

SENTENCIA NRO. 128

Mtro. Red. Dr. Rolando Vomero Blanco

Montevideo, 5 de junio de 2015.-

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia en autos "**Morales Generali, Iván – Su muerte- IUE-88-209-2011**, venidos del Jdo. Ltda. en lo Penal de 7º Turno, en virtud del recurso interpuesto por la Defensa contra la Res. Nº 1299/2014 de 6 de junio de 2014, dictada por la Dra. Beatriz Larrieu De Las Carreras, con intervención de la Sra. Fiscal Ltda. Nacional 5º Dra. Ana Tellechea Reck y la Defensa de particular confianza a cargo de la Dra. Estela Arab D'Argenio.-

RESULTANDO:

1) En el citado dispositivo (fs. 428-439), previa sustanciación con la Representante del Ministerio Público (fs. 421-423), la *A-quo* desestimó la solicitud de clausura por prescripción presentada por la Defensa de **Lawrie Rodríguez** (fs. 404-405).- Dicho pedido se fundó en la prescripción de los delitos supuestamente cometidos en relación con los hechos cometidos en relación con la detención y la muerte de Iván

Morales Generalli (o Generali), ocurrida en el mes de noviembre de 1974 en una Unidad Militar.-

2) Antecedentes: El caso comenzó a tramitarse a fines del año 2006, a fin de investigar la denuncia formulada por el deceso de Iván Morales Generali (ó Generalli), 24 años, militante del OPR 33, ocurrido presuntamente por torturas en el mes de noviembre de 1974 en una Unidad Militar (al parecer Regimiento de Caballería No. 6), luego de su haber sido detenido a su arribo desde la ciudad de Bs.As., lugar donde se había exiliado (fs. 19-58).-

En el transcurso de la indagatoria se recibió declaración a Alvaro Rico Fernández (fs. 60).- A continuación el Ministerio Público interpuso excepción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 61-86), que culminó con la S. 1525/2010 (fs. 209-212), que declaró *"inconstitucionales e inaplicables en el caso concreto los arts. 1º, 3º y 4º de la Ley 15.848"*.-

Ampliada la denuncia (fs. 234-252) y propuestas nuevas probanzas (fs. 253-272), se reanudó la instrucción.- Se recibió prueba documental, por oficio y la pericial que luce agregada a fs. 276-380.-

Con posterioridad se interrogó en calidad de indagado a **Lawrie Haldene Rodríguez Freire** (fs. 396-394).- Y en fecha 24 de marzo de 2014 su Defensa

interpuso demanda incidental, invocando la prescripción del delito presuntamente cometido (fs. 412-415).-

3) La Defensa, a cargo de la Dra. Arab D 'Argenio (fs. 412-415) pidió la *"clausura y archivo de las actuaciones"* en función de los siguientes argumentos: **a)** en el caso se investiga la muerte de una persona ocurrida *"hace ya 40 años"*, por lo que en función de la normativa aplicable (arts. 117 CP) la acción penal ha prescrito y debe ser declarada *"aún de oficio por el Magistrado"* (art. 124 CP), en tanto *"el delito está extinguido, de pleno derecho"*.- **b)** No es sostenible jurídicamente afirmar, como lo hace la Sede, que *"en los casos en que se ha planteado la inconstitucionalidad de la ley 15.848, el plazo de prescripción comienza a correr a partir del momento en que éste fue declarada"*.- Ello implica desconocer la vigencia de la ley, a la vez que otorga efectos retroactivos a una sentencia que no la afecta.- Desde el año 1985 el Poder Judicial es (o debería ser) libre e independiente en su actuación, con lo que nada impedía a los denunciantes accionar antes de que el plazo de prescripción hubiese vencido.- **c)** La ley 15.848, más allá de su inagotable controversia, fue consagrada con todas las garantías del proceso pertinente, emanada de órgano natural y sometida a todos los procesos legales para su impugnación, incluyendo plebiscitos, siendo convalidada, por lo que no es posible ver su vigencia como un *"justo impedimento"*.- **d)** De seguir el criterio de la Sede ello se traduciría en un caos jurídico, donde los

principios de legalidad y certeza jurídica dejarían de existir, y los derechos adquiridos serían una utopía, priorizando indebidamente los de las víctimas, por sobre los de los imputados.-

