

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

CEDULÓN

ELHORDOY, MARIA
Montevideo, 18 de marzo de 2014

En autos caratulados:

PEREYRA CUNHA, HUGO SU MUERTE PROVIENE DE IUE 2-21986/2006 "ORGANIZACIONES DE DD.HH., DR. P. CHARGAÑA Y OTROS -DENUNCIA/MANDOS CIVILES, MILITARES, POLICIALES Y DEMÁS INVOLUCRADOS -ATTES-

Ficha 88-148/2011

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

Decreto 391/2014,

Fecha :18/03/14

VISTOS:

Las resultancias de las actuaciones cumplidas en estos autos caratulados "**PEREYRA CUNHA, Hugo.- 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 88-148/2011.-**

RESULTANDO:

1) Se instruye en las presentes actuaciones la investigación relativa a la muerte de Hugo Pereyra Cunha, ocurrida el 28 de agosto de 1977, mientras se encontraba detenido en la Unidad de Artillería nº 1.

Durante la instrucción hasta la fecha cumplida, se agregó prueba documental, se diligenció prueba testimonial y en cumplimiento de lo dispuesto por auto nº 2007/2013 se recibió la declaración del Cnel. José Eduardo Scaffo Gómez

asistido de su Defensa de Confianza, en los términos del art. 113 del C.P.P. (fs. 391 y fs. 398-402).

2) El 28 de noviembre de 2013 compareció la Defensa del indagado Scaffo 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 1975, es decir hace ya cuatro 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. 404-405).

3) 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 por las Defensoras (fs. 408-413).

4) Por decreto nº 212/2014 del 18 de febrero de 2014 se citó para resolución, subiendo los autos al despacho con fecha 7 de marzo de 2014 (fs. 414-416 vto.).-

CONSIDERANDO:

1) Se sustancia en autos la investigación relativa a la muerte de Hugo Pereyra Cunha ocurrida el 28 de agosto de 1977.

La plataforma fáctica que fundamenta la denuncia es la siguiente: Hugo Pereyra Cunha era militante del SUNCA y del Partido Comunista del Uruguay. Fue detenido en su domicilio el día 16 de diciembre de 1975, presuntamente en el marco de la denominada Operación Morgan dirigida contra militantes comunistas. Fue trasladado en primer lugar al Batallón de Infantería nº 13, donde se lo ubicó junto con otros detenidos en el galpón del Servicio de Materiales y Armamentos conocido como "300 Carlos", y el 2 de enero de 1976 fue trasladado a la Unidad de Artillería nº 1 de La Paloma ubicada en el Cerro.

El 28 de agosto de 1977 se produjo su fallecimiento, consignándose como causa de muerte: "accidente vascular encefálico grave" en el certificado de defunción firmado por el Dr. Luis Villariño.

Sin embargo, testimonios denunciaron que el cuerpo presentaba numerosos hematomas y heridas en la cabeza. Por otra parte, declaraciones de detenidos coinciden en que Pereyra sufría de hipertensión y ese día de invierno fue obligado a bañarse con agua fría inmediatamente después de almorzar. Los compañeros debieron sacarlo del baño y llevarlo a su cucheta, donde sobrevino una parálisis. Fue trasladado al Hospital Militar donde falleció.

2) De acuerdo a la solicitud presentada por José Eduardo Scaffo, 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 del peticionante, surge de obrados que Scaffo fue específicamente indicado como jerarca de la Unidad donde se encontraba detenido Pereyra a su fallecimiento, por lo cual fue citado a declarar en autos en los términos del art. 113 del C.P.P. (fs. 391) y se recibió su declaración en presencia de las Defensoras designadas (fs. 400-402).

En suma, José Eduardo Scaffo reviste indubitablemente la calidad de indagado en este procedimiento presumarial y por tanto se encuentra legitimado 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. N° 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 Hugo Pereyra Cunha se encuentra en sus etapas iniciales, no habiéndose esclarecido aún los hechos sucedidos ni la participación que pudo tener el indagado José Scaffo. 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 prejuizgamiento.

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 entonces consiste en decidir si ha operado la prescripción de los presuntos delitos emergentes del fallecimiento de Hugo Pereyra Cunha, los que en caso de comprobarse, se trataría de hechos delictivos perpetrados desde el aparato estatal, en el marco de la llamada lucha antsubversiva, durante la dictadura cívico militar que rigió en nuestro país entre los años 1973 y 1985. En este aspecto, no constituye prejuizgamiento

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 de la Defensa 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 suscriptos 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 Hugo Pereyra Cunha ocurrida el 28 de agosto de 1977 durante su detención en el Grupo de Artillería nº 1-, fue excluido 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 Hugo Pereyra Cunha (fs. 31-56). La excepción fue acogida por la Suprema Corte de Justicia, que mediante la sentencia nº 1.525 antes mencionada, declaró inconstitucionales las disposiciones de la ley nº 15.848 respecto de los casos incluídos 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 nº 1.525 declarando la inconstitucionalidad de la ley nº 15.848 respecto del caso referido a la muerte de Pereyra Cunha, 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, es que debe computarse a partir de esa fecha el plazo prescripcional de los presuntos delitos cometidos.

11) Por lo expuesto, 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**. 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 Hugo Pereyra Cunha.

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 la Defensa del indagado José Eduardo Scaffo Gómez.

RESUELVO:

DESESTÍMASE LA SOLICITUD DE CLAUSURA POR PRESCRIPCIÓN PRESENTADA POR LA DEFENSA DEL INDAGADO JOSÉ EDUARDO SCAFFO GÓMEZ.

EJECUTORIADA, PROSÍGANSE LAS ACTUACIONES SEGÚN SU ESTADO (FS. 403).