

Visto:

La solicitud de clausura y archivo presentada en autos por las Dras. Rosanna Gavazzo, Estela Arab y Sergio Fernández, en calidad de defensoras del Cnel. ® Liber Morinelli, Cnel ® Raúl Ramírez, Cnel ® Juan Alberto Saravia, Mayor ® Eilen Rodriguez, Cap. ® Alberto Ballestrino, Cnel ® Daniel Blanco, Cnel ® Gustavo Mieres, Cnel ® José Luis Pereira, Gral ® Aurelio Abilleira y Dr. Juan Jose Navarro

Atento:

1) Que dicha solicitud se presenta invocando la representación de los militares que están siendo indagados en estos obrados alegando que ha operado la prescripción.-

Afirman que es de aplicación el art. 117 del C.P.

Señalan que en este tipo de delitos se ha recurrido al art. 123 del C.P.

Estiman que es de aplicación una sentencia dictada en primera instancia del año 2001 la cual transcriben parcialmente y donde, conforme lo que citan, se ha computado el plazo de prescripción de 20 años sin considerar la previsión del art 123 del C.P.

Afirman que el plazo de prescripción aún en la hipótesis de considerar la extensión del cómputo prevista por art. 123 del C.P.P., se ha alcanzado en octubre del año 2011-

Refieren luego a la ley 18.831 a la que transcriben y de la que afirman que es inconstitucional y desconoce el instituto de la prescripción.

Citan luego la opinión de un Fiscal Nacional que, según afirman comparte esta visión respecto de la ley 18.831

Realizan consideraciones referente a las razones de la creación de la mencionada ley.

Citan finalmente otra resolución judicial por la cual se archivó una denuncia en atención a que la ley 18.026 no estaba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, éstos referidos a homicidio cometido por integrantes del MLN.

Concluyen que mas allá de la independencia técnica de los jueces el derecho a aplicar es uno solo y no se ha respetado en los procesos iniciados dado que en algunos casos los delitos son de lesa humanidad e imprescriptibles, cuando se trata de indagados militares y en otros juicios, en aplicación del instituto de la prescripción la causa se archivaron cuando se trata de analizar las acciones de organizaciones antisubversivas.

Se cuestionan que la ley no es aplicada en forma igual a todos.

Afirman que ha sido posición constante de esta sede echar mano a instrumentos internacionales, algunos de ellos sin consagración legal en el ordenamiento jurídico nacional y todos sin consagración legal a la época de los sucesos acaecidos. Niegan que pueda aplicarse en nuestro país directamente las normas de derecho internacional que reconocen delitos por imperio del ius cogens.

Abogan por la recepción de la prescripción y la clausura y archivo de las actuaciones.

2) De la solicitud se dio vista al Min Pco quien evacuando la misma expresó que no corresponde acceder a lo solicitado. Fundando su posición señala que no existe disposición legal que le imponga al juez interrumpir la indagatoria de un delito por cuanto la obligación que le compete a la justicia es la de investigar para llegar a la verdad de los hechos que se denuncian en sus respectivas sedes. Cita y transcribe parte de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Gelman vs Uruguay

relativa a la obligación de investigar, obligación que está a cargo de todos los organismos del Estado.

Agrega que dado el estado de presumario de las actuaciones, los comparecientes no están legitimados para plantear la clausura de las actuaciones sino que esta posibilidad solo la detentan en este momento el Min Pco y el Juez.

Considera además que la ley citada por los comparecientes, tampoco puede considerarse su planteo en esta instancia procesal.-

3) Por decreto nro, 2688 se dispuso autos para resolución subiendo a tales efectos en fecha 19 de octubre.

En autos se investiga la muerte del ciudadano Oscar Fernandez Mendieta, de 26 años, detenido el 24 de mayo de 1973 y fallecido el mismo día. La detención fue efectuada por miembros de las Fuerzas Armadas y fue llevado al Regimiento de Caballería Mecanizada nro 2 de la ciudad de Durazno por su vinculación presunta con una organización clandestina.

La muerte de Oscar Fernández Mendieta motivó el inicio de un expediente bajo las normas de la justicia militar. En el mismo se conduyó que el deceso fue motivado en un infarto del miocardio.

La familia, a quien se le entregó el cuerpo, solicitó un reconocimiento médico por otros tres médicos los que constataron numerosas erosiones y hematomas.