4) Al evacuar el traslado conferido (fs. 421-423), el Ministerio Público se opuso. En síntesis dijo: **a)** El cómputo del plazo a los efectos de la prescripción debe comenzar a partir de la fecha en que quedó firme la S. 1525/2010, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley No. 15.848.- **b)** No hay norma legal que imponga al Juez instructor interrumpir la indagatoria de un delito, pues debe cumplir la obligación jurídica de procurar llegar a la verdad de los hechos que se denuncian.- En la especie, la muerte de Iván Morales Generalli, detenido por efectivos de las FFAA en la tarde del 21 de noviembre de 1974, quien conducido a una Unidad Militar -donde fue interrogado- falleció pocas horas después.- **c)** El derecho a saber lo sucedido por parte sus causahabientes es un derecho humano que no prescribe, y así lo ha reconocido la Corte IDH, en el caso Gelman vs. Uruguay.- **d)** La única parte que existe en esta etapa procesal es el MP, y por tanto es el único habilitado a solicitar la clausura de las actuaciones.-

5) La Sede *A-quo*, en consonancia con los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público, desestimó fundadamente la pretensión de clausura (fs. 428-439).-

6) La Defensa privada, a cargo de la Dra. Arab D'Argenio (fs. 443-450vto.) interpuso los recursos de reposición y apelación en subsidio.- En síntesis dijo: **a)** No se ajusta a derecho la posición de la Fiscalía y la Sede de que una vez que concluya la instrucción corresponde pronunciarse sobre la prescripción, aun cuando a la postre una y otra terminan concluyendo que cualquiera sea la decisión que en definitiva recaiga, la prescripción no pudo haber operado.- **b)** La consigna en la causa parece ser juzgar a como dé lugar los hechos denunciados, *“valiéndose de alambicados razonamientos de contenido claramente político destinados a sortear la irremediablemente ocurrida prescripción, y que se van hilvanando a medida que uno u otro camino se va cerrando por la simple aplicación del Derecho, con el propósito indisimulado de alcanzar el anhelado castigo a la dictadura a través de algunos de los militares de la época”*.- **c)** Resulta inadmisibles sostener que en el país no rigió plenamente el Estado de Derecho hasta el pronunciamiento del Poder Judicial favorable a los intereses de los denunciantes, o que éstos se encontraban *“justamente impedidos”* por la vigencia de una ley.- Igualmente es improcedente calificarlos como delitos de lesa humanidad, consagrados en el Derecho Internacional con evidente posterioridad a estos acontecimientos.- **d)** La posición de la Sede sobre el inicio de cómputo del plazo de prescripción implica atribuir a una sentencia facultades que no tiene, modificando disposiciones legales que rigen en materia de

prescripción.- La existencia de una ley -como ya se sostuvo- nunca puede ser "*impedimento*" para el cómputo de dicho plazo.- Tal enfoque no hace más que traducir un caso de Derecho Penal del Enemigo.- e) Si bien la sentencia no lo hace, el Ministerio Público sí califica los hechos como de Lesa Humanidad, al igual que lo ha hecho algún Tribunal de Apelaciones en lo Penal.- Ello es erróneo, en tanto atenta contra el principio de irretroactividad de la ley, que consagra a texto expreso el art. 24.1 del Estatuto de Roma.- Todas las normas nacionales e internacionales que así lo consagran son muy posteriores a los hechos, y por ende inaplicables a éstos.-

7) Al contestar los recursos (fs. 452-456vto.), el Ministerio Público abogó por su rechazo haciendo extensa referencia a los argumentos ya manejados para oponerse a la pretensión de clausura. Agregó: a) Malgrado lo arguido, la imposibilidad cierta de accionar creada con la sanción de la Ley 15.848 existió "*y así ya fue declarado por la Suprema Corte de Justicia.- Así, las causas que pretendieron iniciarse en ese momento, no prosperaron porque el derecho que estaba vigente así lo disponía*".- b) La muerte de Morales Generalli, ocurrida tras su detención por efectivos de la FFAA el 21 de noviembre de 1974 por torturas, se trata de otro homicidio cometido mediante la utilización del aparato armado del Estado para vulnerar DDHH fundamentales como la vida, la integridad física y la libertad, lo que la Corte IDH ha caracterizado como "*crímenes de lesa humanidad*" (Caso

