

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

CEDULÓN

ELHORDOY, MARIA
Montevideo, 27 de junio 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 1298/2014,

Fecha :06/06/14

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. P. Chargoña y otros.- Dcia. C/ Mandos Civiles, Militares, Policiales y demás inv. Antecedentes" IUE 88-149/2011.-**

RESULTANDO:

- 1) Que por resolución n° 450/2014 dictada el 24 de marzo de 2014, se desestimó la solicitud de clausura de las presentes actuaciones deducida por la Defensa de los indagados Adi Bique y Ramón Larrosa invocando la prescripción de cualquier posible delito que pudiera surgir de los hechos investigados en autos (fs. 466-475).
- 2) Que estando en tiempo compareció la Defensa a interponer recursos de reposición y apelación en subsidio contra la mencionada resolución por los agravios que expresa a continuación.

En primer lugar, que el encuadre histórico de los hechos realizado en la

recurrida solo será acertado cuando abarque los hechos denunciados y atribuidos específicamente al indagado, debiendo tenerse presente que al derecho penal le corresponde juzgar la conducta del indagado para determinar si cabe en la descripción de figura delictiva alguna, siendo inadmisibles valerse de esa visión global de la dictadura para igualar la situación de todo aquél que por haber sido militar resulte indagado en una causa. La consigna en la causa parece ser juzgar a como dé lugar los hechos denunciados, valiéndose de razonamientos de contenido claramente político destinados a sortear la prescripción, siendo inadmisibles sostener que en nuestro país no rigió plenamente el Estado de Derecho hasta el advenimiento del Poder Judicial favorable a los intereses de los denunciantes o que los denunciantes se encontraban justamente impedidos en virtud de la vigencia de una ley.

En segundo lugar, se agravia en tanto la posición sustentada en la impugnada implica atribuir a la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley n° 15.848 facultades para determinar el comienzo de un plazo ya transcurrido en su totalidad e incurre en error en tanto entiende que una ley puede ser considerada un impedimento para el cómputo de dicho plazo de prescripción.

En tercer lugar, sostiene que es inaceptable postergar el pronunciamiento respecto de la naturaleza de lesa humanidad de los delitos investigados, ya que cualquiera sea el resultado de la 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.

Solicita se revoque por contrario imperio la resolución impugnada decretando la clausura de las actuaciones, y en caso de no hacer lugar a lo solicitado, se haga lugar al recurso de apelación interpuesto en subsidio, elevando el expediente al Tribunal de Apelación en lo Penal que por turno corresponda, del que se solicita revoque la resolución impugnada disponiendo la clausura inmediata de las actuaciones (fs. 480-487).

3) Que conferido traslado al Ministerio Público, compareció en tiempo a evacuarlo solicitando se desestime el recurso por las siguientes consideraciones.

Señala que aún no se ha formulado juicio alguno respecto de la participación del recurrente en los hechos denunciados. En segundo lugar, los hechos de autos se enmarcan dentro de delitos perpetrados desde el aparato estatal en el marco de la llamada lucha anti-subversiva durante la pasada dictadura cívico-militar de los años 1973-1985 y ello es un elemento de la realidad, al punto que dio mérito al pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en la sentencia n° 1.525 declarando la inconstitucionalidad de la ley n° 15.848 y su inaplicabilidad al presente caso. De modo que es inadmisibles sostener que las víctimas no se encontraban justamente impedidos en virtud de una

ley, de forma tal que hubo de ser necesaria la declaración de inconstitucionalidad precisamente porque era el obstáculo que aún después del restablecimiento de la institucionalidad, les impedía conocer la suerte del causante de autos. Formula una reseña sobre los delitos de lesa humanidad concluyendo que tanto el derecho interno como el internacional ha reconocido que las normas del *ius cogens* ya eran obligatorias para Uruguay porque estaban vigentes al momento que se verificaron los hechos de autos, también lo es la calificación de delito de lesa humanidad.

Solicita se desestimen los recursos interpuestos y se disponga la prosecución de la instrucción de la causa (fs. 489-497).

4) Que por auto nº 990/2014 del 9 de mayo de 2014 se citó para resolución, poniéndose los autos al despacho con fecha 28 de mayo de 2014 (fs. 498-502 vto.).

CONSIDERANDO:

1) En cuanto al aspecto formal, los recursos contra la sentencia interlocutoria nº 450/2014 fueron interpuestos en tiempo y forma, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 251 y 252 del C.P.P.

En mérito a ello corresponde su sustanciación, procediéndose a la resolución del recurso de reposición por la proveyente.

2) En cuanto al aspecto sustancial de la cuestión debatida, se mantendrá la recurrida por los fundamentos expuestos en la misma y los que se expresan a continuación.

3) En primer lugar, advierte la suscrita que la recurrente ha atribuído a la resolución impugnada motivaciones políticas que en modo alguno surgen de la misma.

En el modesto entender de la proveyente, la cuestionada providencia –en el acierto o en el error, lo cual será determinado por el Tribunal de Alzada- se funda en razones meramente jurídicas para desestimar la solicitud de clausura, las que se resumen en el principio general de Derecho que al impedido por justa causa no le corre plazo.

En el mismo sentido, si bien se enmarcó el hecho denunciado en su contexto histórico, esto no implica en modo alguno desconocer que el derecho penal juzga la conducta individual de cada sujeto, y menos aún pretender “achacarle” todo el peso de la dictadura a cada militar que sea indagado en una causa, como expresa la Defensa. No es esa la postura de

esta sede.

