación de la ley 15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. En el caso, porque el Ministerio Público no pudo ejercer su poder-deber de investigación de los delitos, ni de ejercer la acción penal, así como tampoco las víctimas acceder a la verdad y ejercer el derecho de justicia. Agrega que debe resaltarse que la presente causa se inició el 31/11/2011, con posterioridad a la causa Gelman vs. Uruguay, por la cual se obliga al Estado uruguayo investigar las violaciones a los derechos humanos en dictadura. Asimismo del decreto del Poder Ejecutivo por el cual se derogaron todos los actos administrativos dictados por dicho poder en oportunidad del artículo 3 de la ley 15.848. Afirma pues, que por lo dicho y de conformidad con el artículo 120 del CP se debe entender que los hechos investigados no han prescripto. Brega por el cumplimiento de la obligación

*internacional impuesta por la Corte Interamericana de Ds. Hs en el caso Gelman vs. Uruguay, citando partes de la misma y concluyendo que todos los órganos del Estado se ven obligados a salvar los obstáculos que impidan la investigación y castigo de los responsables de delitos de lesa humanidad, entre los que se encuentra precisamente el instituto de la prescripción. Solicita en definitiva que se rechace la excepción de prescripción alegada.*

*4.- A fs. 254 comparece Juan Carlos Esponda Martínez, quien también fue citado como indagado, solicitando la clausura y archivo de las actuaciones en virtud de haber operado la prescripción. Afirma que ha operado la prescripción de los presuntos delitos que se persiguen, planteando los mismos fundamentos expuestos por Lombardi y que ya fueron consignados en la presente resolución. En virtud de ello solicita la clausura y archivo de estas actuaciones presumariales.*

*5.- Se confirió traslado de la excepción al Ministerio Público, quien lo evacuó a fs. 294 en los mismos términos expuestos en éste dispositivo.*

*6.- Por decreto N° 3669/2018 del 5/10/2018 se dispuso que estos autos pasaran para resolución, subiendo al despacho a tales efectos el día 25/10/2018.*

#### **CONSIDERANDO:**

*1.-No se hará lugar a la declaración de prescripción pretendida en virtud de los argumentos que se pasan a exponer.*

*2.- En autos se investigan hechos denunciados por la desaparición forzosa de Felix Ortíz acaecida durante el período de gobierno defacto por el que atravesó nuestro país.*

*El denunciante indica como presuntos autores, entre otros, a los excepcionantes en éstos, por lo que los mismos han sido convocados al proceso en su etapa de investigación, en carácter de indagados.*

***3.- Delitos de lesa humanidad:** entendemos que los hechos denunciados constituye presuntos delitos de lesa humanidad, plegándonos al concepto dado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno en Sentencia N° 426/2014: “son conductas violentas generalizadas y sistemáticas de una organización estatal o para estatal, en perjuicio de una población civil o sector de la misma, que vulneran derechos anteriores al Estado, que éste no puede suprimir ni evitar su tutela trasnacional... Se caracterizan por agraviar no sólo a las víctimas y sus comunidades, sino a todos los seres humanos, porque lesionan el núcleo de humanidad...”*

*Por ende, tal categoría de delitos, atendiendo especialmente a su gravedad y el bien jurídico tutelado, nos enfrenta ante un supuesto de imprescriptibilidad por expresa consideración legal (ley 18.831).*

*En tal sentido, estimamos, que el fundamento del instituto de la prescripción dado por Bayardo Bengoa, en cuanto a que “el decurso del tiempo atenúa el interés del Estado en perseguir el delito y ejecutar la pena”, no es de aplicación para los delitos de lesa humanidad, ya que la protección de los derechos fundamentales y hacer punible su violación, siempre es interés del Estado y ante ello se hace fuerte el principio de justicia, sin que ello signifique la conculcación de principio constitucional alguno.*