Erdemovic, S. de nov./1996); c) Jurisprudencialmente se ha reconocido que la ley caducidad impidió que los familiares de las víctimas pudieran ocurrir ante los Tribunales para que se investigaran los hechos relativos a la suerte corrida por los mismos, lo cual también, como es obvio, ocurrió en autos.- Así además lo reconoció la Corte IDH en el caso Gelman y también el constitucionalista y catedrático Dr. Martín Riso, cuyas opiniones transcribió.- d) El delito investigado en autos cabe calificarse *“como imprescriptible y de lesa humanidad”*, en atención a los diversos tratados internacionales que rigen en nuestro derecho positivo vigente.- Así emerge de lo establecido por la Ley 18.026 (*“Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad”*) y la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968, con entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, aprobada por Ley 17.347 de 5 de junio de 2001: *“Convención que es declarativa y afirma un principio que ya se encontraba vigente por mandato del derecho internacional, reconocimiento la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio “cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” (art. I)”*.- e) El delito que nos ocupa no está sujeto a prescripción, en tanto debe calificarse como de lesa humanidad: *“fue cometido*

aprovechando el andamiaje del Estado, por funcionarios del Estado, y, además con el claro propósito de arrancarles información a como diera lugar, aunque ello ocasionara la muerte de la víctima”.- f) Uruguay integra las Naciones Unidas desde su fundación, y dicho organismo, reunido en Asamblea General., dicta normas que son obligatorias para todos los países que la conforman y que se integran directamente al derecho interno, sin necesidad de ratificación.- El hecho que el país integre la comunidad de Estados implica que tenga “por aceptadas e incorporadas las normas interamericanas y universales de protección de derechos humanos y se obliga a aplicarlas, así como las consecuencias que de ellas se derivan aceptando las decisiones de sus órganos, tales como la Comisión y/o la Corte Internacional de Derechos Humanos”, en función del rango constitucional que tiene la normativa internacional, en mérito a lo que disponen los arts. 72 y 332 de la Carta.-

8) Por fundada Resolución N° 2681/2014 (fs. 461-466), la A quo mantuvo en forma fundada la recurrida y franqueó la alzada.-

9) Recibidos los autos, se pasó a estudio por su orden y se citó para sentencia, acordándose en legal forma (fs. 470 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.-

Aquí, la clausura tampoco deriva de la desaplicación de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 impuesta por la SCJ (Sent. 382/2014, fs. 578/609) que no declaró inconstitucional la Ley 18.026, ni el art. 1° de la Ley 18.831: éste *“se aplica a todos aquellos casos en los que se investiga la existencia de delitos cometidos en oportunidad del terrorismo de Estado, sin distinguir si los indagados fueron o no excluidos por el Poder Ejecutivo del beneficio consagrado por el art. 1o. de la Ley N° 15.848, en virtud del artículo 3o...”* (fs. 600/600 vto.).-

La concurrencia o no de la prescripción, atañe a la jurisdicción de mérito.- Ello explica que al respecto no mediara pronunciamiento alguno de la Corporación en dicho fallo.-

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: *"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 de noviembre de 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 (Geheiminis 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 extinguía 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. 437), fue excluida su aplicación por Sent. de la Suprema Corte de Justicia N° 1.525 de 29 de octubre de 2010.- La Corporación, en decisión anticipada basada en su Sent. 369/09, acogió la inconstitucionalidad deducida por la Sra. Fiscal respecto de los hechos investigados en autos 2-21986/2006, entre ellos el presunto homicidio de Iván Morales Generalli (caso concreto).-

La Ley 18.831 de 27/10/2011, en su constitucional art. 1°, dice: "Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1° de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 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. 3° 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 Suprema Corte de Justicia 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 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) Si bien con matices, así se ha expedido recientemente la Suprema Corte de Justicia en Sentencia del 7 de mayo de 2015: “Finalmente, cabe referir a si la vigencia de la ley N° 15848 (Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado) incide sobre el cómputo del plazo de prescripción en el presente caso”

“A juicio de los Drs. Rubial Pino, Larrieux y Pérez Manrique, debe entenderse que el plazo de prescripción para delitos como los investigados en autos debe situarse a partir de que la ley N° 15.848 perdió su vigencia, ya que esa ley

mente
saló el
tiento de
atacadas

constituyó un impedimento para el libre ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público”.-

5) 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”.-

6) En suma, no obstante los entendibles pero intencionados cuestionamientos defensistas, la mentada Ley de Caducidad efectivamente constituyó un impedimento a 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. 125, 126, 252 y cc. del Código del Proceso Penal,

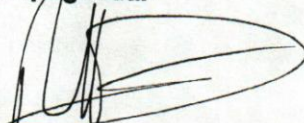
EL TRIBUNAL,

RESUELVE:

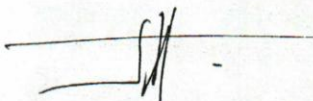
Confírmase la resolución impugnada.-



Dr. Sergio Torres Collazo
Ministro



Dr. Rolando Vomero Blanco
Ministro



Dr. Alberto Reyes Oehninger
Ministro



Dra. Margarita Echenique
Secretaria