Las circunstancias de la muerte llevaron a que parlamentarios de la época concurrieran a la ciudad de Durazno y se mostraran interesados en conocer lo que había ocurrido, dando luego lugar a una discusión parlamentaria sobre las condiciones de detención de las personas que en ese tiempo eran privadas de libertad y luego a un pedido de interpelación del entonces ministro de defensa nacional que no alcanzó a realizarse porque se disolvieron las cámaras por el golpe de estado dada el 27 de junio de 1973 (fs, 26 a 41).-

De la discusión parlamentaria puede extraerse que las conclusiones de los médicos que participaron en la autopsia y los que luego realizaron el reconocimiento así como de las explicaciones que se brindara por parte de personal de la unidad militar de Durazno son poco claras y se contradicen. Los médicos que participaron en esas instancias declararon en autos, salvo dos de ellos que a la fecha se encuentran fallecidos.

También dedararon otras personas que estuvieron detenidas en esa misma unidad días antes y días después del fallecimiento de Fernandez Mendieta.

Y finalmente dedararon militares que prestaron servicios en esa misma unidad militar asi como los que hoy comparecen a pretender el archivo de las actuaciones.

En las presentes actuaciones judiciales se pretene determinar las razones de la detención de Oscar Fernandez Mendieta, como transcurrió la misma en la unidad militar de Durazno, las circunstancias previas a su muerte así como las causas de ésta habida cuenta de las diversas versiones brindadas en autos y de las divergencias entre lo que constata unos médicos y lo que verifican otros todo lo cual constituye el objeto de esta investigación presumarial. Si de tales investigaciones emerge que la muerte fue provocada, establecer el o los responsables de tal hecho. En ese sentido, la investigación que desarrolle la sede, tanto de este acontecimiento como de cualquier otro en que sea competente un juzgado penal, no está sujeto a prescripción. Y no lo está por las siguientes razones. Por un lado porque la prescripción, instituto de derecho penal con fundamento que consagra la extinción del delito o de la pena. Más allá de determinar la naturaleza procesal o sustancial o induso mixta que se discute en doctrina, el fundamento de la prescripción se ha basado en varias

razones explicando por ejemplo, Maggiore, que el Estado – ante la fuerza natural del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, anula el interés represivo, apaga las alarmas sociales y dificulta la prosecución de las pruebas- abdica del ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar la pena ya infligida (Derecho Penal Parte tercera Volumen II pag 363). Por su parte, J. Bustos Ramírez expresa que después de pasado un determinado tiempo se estima innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo-general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena (Manual de Der. Penal Español pag 460)

Para que pueda aplicarse el cómputo de la prescripción, como otros institutos de derecho debe existir una plena vigencia de los derechos. No puede obviarse del análisis que durante los años que transcurrió la dictadura militar – 1973 a 1985- el Estado no cumplía con su rol de garantizar los derechos de los individuos. Se habían suspendidos el ejercicio de numerosos derechos esenciales, aún de los que no pueden suspenderse bajo regímenes de excepción, entre ellos las garantías judiciales para la protección de los derechos individuales.

Era tan palmaria la falta de garantías judiciales que no hubo discusión en la jurisprudencia que este lapso no podía contabilizarse a los efectos del plazo de prescripción y era y es opinión unánime sustentada en las diversas resoluciones que tienen que atender tal aspecto.

Luego del año 1985, si bien volvió el poder judicial a detentar la competencia exclusiva en los delitos comunes reservando la competencia de los juzgados militares a delitos cometidos en caso de estado de guerra y de naturaleza militar (art. 253 de la Constitución) y se comienzan a presentar las denuncias por hechos ocurridos en años anteriores, dando cuenta de violaciones de derechos esenciales, los juicios no pueden continuar por la sanción y aplicación de la ley 15.848, llamada de caducidad de la pretensión punitiva del Estado que impedía la investigación de los hechos denunciados. Esta situación se prolongó por años, los procesos iniciados se paralizaron y solo continuaron, como en el caso de marras, luego que la Suprema Corte de Justicia declaró inconstitucional la citada ley 15.848 permitiendo la instrucción de estas actuaciones. Debe conducirse entonces que, siendo impedida la investigación de un hecho con apariencia delictiva, no puede computarse el plazo de prescripción desde que la inacción judicial no obedeció a desidia ni a desinterés sino a un obstáculo legal que impedía el progreso de las actuaciones. En consecuencia, no es computable el plazo de prescripción mientras rigió la ley de caducidad.

