

0448

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA:

ANTECEDENTES PROCESALES

1) En estos autos caratulados: **“F D T, D, POR O T-DENUNCIA”- EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ARTS. 1, 2 Y 3 DE LA LEY N.º 19.550. IUE 97- 10149/1985**, la Dra. G. F en representación de E. R y J. S, interpuso por vía de excepción la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 19.550 (fs. 1355- 1369).

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º turno por Sentencia n° 300/2019 del 26 de junio de 2019 dispuso la suspensión de los procedimientos y su elevación a la Suprema Corte de Justicia (fs. 1424-1430), esta a su vez por Resolución N°1627 del 15/8/2019 (fs. 1445), confirió traslado de la excepción deducida al Sr. Fiscal Especializado en Crímenes de Lesa Humanidad, quien al evacuarlo solicitó que la misma fuera desestimada (fs. 1447- 1447).

Y con fecha 26/8/19, la Corporación le confirió vista a esta Fiscalía, la que se efectivizó el 29/8/2019 (fs. 1460- 1461 vta.).

1) La Defensa, plantea la excepción en los siguientes términos:

- Legitimación

Afirma que sus defendidos han comparecido en esta causa, en calidad de indagados, por lo tanto es innegable que son titulares de un interés directo, personal y legítimo, que el artículo 258 de la Carta Magna exige para oponer una excepción de inconstitucionalidad "en cualquier procedimiento judicial".

- Normas constitucionales violentadas: Sostiene que la presente norma viola principios constitucionales básicos de un Estado de Derecho,

que se encuentran establecidos en los arts. 7 (derechos), 8 (principio de igualdad), 10 (principio de legalidad), 12 (proceso legal), 19 (prohibición de juicios por comisión), 72 y 332 (protección de derechos inherentes a la personalidad humana, forma republicana de gobierno).

- Principio de igualdad. Art. 8 de la Carta.

El concepto de igualdad a que nos referimos es la igualdad de derecho, la igualdad ante la ley de todos los seres humanos.

En cuanto a su consagración normativa, fue incorporado modernamente en el ámbito internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (artículo 7), en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 24), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1 y 3).

En el ámbito doméstico, forma parte del elenco de derechos funcionales consagrados y protegidos por la Constitución de la República (art. 8).

La ley 19.550 viola flagrantemente el principio de igualdad al crear una fiscalía especializada para un grupo determinado de personas que son los militares y los policías que son denunciados en este tipo de causas, en el período comprendido por la ley 18.596, los cuales quedan entonces fuera del sistema penal general que rige en nuestro país. La ley determina que pertenecen a un grupo distinto de la sociedad uruguaya y que por tanto deben ser perseguidas sus actividades como integrantes de las Fuerzas Armadas, por una Fiscalía "especializada" en delitos de "lesa humanidad", aunque ni siquiera pueden ser calificados como tales según lo ha manifestado el propio titular de la Fiscalía Especializada por aplicación del principio de legalidad.

Dado que este último principio debe ofrecer una garantía de objetividad, la ley tiene que estar vigente ya en el momento del hecho que se investiga y no en forma posterior.

El principio de igualdad indica que todas las personas tienen derecho a un trato justo y equitativo, que todas deben ser tratadas de la misma forma, máxime cuando refiere a la restricción de un derecho fundamental como lo es la libertad.

El Sr. Fiscal General de la Nación, de manera pública y explícita, defendió la creación de la Fiscalía Especializada en cuestión como necesidad de unificar criterios del Ministerio Público en relación a los hechos en cuestión de la misma manera que no duda en asignarle la calificación jurídica de lesa humanidad.

Y en declaraciones recogidas por la web de Fiscalía, Díaz adelantó que el objetivo de la nueva fiscalía es generar “una estrategia” y una “política única de persecución penal”, contra los casos de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura (Montevideo Portal 2 de febrero de 2018).

Iguales consideraciones caben si se analiza el trámite parlamentario que condujo a la sanción de la ley cuestionada.

- Principio de legalidad. Art. 10 de la Carta

De la correcta interpretación de la ley 19.550, en el marco de las disposiciones del Código Civil, los hechos comprendidos en la competencia de la Fiscalía recientemente en funciones, deben reunir 3 condiciones: estar en trámite, haber ocurrido en un lapso señalado, y ser pasibles de ser calificados de lesa humanidad.

Como fuera dicho y admitido por la propia Fiscalía en diversas causas, la calificación de lesa humanidad debe descartarse. Expresa el Sr. Fiscal Perciballe que ni las normas que establecen la imprescriptibilidad de estos delitos, ni los tipos penales previstos por tales leyes pueden tener aplicación con relación a hechos acaecidos antes de su incorporación a nuestro ordenamiento, en

atención al principio constitucional de legalidad en materia penal, el cual consagra un derecho humano básico.

En este sentido se ha pronunciado con absoluta certeza la Suprema Corte de Justicia en sentencia 152/2013.