Tal como se indicara en la providencia impugnada, lo que corresponde es realizar la investigación de los hechos denunciados y, de mediar requisitoria fiscal y entenderse por la suscrita que se han reunido elementos de convicción suficiente respecto de la responsabilidad de alguna persona que fuere indagada, proceder a la atribución de responsabilidad de conformidad con las disposiciones de los arts. 114, 125 y 133 a 135 del C.P.P.

4) En segundo lugar, cabe reiterar que la impugnada fundamenta la solución adoptada, esto es, iniciar el cómputo del período prescripcional el 29 de octubre de 2010 -fecha en que la Suprema Corte de Justicia dictó la sentencia nº 1.525 declarando la inconstitucionalidad de la ley nº 15.848-, en el principio general del Derecho que al impedido por justa causa no le corre término.

Esto, en el entendido que la vigencia de la ley nº 15.848 constituyó un obstáculo legal para que, tanto las víctimas como la Justicia, investigaran los hechos comprendidos en dicha norma. Lo cual no es creación jurisprudencial de la suscrita sino que ya había sido admitido por nuestros Tribunales, tal como resulta de las citas transcritas en la recurrida, así como de la primera sentencia de inconstitucionalidad nº 305/2009 dictada por la Suprema Corte de Justicia cuando expresa: "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."

Dicha sentencia nº 305/2009, como bien señala la sra. Representante del Ministerio Público, cambió la posición jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia y marca el momento a partir del cual la Justicia quedó habilitada para investigar los hechos antes abarcados por la ley nº 15.848. Es a partir de allí que el obstáculo legal constituido por la ley citada fue removido y se permitió el avance de las investigaciones que hasta ese entonces estaban vedadas para las víctimas, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

En el caso de autos, la cuestión es indiscutible en cuanto como se señala en la recurrida, la sra. Representante del Ministerio Público promovió y obtuvo la declaración de inconstitucionalidad de la ley nº 15.848 respecto de los hechos presuntamente delictivos que rodearon la muerte de Ivo Fernández Nieves. Esto significa que la llamada ley de caducidad efectivamente impedía la investigación de esos hechos, quedando dicha investigación habilitada recién a partir del pronunciamiento del máximo órgano judicial.

5) En tercer lugar, las conclusiones antedichas no varían por el argumento

que la denominada ley de caducidad fuera ratificada por la ciudadanía por la vía del plebiscito.

En este sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia en la citada sentencia n° 365/2009, cuando entre otros argumentos afirma: “En primer término, es opinable que dicha manifestación del Cuerpo Electoral haya saneado el vicio formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía (analizado en el Considerando anterior de este pronunciamiento), en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la Ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las Leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada “ab origine” por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta”.

Dicha postura ha sido también adoptada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal recogiendo opiniones doctrinarias en el mismo sentido: “Los fallos jurisdiccionales no pueden quedar inermes frente al querer mayoritario. Fuera de que en el derecho constitucional comparado se han registrado algunos casos de apelación popular, lo cierto es que la aparente democrática que exhibe la solución mentada (en orden a que las sentencias deben ser mayoritarias) se desvanece a poco que se profundice el análisis. Desde épocas tempranas del constitucionalismo liberal se aceptó -sin reservas- la idea de que la Jurisdicción debe resolver las controversias mediante la aplicación independiente, técnica e imparcial del derecho objetivo. Pues resulta extraordinariamente disfuncional condicionar el cumplimiento de los fallos al respaldo mayoritario del acto jurisdiccional. ...” (Daniel Ochs, El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay, Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N° 9/2011, pp. 107/108, citado en sentencia n° 84/2013 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno dictada en autos 88-181/2011 de esta sede).

6) Finalmente, cabe puntualizar que la proveyente no se pronunció sobre el posible encuadre de los hechos investigados en autos como delito de lesa humanidad, limitándose a realizar una breve reseña sobre el concepto, caracteres y normativa aplicable a los mismos. Tampoco se fundó en los caracteres de dichos delitos para resolver el incidente planteado.

Entiende la suscrita que dicho pronunciamiento refiere al mérito del asunto, por lo cual está impedida de emitir opinión al respecto en esta etapa procesal, a riesgo de incurrir en prejuzgamiento. Es decir, solamente una vez concluida la instrucción y en la eventualidad de formularse requerimiento por el titular de la acción penal, deberá esta sede pronunciarse sobre los

delitos a atribuirse, su naturaleza y en consecuencia, el régimen de prescripción al cual se encuentran sujetos.

Por el contrario, la solución adoptada en la providencia n° 450/2014 se funda en las normas del derecho penal común invocado por la Defensa y en principios generales del Derecho, tal como se señalara anteriormente.

En mérito a ello, no es admisible que la Defensa se agravie en relación a ese punto.

7) Que en mérito a todo lo expuesto, se mantendrá la resolución impugnada franqueándose la alzada ante el Tribunal Superior que por turno corresponda.

RESUELVO:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO Y EN SU MÉRITO, MANTIÉNESE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA N° 450/2014.

FRANQUÉASE EL RECURSO DE APELACION ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO PENAL QUE POR TURNO CORRESPONDA, ELEVÁNDOSE LAS ACTUACIONES CON LAS FORMALIDADES DE ESTILO.