*Sin ingresar al debate respecto de la constitucionalidad de lo establecido por los artículos 2 y 3 de la ley 18.831, tema que no compete a esta Sede, nos adherimos a los fundamentos expresados en Sentencia N° 794/2014 de la SCJ en cuanto ha expresado y transcribimos: “...lo relevante del concepto de lesa humanidad, es el bien jurídico tutelado, que no es otro que el sistema de derechos humanos en el encuadre que antes se efectuara...Si la calificación de determinados delitos como crímenes de lesa humanidad forma parte de las garantías del sistema de derechos humanos -como protección de los inherentes a la personalidad humana y como imposición al Estado republicano-, va de suyo que está integrado al sistema, por lo menos desde que, como norma internacional, se establece un principio que hace a la existencia de los mismos (Cf. Pérez Barbera, G. Terrorismo de Estado. Impunidad y punición en Argentina. En “Nuevas Perspectivas del Derecho Penal”, Universidad del Cauca, Grupo Ed. Ibáñez, 2012, págs. 182 y ss.)*

*En esa dirección, ha de verse que, el concepto de crímenes de lesa humanidad como integrantes del núcleo de jus cogens se encuentra al menos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, en el Art. 6 literal C que establece su concepto, refiriéndose, entre otros casos al “asesinato, exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos...” y “la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes”*

*Tal calificación fue claramente reafirmada en la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de la ONU de 1968, que en su artículo I lit. b remite para su definición a la dada en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg que viene de verse. De allí que, al menos desde esta última fecha, en la que la ONU reconoce la existencia de una categoría tal como la de delitos de lesa humanidad, tal categoría, en virtud de formar parte del núcleo de jus cogens*

*por su calidad de derecho inherente a la persona humana, ingresa a través del Art. 72 de la Constitución de la República, en el universo de los derechos, deberes y garantías reconocidos con rango constitucional*

*El hecho de la firma o ratificación del Convenio en el cual se inscribe la definición de determinados delitos como de lesa humanidad resulta irrelevante por cuanto es su fundamento el que los hace ingresar en el sistema constitucional uruguayo. Y ello por dos motivos: el primero, que por ser una garantía (constituida por el deber del Estado de perseguirlo) inherente a la protección de la personalidad humana, está incorporado sin necesidad de reglamentación alguna, conforme con el Art. 332 de la Constitución; el segundo, en tanto los mencionados instrumentos lo que hacen no es establecer la categoría, sino reconocerla, por cuanto si son inherentes a la personalidad humana, no es el precepto expresado en el Estatuto, Tratado o Convenio el que la hace vigente, sino que sólo la actualiza mediante una verbalización determinada, ya que en sí preexisten a tal actualización.*

*En consecuencia, la existencia de la categoría delitos de lesa humanidad está incorporado a nuestro ordenamiento, en virtud de lo dispuesto por los Arts. 72 y 332 de la Constitución de la República, y su definición coincide al menos desde la Convención mencionada de 1968, con la descripción que de ellos se efectúa en el literal b) de su artículo I, que a su vez remite al Art. 6 lit. c del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.*

*Hecha tal afirmación corresponde descartar el obstáculo acerca de una pretendida violación del principio nullo crime sine poena, por cuanto como se verá, la calificación de lesa humanidad no descarta la aplicación de la normativa penal vigente tal cual estaba al momento de ingresar aquella calificación en el orden jurídico nacional...si al momento de efectivizarse los hechos que se imputan existe una norma que, por su simple configuración, impone una pena, es a tal norma que ha de acudir para establecer la responsabilidad penal y la sanción. Lo que sucede es que para calificarla como de lesa humanidad ha de acudir a la norma que ingresa al ordenamiento a través del art. 72 y que también estaba vigente al momento de cometerse el ilícito...Sobre el punto, cabe partir de que la imprescriptibilidad forma parte del sistema de tutela de los derechos humanos reconocidos en el Art. 72 de la Constitución de la República, en tanto tiene como fundamento el respecto efectivo y eficaz de los mismos, mediante el establecimiento de un régimen que los asegure; y dentro de ese aseguramiento se inscribe la imposibilidad de sustraerse al castigo de quienes perpetran delitos de lesa humanidad..."*

**4.- Prescripción alegada y su cómputo:** sin perjuicio de lo que viene de desarrollarse respecto a la naturaleza de los hechos denunciados, su presunta calificación jurídica y la imprescriptibilidad aludida, posición que, por si sola nos impone desestimar el excepcionamiento opuesto, entendemos que, aun partiendo de la posibilidad de que prescriban dichos presuntos delitos, no ha operado la prescripción de los mismos.