En consecuencia, ni las normas que establecen la imprescriptibilidad de estos delitos, ni los tipos penales previstos por tales leyes pueden tener aplicación con relación a hechos acaecidos antes de su incorporación a nuestro ordenamiento, y proceder de otro modo supone violar el principio constitucional de legalidad en materia penal, el cual consagra un derecho humano básico.

En definitiva, la competencia de la Fiscalía Especializada requiere la simultaneidad de dos condiciones imposibles de reunir: que los hechos constituyan delitos de lesa humanidad y que hubieran ocurrido en determinado lapso en que tal calificación no es posible, al menos sin violentar el artículo 10 de la Constitución de la República, por lo que su existencia resulta violatoria del principio fundamental que el mismo consagra.

- Artículo 19 de la Carta. Juicios por comisión. Juez natural

Esta norma, establece que quedan prohibidos los juicios por comisión, entendiendo por ello, la creación de tribunales ex post facto, con la finalidad de juzgar determinados hechos y/o personas concretos. Ello es así, en honor al sistema republicano de gobierno y al principio de igualdad. Cuando la norma se refiere a tribunales, no sólo debe entenderse referida a los jueces, sino también a los titulares públicos de la acción penal.

Es importante tener en cuenta la opinión del propio titular de la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad, el Dr. Ricardo Perciballe, quien sostuvo que no cabe lugar a dudas que el principio a estudio ha sido siempre relacionado al Juez o Tribunal, por cuanto se los asocia a los principios de

imparcialidad e independencia judicial, empero, nada obsta a que alcance también el órgano requirente es decir al Magistrado Fiscal, puesto que, de modificarse en forma espuria su parquet competencial, no sólo se altera ostensiblemente el orden y correcto desarrollo del Proceso, sino también, el Principio de Igualdad.

La Fiscalía Especializada en Delitos de Lesa Humanidad fue creada en el año 2017, más de 40 años después de acaecidos los hechos que se investigan, y se ha asignado competencia sólo en esos hechos supuestamente acaecidos en el pasado, y aún en expedientes que ya se encuentran en trámite hace mas de 12 años ya que la Ley 19.550 impone que se remitan a la Fiscalía especializada todas las causas en el estado en que se encuentren.

El rol de la fiscalía es fundamental en el proceso penal, ya que tiene como función nada más y nada menos que la persecución penal de los delitos, por lo tanto es tan exigible como al Juez el requisito de imparcialidad, francamente vulnerado por la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

- Violación del Sistema Republicano de Gobierno. Arts. 72 y 332 de la Carta.

Afirman que si el parlamento da vida a una norma que choca con los principios de igualdad, de legalidad, de imparcialidad, no podemos otra cosa que sostener vehementemente que choca también contra un pilar básico de nuestro ordenamiento y nuestro ser, que es ni más ni menos que el principio democrático republicano de gobierno.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En opinión de este Fiscalía, corresponde desestimar la excepción planteada, de acuerdo a las consideraciones que seguidamente se exponen.

1. En primer término resulta necesario plantear la situación en la que se encuentran las presentes actuaciones a los efectos del análisis del asunto.

En las mismas se investiga la desaparición forzada de O T A ocurrida a partir de su detención ilegítima el 19 de julio de 1977 realizada por tres personas armadas, vestidas con ropas civiles que se identificaron como integrantes de las llamadas Fuerzas Conjuntas del Estado de esa época.

E. F interpuso excepción de inconstitucionalidad de la ley 18.831 (fs. 216- 239), la que fue desestimada por sentencia n.º 87 del 17 de marzo de 2014 de la Suprema Corte de Justicia (fs. 409- 415).

Luego solicitaron él y J. S el archivo y clausura de la causa por haber operado la prescripción (fs. 433- 435, 459- 460).

Ambas fueron desestimadas en primera instancia por sentencia n.º 1921 del 28 de julio de 2014 (fs. 501- 521), por sentencia de segunda instancia n.º 391 del 10 de diciembre de 2014 del TAP de 2º turno (fs. 581- 590) y en casación por sentencia n.º 1261 de 22 de agosto de 2016.

Asimismo F y S presentaron excepción de inconstitucionalidad por la ley 18.831 (fs. 631- 642), la que fue nuevamente desestimada por sentencia n.º 124 del 4 de mayo de 2016 por la Suprema Corte de Justicia (fs. 689- 722).

E. R por su parte solicito la clausura y archivo de las actuaciones argumentando la prescripción (fs. 1255-1260), lo que fue desestimado en primera instancia por sentencia n.º 3792 del 19 de octubre de 2018 (fs. 1290-1295).

2.-Efectuada la ubicación del tema, corresponde comenzar el análisis de la recurrencia desde el punto de vista formal.

En ese sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han reclamado tradicionalmente la existencia de un “caso concreto” (no admitiéndose planteamientos hipotéticos o eventuales) en el que resulte ineludible la aplicación de la ley que se reputa inconstitucional, solución que se basa

habitualmente en la reglamentación legal del instituto (artículos 508, 512, 513 del CGP).

Esta fiscalía decía en Dictamen 1792 de 25 de mayo de 2012:

“Interés directo”

“La doctrina nacional reconoce que interés directo es aquél que no es eventualmente lesionado por la norma que se cuestiona como inconstitucional.”

“Jiménez de Aréchaga lo define como: “...todo interés que resultaría inmediatamente vulnerado por la aplicación de la ley inconstitucional...” (cfme. La Constitución de 1952 – Tomo III– pág. 183).”

“Por su parte Giorgi aseveraba: “Interés directo significa interés inmediato, no eventual ni futuro. La existencia de un interés directo implica que el particular se encuentra en una situación jurídica definida y actual....” (El contencioso administrativo de anulación – F.D.C.S., 1958 – pág. 188).”

“También Méndez afirmaba que el interés directo es el actual y no el simplemente eventual (Cfme. Lo contencioso de anulación en el Derecho Uruguayo – Revista de Derecho Público y Privado – 1952 – pág. 187).”

“Vescovi a su vez, al referirse al calificativo de “directo” exigible al interés expresa que: “... Por directo debe entenderse el inmediatamente vulnerado por la norma impugnada...” (Cfme. El proceso de inconstitucionalidad de la Ley – Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Nro. 18 – 1967 – pág. 148).”

“Tarigo expresa que la calidad de “directo” significa exigir que ese interés sea existente, inmediato, no eventual o futuro. (Cfme. Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación – 1999 – pág. 30).”

“Y Durán Martínez, citado por los accionantes, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española señala: “... Allí se define el término “directo” de la siguiente manera: “Derecho o en línea recta; 2. Dícese de lo que va de una parte a

otra sin detenerse en puntos intermedios; 3. Aplícase a lo que se encamina derechamente a una mira u objeto"... De manera que el calificativo "directo" por oposición a "indirecto", rechaza así lo eventual pero no necesariamente lo futuro. Si lo futuro es inequívoco no vemos porqué no debe comprenderse. Creemos que la expresión "directo" refiere al nexo causal y no al momento en que se produce la lesión del interés. Lo importante que la lesión se produzca por el acto jurídico correspondiente sin que interese si ella es hoy o mañana...". (Cfme. Situaciones jurídicas subjetivas – con especial referencia a la declaración de inconstitucionalidad y la acción de nulidad – L.J.U. Tomo 122 – Sección Doctrina.)"

Y respecto a la legitimación del mero indagado para promover la excepción de inconstitucionalidad, la evolución que ha tenido la etapa del presumario en nuestro derecho, sobre todo a partir de la reforma del artículo 113 del CPP, lleva a que a nuestro parecer, en las actuales realidades procesales, aún el mero indagado tiene un interés con las características exigidas por la Carta para movilizar este recurso, el cual según la norma constitucional puede, por vía de excepción, oponerse en "cualquier procedimiento judicial" (art. 258.2 Constitución).

Toda persona indagada tiene derecho a ser defendida desde el primer momento y la actuación del defensor da la pauta de la existencia de actividad procesal, en una etapa de instrucción – la presumarial – que es el inicio del procedimiento penal, extremo este que determina a juicio del suscrito, que los excepcionantes detentan la calidad requerida para interponer la excepción en vista.

3- El rechazo de la inconstitucionalidad planteada se impone, por las razones que se pasan a exponer.

i.- Art. 1 de la Ley 19.550

Este artículo habilita a la Fiscalía General de la Nación, a transformar una Fiscalía Letrada Nacional, en una Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad.

Y en este sentido, ningún fundamento anota el excepcionante a los efectos de que pueda ingresarse a considerar si el mismo vulnera la Carta Magna.

La falta de fundamentación en este sentido, determina que resulte inadmisibile el planteo a su respecto (art. 512 CGP).

La Corporación asimismo, ha rechazado por este motivo, los planteos efectuados respecto a la constitucionalidad del artículo en cuestión (Cf. Sentencias 1182/19, 1214/19, 1215/19, 1245/19).

ii.- Art. 2 y 3 de la Ley 19.550

El excepcionante afirma que estos artículos vulneran las siguientes normas constitucionales:

Art. 19 de la Constitución

Esta norma dispone “Quedan prohibidos los juicios por comisión”, es decir que el tribunal que debe entender en un asunto debe estar creado y designado con anterioridad a la ocurrencia del hecho que será objeto del proceso, surge de aquí el principio llamado “del juez natural”.

Es esta, por otra parte, la interpretación que los doctrinos han efectuado desde el momento en que esta norma fue consagrada en la Constitución de 1830.

Y comenzando con el maestro Couture, que definía el juicio por comisión, de la siguiente forma: *“Dícese de aquél en el cual un órgano del poder público atribuye a cierto tribunal constituido ex post facto la facultad de juzgar determinados hechos o a determinadas personas, con violación de la*

expresa prohibición constitucional". (Vocabulario Jurídico. E.J. Couture, Ediciones Depalma 1983, pag. 364).