Sabemos ya, que el advenimiento de la democracia en Uruguay en marzo de 1985, con la posterior promulgación de la ley 15.848, no significó el restablecimiento total de los derechos fundamentales, especialmente el que tiene que ver con la posibilidad de recurrir a la Justicia a fin de investigar las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas durante la dictadura. Dicha norma obstó a que se investigaran los hechos ocurridos, sometiendo la actuación del Poder Judicial a que el Poder Ejecutivo informase acorde lo dispuesto en su artículo 2.

Es recién a partir del dictado de la Resolución N°322/2011 (del 30/6/2011), por la que se revocaron por el Poder Ejecutivo los actos administrativos que dictara anteriormente, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3 de la ley 15.848, y se declaró que los hechos que ameritaron dichos informes, no estaban comprendidos en el artículo 1 de dicha ley; o en su defecto, con la promulgación de la ley 18.831 (del 27/10/2011) que posibilita acceder a la justicia a fin de investigar los presuntos delitos cometidos en el régimen de facto y violatorio de los derechos humanos.

De lo que viene de decirse entonces, es que debe concluirse que hay dos períodos en los que no existió posibilidad objetiva de recurrir a los Tribunales, el primero, durante la dictadura –desde junio de 1973 hasta el 1° de marzo de 1985- y el segundo, desde la aprobación de la ley 15.848 (22/12/1986) hasta junio u octubre de 2011, según el caso.

Al no ser procedente acceder a la Justicia a denunciar presuntos actos delictivos, por causas impuestas y ajenas a la voluntad del justiciable, es de aplicación el principio general de suspensión de los plazos, establecido en el artículo 98 del Código General del Proceso (por remisión de integración de la materia penal a la procesal general), por el cual “al impedido por justa causa no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese”

A decir del Dr. Vescovi y colaboradores en sus comentarios al CGP : “A través del establecimiento de ésta norma se reconoce no sólo un principio general de derecho sino también la garantía del acceso a la justicia y la efectividad de los derechos sustanciales, a cuyo servicio se hallan las normas procesales”.

*La norma agrega que la justa causa es la que proviene de fuerza mayor o caso fortuito, es decir “la imposibilidad absoluta de realizar el acto...obstáculo insuperable para la voluntad humana”*

*En el caso que nos ocupa, es clara la irresistibilidad en que se encontraban los sujetos a fin de poder denunciar los hechos acaecidos y solicitar la protección de sus derechos vulnerados.*

*Ello sucedió indudablemente durante la dictadura, en que todas las garantías desaparecieron; y luego a partir del 26/12/1986, con la aprobación de la ley de 15.848 y durante su aplicación , en virtud de la declaración de caducidad de la pretensión punitiva del Estado.*

*En esos dos períodos existió una imposibilidad absoluta de los sujetos de ejercer su derecho de ocurrir a la justicia a deducir sus peticiones, por lo cual no pueden computarse la prescripción en los mismos.*

*En mérito a lo que viene de decirse respecto de los presuntos delitos acaecidos en el período de facto, debe computarse para el término de prescripción , el comprendido entre el 1/3/1985 (restablecimiento de la democracia) y la entrada en vigencia de la ley 15.848 (22/12/1986); y el que corre a partir del decreto 322//2011 o la entrada en vigencia de la ley 18.831 (30/6/2011 o 27/10/2011).*

*En la causa que nos ocupa se dedujo denuncia en 1985 y ante la revocación del decreto 322/2011, se dispuso la reapertura del proceso el 4/3/2015, por lo que, a la fecha, no ha operado la prescripción penal que se pretende.-*

**POR LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS,**

**RESUELVO:**

***Desestimase la excepción de prescripción interpuesta por Alberto Miguel Lombardi Guida y Juan Carlos Esponda Martínez.***

***Ejecutoriada, vuelvan para proseguir los procedimientos.***

***Notifíquese personalmente.-***

Dra. María Noel TONARELLI  
Jueza Letrada de la Capital