Analizando el tema de las garantías constitucionales de la jurisdicción, el Maestro afirmaba asimismo que la prohibición de los juicios por comisión (art. 19 de la Carta), constituye la seguridad de que el juez no será designado "ex post facto", lo que en términos comunes representa la seguridad de que el hombre que ha de decidir, no ha de ser elegido en razón de sus opiniones frente al conflicto que le compete (Cf. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. La Constitución y el proceso civil, pag. 85).

Y estudiando la tutela constitucional del proceso, expresaba que esta garantía, consistía, entro otras cosas, en que "...el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad" (Cf. "Fundamentos", Depalma, 1966 ps. 150-151).

Justino Jiménez de Aréchaga, en este punto, enseñaba que "*.... la sentencia debe emanar de jueces preexistentes al hecho que lo motiva. No se concibe el establecimiento de jueces ex-post facto, vale decir, creados después de ocurrido un hecho y para juzgar ese hecho. El art. 19 prohíbe los juicios por comisión, los juicios dictados por comisiones judiciales designadas para casos determinados y con posterioridad al momento en el cual el caso ocurre.*

Este principio no impide, naturalmente, el establecimiento de nuevas jurisdicciones y la modificación del régimen del procedimiento. A lo que se opone es al establecimiento de tribunales especiales para hechos anteriores, pero para hechos determinados. No obsta, por ejemplo, a que se pueda establecer un régimen de jurisdicción en materia de trabajo y a que ese régimen jurisdiccional nuevo pueda aplicarse al conocimiento de hechos producidos

anteriormente. Pero de un modo general. A lo que se opone es a la creación de jueces para casos ya determinados y previstos..”. (en "La Constitución Nacional. Dr. Justino Giménez de Aréchaga. Tomo I”, pag. 250).

Gelsi Bidart, en cuanto a las medidas procesales constitucionalmente dispuestas, afirmaba que las mismas tienden a lograr un mejor funcionamiento del proceso, y al propio tiempo, a ofrecer garantías (procesalmente), contra la violación de derechos fundamentales de éste, y que han sido inspiradas y conservan aún hoy, su principal acento, en la protección de los derechos humanos. Y como ejemplo de ello, cita: *“Así, en cuanto a organización, la creación legal de los Tribunales impide la sorpresa del Tribunal establecido por el Poder Ejecutivo; la prohibición del juicio por comisión, que se encargue especialmente a un tribunal determinado, el castigo de un delito concreto ya cometido “* (Adolfo Gelsi Bidart, en *De Derechos, Deberes y Garantías Del Hombre Común*, pag. 233).

Varela Mendez en este tema afirmaba que: “3º) se vedan los juicios por comisión (art. 19), es decir, se prohíbe crear ex post facto un Tribunal especial, comisionado para realizar un juicio. Se procura limitar el poder del Legislador en cuanto pudiera elegir al Tribunal que va a juzgar en un caso concreto (en RUDP 2/1986, pag. 161, citado en Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal, Ley 19.293, IUDP, pag. 55).

Claria Olmedo sostenía que: “..el órgano imparcial destinado al ejercicio de la función jurisdiccional debe estar predispuesto” (Cf. *Derecho Procesal*, T. 1 pag. 198).

Esta prohibición consagrada en la norma Fundamental, se complementa con lo establecido por el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone: *“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con*

las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Según surge de esta norma, el juzgado o tribunal debe haber sido establecido con anterioridad, con lo que aparece una referencia a los juicios por comisión, o sea, a aquellos tribunales creados con la finalidad de juzgar por delitos ya cometidos. Este juicio por comisión está expresamente vedado por el art. 19 de la Carta (Cfme. Martín Risso. El debido proceso en la Constitución uruguaya, en Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano Año XVII, Montevideo, 2011, pag. 127, cita online <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3956/3475>).

El Dr. Gonzalo Fernández, refiriéndose al principio del juez natural consagrado en el art. 2 del CPP, afirma que es aquel: “... *predeterminado por la ley, aquel magistrado que resulta objetiva, funcional y territorialmente competente para conocer del asunto.* (..)

A su vez, la esencia de esta garantía del juez natural (o juez legal) radica en la independencia y en la imparcialidad objetiva del tribunal”. (..)

De lo que se trata, en suma, es de prohibir la existencia de magistrados ad hoc y garantizar que la función jurisdiccional sea ejercida por los jueces instituidos previamente por la ley para juzgar una clase de asuntos o una categoría de personas”. (Los principios generales del proceso penal acusatorio. Luces y Sombras, pág. 83-84).

La Corporación en tanto, en sentencia n° 727/2008, sostenía que la garantía constitucional es extraña “*por lo pronto, a la distribución de la*

competencia entre jueces permanentes que integran el Poder Judicial...razón por la cual no sufre menoscabo porque uno de ellos intervenga en el proceso con arreglo a lo que disponga la respectiva legislación” (Palacio, Manual de Derecho Procesal Civil, T. 1, pág. 40).

“Tal garantía, en rigor tiene por objeto asegurar a los habitantes del país una justicia imparcial, a cuyo efecto prohíbe sustraer arbitrariamente una causa a la competencia del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuirle a uno que no la tiene, pues ello importaría instituir, indirectamente, una comisión especial disimulada. Por lo tanto ella no resulta afectada por la intervención de nuevos jueces incluso en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas operadas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia “ (Palacio. Derecho Procesal civil, T. 1 pags. 142-143)”.

Y en sentencia 765/2008, en alusión al art. 19 de la Carta, el mismo Cuerpo sostenía “...Este principio no impide, naturalmente, el establecimiento de nuevas jurisdicciones y la modificación del régimen del procedimiento. A lo que se opone es al establecimiento de Tribunales especiales para hechos anteriores, pero para hechos determinados. No obsta, por ejemplo, a que se pueda establecer un régimen de jurisdicción en materia de trabajo y a que ese régimen jurisdiccional nuevo pueda aplicarse al conocimiento de hechos producidos anteriormente. Pero de un modo general a lo que se opone es a la creación de jueces para casos ya determinados y previstos. También Korzeniak (Curso...p. 171) define a los juicios por comisión como aquellos sentenciados por jueces designados especialmente para juzgar determinados hechos ya realizados y cometidos..”.

En conclusión, la norma constitucional lo que prohíbe es designar un juez ex post facto, para juzgar determinados hechos o determinadas personas, lo que garantiza que quien tendrá a su cargo la decisión del asunto, no fue elegido en función de su opinión respecto al conflicto que será sometido a su decisión, extremo este que brinda "una razonable seguridad de honestidad e imparcialidad", en palabras del Maestro.

Por lo tanto, a juicio del suscrito, la prohibición del art. 19 de la Carta, refiere sólo a los tribunales, los cuales deben estar creados con anterioridad al hecho que será objeto de juzgamiento, puesto que considerar que la prohibición constitucional, alcanza asimismo a la Fiscalía, constituye una interpretación extensiva que carece de sustento.

Cabe puntualizar asimismo, que la garantía de imparcialidad que resulta ser el fundamento último de este artículo, sólo resulta exigible a los Magistrados, y es incompatible con la calidad de parte que en el proceso penal detenta la Fiscalía.

Existe un principio del juez natural, pero no existe un principio del fiscal natural. Los fiscales no somos magistrados, somos fiscales.

La Real Academia Española define magistrado como el "Miembro de la carrera judicial con categoría superior a la del juez".

Por su parte la Constitución de la República utiliza el vocablo magistrado para referirse a los jueces, pero nunca para hacerlo respecto de nosotros los fiscales, a los que nos menciona como tales sin que ello implique, en la opinión del suscrito, ninguna "capiti diminutio".

Nuestro estatuto, contenido en la ley 19.483 se refiere a nosotros como fiscales, eludiendo expresamente el término magistrado.

El art 10 ejusdem dispone: “ *(Principio de objetividad).- La Fiscalía General de la Nación propenderá a la aplicación justa de la ley y al ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado*”.

Y en concordancia con ello, el art. 45 del CPP establece que: “*Las decisiones del Ministerio Público se dictarán bajo los principios de legalidad y objetividad, con expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos. En todos los casos estarán debidamente fundadas, especialmente en las hipótesis de los literales c), d), e) y h). La ausencia de fundamentación configurará responsabilidad administrativa*”.

No somos pues magistrados; tampoco debemos actuar con imparcialidad, condición requerida a los señores jueces y que nunca puede ser exigida a una parte en el proceso, por más que ella represente a la sociedad. Es por esa razón que nuestro estatuto nos exige actuar, entre otras cosas, con objetividad en la aplicación de la ley, nunca con imparcialidad.

Como sostuvo Binder: “*...la idea de imparcialidad que es constitutiva de la función del juez, significa que frente a los intereses que están en juego en el conflicto, nosotros le pedimos al juez que sea el único que no gestione intereses. Por eso decimos que la imparcialidad es un oficio, no es una calidad moral, ni es ni siquiera un talante. Eso son otras cosas, pero la imparcialidad es un oficio, es saber estar en un juego de intereses y la función de él no es gestionar ninguno de los intereses sino preservar las reglas de juego de los intereses que están dando vuelta allí*”. (“El Juez en los Procesos Penales reformados. Dr. Alberto M. Binder. Conferencia realizada en la Asociación de Magistrados del Uruguay, 6 de noviembre de 2017, Montevideo, en Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal. Asociación de Magistrados del Uruguay, pag. 15).

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que no resulta vulnerado entonces lo dispuesto por el art. 19 de la Carta, en tanto la prohibición que entraña no resulta aplicable a la Fiscalía, y en el caso de las causas que son objeto de su competencia las mismas son juzgadas por los Jueces Letrados de Primera Instancia en lo Penal, y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior, cuya competencia resulta atribuida por las leyes especiales respectivas.

En este punto, la Corporación por sentencia n° 1.148/19 ha sostenido que: “.....no resulta jurídicamente acertado extrapolar al subexamine la garantía del juez natural, la cual supone que el Magistrado llamado a entender en un asunto judicial, en tanto debe actuar con independencia, imparcialidad y de manera objetiva, necesariamente debe serlo en virtud de pautas generales y objetivas, determinadas por la Constitución y la Ley, en forma anterior a los hechos a juzgar. Por el contrario, los Fiscales son parte en el proceso penal y, en consecuencia, no se encuentran alcanzados por el precepto constitucional..”. Y a renglón seguido, el colegiado recoge parte de lo consignado por este dictaminante en este ítem (Cf. Sentencias 1182/19, 1214/19, 1215/19, 1245/19).

- Principio de igualdad

Justino Jiménez de Arechaga, señalaba que el art. 8 de la ley suprema, importa la prohibición de que se establezcan fueros o leyes especiales para determinadas personas, salvo reserva contenida en la propia Constitución, que no excluye la posibilidad de que se legisle para clases o grupos de personas. Lo que la norma exige es que hombres iguales, en circunstancias iguales, reciban un tratamiento igual (Cf. Jimenez de Arechaga. La Constitución Nacional Tomo 1, pag. 366).

Y más adelante anotaba, que la jurisprudencia norteamericana ha sustentado que “..ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la “Declaración de derechos”, pero que el mismo...no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que (..) todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación de la clase sea **razonable, no injusta o caprichosa, o arbitraria**, sino fundada en una real distinción” (ob. Cit. Pag. 367). (destacado nuestro).

Agrega el jurista que: *“A veces la ley constituye a una serie de individuos en clase, con cierto objeto, y la constitución de esa clase como tal aparece como razonable. Ese mismo grupo, constituido en clase por otra ley para otros objetos, ya no aparece como un grupo razonablemente constituido”*. (ob. Cit. Pag. 368).

Linares Quintana, por otra parte, sostenía que “la igualdad ante la ley consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales en iguales circunstancias, y que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”.

Acotaba en este sentido también, que “la igualdad supone por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición: por lo que ella impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo. Y agrega el autor “es indispensable además, comprobar que el acto legislativo se ha basado sobre alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria. **La razonabilidad es pues, el cartabón o standar de acuerdo con el cual debe apre-**

ciarse la medida de la igualdad o la desigualdad"(destacado nuestro). (Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional T. 3, 1928, p. 435., citado en Dictamen N° 2364/94).

Asimismo, en la Sentencia No. 241/2013, la Suprema Corte de Justicia, analizando este principio sostuvo: “..*que el mismo no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan **justa y racionalmente**. A condición de que, tal como lo ha sustentado la justicia norteamericana y lo ha expresado el ilustrado constitucionalista nacional Justino Jiménez de Aréchaga, todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma y que la determinación efectuada por la misma sea razonable, no injusta, caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción (Cfme. Jiménez de Aréchaga. La Constitución Nacional, Ed. Cámara de Senadores, T. 1, pág. 367)*” (Cf. Sentencia SCJ No. 323/994, 720/996, 28/06 y 661/18).

En aplicación de este principio, corresponde someter a igual status jurídico, a quienes se encuentren en igual situación, así como soluciones diversas a quienes se encuentren en situaciones desiguales.

En definitiva, no se trata de considerar a todos de igual forma, sino de tratar a los diferentes de distinta manera.

Y en el caso a estudio, la Fiscalía transformada por esta norma, entenderá -como se consignara ut supra-, en todas las causas penales referidas a las violaciones de derechos humanos ocurridas en el período definido por la Ley 18.596.

En consecuencia, la impugnada no establece un tratamiento diferencial entre todos los que se encuentran en similares condiciones, es decir,

las personas que son o serán investigadas por violación a los derechos humanos en el lapso dispuesto.

Por otra parte, tampoco puede sostenerse que el fundamento para que determinadas causas sean objeto de estudio por una fiscalía establecida a tales efectos, pueda tildarse de irracional, injusto o caprichoso, o arbitrario.

En este sentido, el artículo 13 de la Ley 19483, entre los cometidos asignados a la Fiscalía General de la Nación, le corresponde: “*A) Fijar, diseñar y ejecutar la política pública de investigación y persecución penal de crímenes, delitos y faltas*”.

Y la necesidad de establecer la especialización en el tratamiento de determinadas causas, ha sido explicitado por el suscrito en distintas ocasiones en las cuales ha sido consultado sobre el punto, así como en oportunidad de elevar - precisamente -, el anteproyecto de ley para la transformación de una fiscalía letrada nacional en una fiscalía especializada en derechos humanos.

Es así que el firmante, ha señalado, y lo reafirma en esta instancia, que la especialización es imprescindible, cualquiera sea el modelo de procedimiento, puesto que no se puede concebir que a esta altura del siglo XXI, no haya especializaciones, teniendo presente que no existen los fiscales que saben de todo.

La Fiscalía debe procurar la condena a quienes cometen delitos graves, y no puede tener éxito si no cuenta con preparación y especialización. No es lo mismo el modo de investigar, acusar, producir prueba, en un caso de violencia de género, de trata, de narcotráfico, de delincuencia económica o de lesa humanidad, no se puede abarcar con autoridad y solidez todas las ramas del derecho.

En oportunidad de explicitar los fundamentos del anteproyecto de ley que resulta en esta instancia cuestionada, el suscrito sostuvo que luego de un año de trabajo realizado por la Unidad Especializada de Derechos Humanos, creada el 7/9/15, se señalaba que las causas relativas a graves violaciones a derechos humanos, que se tramitan en los juzgados de todo el país, presentan dificultades en la etapa de investigación, en su dilucidación jurídica, demoras en la resolución de los casos y por ende en las respuestas adecuadas a las víctimas y a la sociedad. Actualmente se puede cuantificar un universo de 210 causas aproximadamente que se sustancian en los diferentes Juzgados del país en las cuales intervienen distintos Fiscales competentes en las múltiples jurisdicciones a la que acceden, y quienes además deben actuar al mismo tiempo en otros asuntos penales ordinarios y de otras materias. Por esa razón el conocimiento de las causas judiciales de tal naturaleza, está absolutamente compartimentado y limitado, se trata de situaciones que no permiten hacer una abordaje integral de los hechos, los contextos, las evidencias y de las pruebas a la hora de exigir las responsabilidades penales del caso, así como de los conflictos jurídicos que surgen, lo que sin duda conspira contra las mejores soluciones requeridas.

Y más adelante agregaba que a los efectos de resolver de manera eficaz y en un plazo razonable estos casos, se requiere de personal altamente capacitado, con especialización y experticia en la materia, que se aboque a su estudio, y así centralizar y unificar los criterios de actuación en el ámbito jurisdiccional. (Cámara de Senadores. Comisión de Constitución y Legislación. Carpeta 750/2017, Distribuido 1127/17, 8 de febrero de 2017, pág. 19).

En resumen entonces, la norma impugnada no vulnera el principio de igualdad, en tanto la razonabilidad del fundamento de la existencia de una fiscalía especializada, para entender en las causas penales referidas a las

violaciones de Derechos Humanos ocurridas en el período dispuesto por la Ley 18.596, radica en:

1) generar una política única de persecución penal contra las violaciones a los derechos humanos, que en definitiva redundará en un trato igualitario para todos aquellos quienes resultaron o resultarán sindicados como partícipes de violaciones de derechos humanos en el período dispuesto por la norma en su remisión a la ley 18.596.

2) disponer que la fiscalía transformada, este integrada por personas que cuenten con una preparación académica previa en la materia objeto de la especialización.

3) la dedicación exclusiva de esta Fiscalía a esas causas, redundará en definitiva en un resultado más a corto plazo, el cual no puede lógicamente esperarse en caso de que estas causas continuaran siendo llevadas adelante por Fiscalías que deben entender en todas las causas penales.

En este sentido, la Corporación en la sentencia 1148/19 ya citada, sostuvo: *“En el caso, la delimitación de las categorías es justa y razonable, pues, a los efectos de fijar la competencia de las Fiscalías Especializadas atiende, en excluyente medida, a si el delito se cometió durante la dictadura cívico-militar acaecida en nuestro país entre el 27 de junio de 1973 y el 28 de febrero de 1985. No hay, por tal motivo, una diferenciación arbitraria o injustificada, fundamento suficiente para desestimar el planteo. Aún más, el lapso al que refieren los excepcionantes como un periodo “selectivo”, ni siquiera se encuentra determinado en la Ley No. 19.550. En efecto, la norma se remite a la Ley No. 18.596 (de fecha 18 de setiembre de 2009) denominada Ley de “Reparación a las víctimas de la actuación ilegítima del estado en el periodo comprendido entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985”. El art. 1*

de la citada norma, disposición que no fue cuestionada por los excepcionantes, establece: “Reconócese el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985”. Y, trasladando los conceptos anteriormente vertidos al caso de autos, surge, en forma por más clara, la relación positiva aludida entre los medios utilizados (creación de una Fiscalía especializada) y los fines perseguidos (investigación de las causas penales referidas a las presuntas violaciones de Derechos Humanos cometidas en el periodo delimitado por la Ley No. 18.596 como de “quebrantamiento del Estado de Derecho”). VII) Adicionalmente, los Sres. Ministros Dres. Turell, Martínez y Torres, consideran del caso señalar que es un valor socialmente admitido en las principales democracias del mundo, que (en razón de la gravedad, complejidad, número, lapso transcurrido, etc.) los presuntos delitos cometidos en época específicas de la historia (doméstica o mundial), sean atendidos e investigados (incluso juzgados), por órganos especializados en la materia. Sucede que los hechos delictivos presuntamente cometidos por “agentes del Estado”, durante el añejo lapso señalado, que implicaron la realización de presuntas 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, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional (todo de acuerdo al art. 2 de la Ley No. 18.596) justifica, ampliamente, la creación de una Fiscalía especializada para llevar adelante la investigación referida. Pues bien, conforme al contexto

descrito, la ley atacada supera con creces el test de la “razonabilidad”, por lo que el distinto tratamiento legislativo resulta razonablemente justificado”. (Cf. Sentencias N.º 1182/19, 1214/19, 1215/19, 1245/19).

- Art. 10 de la Constitución

La norma en cuestión señala como objeto de la competencia de la Fiscalía especializada, las violaciones de los derechos humanos ocurridas en el período dispuesto por la Ley 18.596.

Y bien, el Estado uruguayo ha asumido compromisos internacionales al ratificar diversos instrumentos de tal naturaleza como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entre otros, que constituyen normas imperativas de Derecho Internacional General (art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, *ius cogens*,) de rango constitucional.

En especial, a partir del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 24 de febrero de 2011 en el caso *Gelman c/Uruguay*, en la cual se encomendó la investigación de los hechos del caso, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativos y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea, que nuestro Estado debe cumplir.

En este sentido, y en oportunidad de expedirse sobre la inconstitucionalidad planteada respecto de la ley 18.831, se analizó con detenimiento el alcance de esta sentencia, y en lo que al punto objeto de análisis interesa, se destacan los siguientes aspectos.

“..en el párrafo 254 de la sentencia, al que también se remite el numeral 11 del contenido dispositivo antes mencionado establece:”

“En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o cualquier excluyente de responsabilidad, sea aplicada, y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo”.

*“Como bien enseña el profesor Risso Ferrand, el párrafo comienza diciendo **“En consecuencia...”** (en consecuencia del párrafo 253), lo que también confirma los efectos generales de la sentencia (Ob. Cit –pág. 89)”.*

(...)

“Así las cosas la sentencia del 24 de febrero de 2011 de la CIDH tiene disposiciones que obligan al Estado uruguayo a adoptar medidas generales, que incluya a todas las causas de derechos humanos y que comprenden la investigación de los hechos y la no aplicación de la ley de caducidad u otra norma análoga, sea de prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in ídem o que establezca cualquier excluyente de responsabilidad que impida la sanción de los responsables.” (..)

“En la opinión de esta Fiscalía todos los órganos del Estado deben cumplir con la sentencia de la CIDH, actuando dentro de su competencia. Como bien señala el Profesor Risso Ferrand, “No es aceptable que un órgano deje de cumplir en aquello que está a su alcance, en aquello que pueda ayudar o remover obstáculos para cumplir la sentencia” (Vide ob. Cit. –pág. 85).”

“Para ello debe realizarse por parte de los jueces y fiscales intervinientes un juicio de convencionalidad y determinar si existen normas del

derecho interno que corresponde aplicar al caso concreto, que sean incompatibles con las disposiciones de la Convención, en la interpretación que a la misma le dio el fallo de la CIDH.”

Uruguay ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por ley 17347, del 19 de junio de 2011.

Y “...Podrá decirse y es cierto, que al momento en que ocurrieron los hechos de autos la República Oriental del Uruguay no había ratificado la Convención. Pero también es cierto que entre la serie de normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentran los crímenes de lesa humanidad. Estas reglas establecidas consuetudinariamente no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

En definitiva, entonces, no puede afirmarse que la competencia asignada a la Fiscalía transformada, vulnere la norma constitucional en estudio por cuanto el fallo de la CIDH, le ordenó al Estado no sólo que no aplique la ley de caducidad, sino que no se aplique ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente de responsabilidad, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Y precisamente, el art. 2 impugnado, consigna que será competencia de la Fiscalía especializada las causas penales referidas a las violaciones de derechos humanos, por lo cual se concluye que la norma constitucional señalada, no resulta vulnerada.

- Art. 72 y 332 de la Constitución

La afirmación del recurrente en cuanto a que el parlamento por dar vida a una norma que, a su entender, vulnera los principios de igualdad, legalidad e imparcialidad, vulnera el principio democrático republicano de gobierno, es de franco rechazo.

Como dispone el art. 82 de la Carta, nuestro país adoptó para su gobierno la forma democrática republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.

En este marco, fue dictada la ley en cuestión, y su procedimiento de elaboración se ajustó a las disposiciones que la propia Carta Magna describe, por lo cual nada hay para reprochar en este sentido.

CONCLUSIÓN

A criterio de esta Fiscalía por los fundamentos antes expuestos procede el rechazo de la excepción de inconstitucionalidad deducida.

Montevideo, 18 de setiembre de 2019

Dr. Jorge Díaz Almeida
Fiscal de Corte y Procurador
General de la Nación