Las recurrentes hacen la observación que esta sede ha tenido como posición constante echar mano a instrumentos internacionales, haciendo luego otras consideraciones acerca de su aplicación-

No resulta necesario recordar que el derecho aplicable no solo es el derecho nacional sino el internacional que el Estado, a través de sus órganos y mediante los mecanismos legales correspondientes ha incorporado por lo que, esta sede no hace más que “echar mano”, como refiere el recurso, al derecho vigente en la República.

En ese sentido, es dable recordar, en relación al tema que nos ocupa, que Uruguay aprobó el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales así como el Pacto de derechos civiles y políticos y Protocolo facultativo por ley 13.751 del 11 de julio de 1969,

En fecha 8 de marzo de 1985, por ley 15.737, se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero antes, como estado miembro de la OEA, Uruguay aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dada en el año 1948.

En el art. XVIII de dicha Declaración se consagra el derecho a la justicia, y es establece que toda persona tiene derecho al acceso a recursos judiciales cuando ha sido víctima de violación de sus derechos humanos. En similar alcance a lo previsto posteriormente por la Convención Americana en su art. 25, este artículo de la Declaración abarca el derecho de toda persona a comparecer ante un tribunal competente, imparcial e independiente, cuando se ha violado alguno de sus derechos, para reclamar la realización de una investigación que determine si ha habido o no violación de sus derechos y a obtener, de ser así resuelto, la correspondiente reparación por el daño causado.

El sistema interamericano ha afirmado en reiteradas oportunidades que no es la mera existencia formal de recursos lo que demuestra la debida diligencia del Estado y el cumplimiento de esta norma referida sino que esos recursos existan y sean efectivos. De tal modo que si un Estado a través de sus órganos correspondientes deja impune violaciones de los derechos humanos impidiendo el pleno ejercicio de los derechos por parte de la víctima, en el caso, a acceder a la justicia para que se dé curso a una investigación seria, imparcial y completa, ese Estado incumple con los deberes positivos que le impone el derecho internacional en materia de derechos humanos, derecho que, como se señalara, el Uruguay ha reconocido desde la firma de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del año 1948 y que los sucesivos instrumentos interamericanos de protección posteriores, entre ellos la Convención Americana y los Protocolos adicionales como otros instrumentos internacionales han desarrollado sobre las mismas bases.

Así, el art. 2do num, 3 literal a) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) y el 25.1 de la Convención Americana hacen referencia al recurso efectivo al que tiene derecho toda persona. Se encuentra dentro de las garantías judiciales indispensables y que no pueden suspenderse bajo ningún aspecto. Por tales garantías debe entenderse aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades de las personas.

El derecho previsto en las normas predichas refiere "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución la ley o la presente Convención" - art. 25.1. A su vez, el PIDCP, refiere en similares términos en la norma mencionada al señalar que toda persona a quien le hayan sido violados sus derechos o libertades, "podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales." Indicando luego que "la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de un recurso judicial"

La Corte Interamericana, en opinión consultiva formulada por nuestro país desarrolla este concepto refiriendo que los estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas de debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la convención a toda persona que se encuentre bajo

su jurisdicción. “según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”, establece como hipótesis de estas circunstancias la falta de independencia del poder judicial, o que éste carezca de medios para ejecutar sus decisiones, o cualquier otra circunstancia que “configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o por cualquier otra causa no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso de justicia “ (Opinión consultiva OC-9/87 del 6/10/87).

Conceptos estos reseñados claramente trasladables a la situación de los denunciantes durante todo el tiempo en que rigió la ley de caducidad. Ha de verse que el derecho de plantear denuncia por presuntas violaciones a derechos individuales no se encontraba prohibida, de hecho las mismas se presentaron durante el correr de los años pero ninguna de ellas pudo sustanciarse en un proceso regular, cumpliendo sus sucesivas etapas hasta llegar a una sentencia de condena o de absolución o de archivo por falta de mérito y ello por cuanto la existencia de otra norma legal, la ley 15.848, impedía el ejercicio de la acción, transformándose esta circunstancia en una barrera al acceso a la justicia. No resulta forzoso concluir que los titulares de las acciones penales entabladas que, mediante aplicación de la llamada ley de caducidad veían paralizado sus procesos judiciales, no les era conferido por el Estado un recurso efectivo para hacer valer sus derechos o denunciar las violaciones de los mismos.

El acceso a la justicia presupone que la “justicia” es impartida a personas, organizaciones o instituciones y que suelen presentarse obstáculos de índole diversa para llegar a ser escuchado y atendido por los operadores de justicia. En toda sociedad civilizada, el Estado debe garantizar a sus ciudadanos la posibilidad de reivindicar la posibilidad de reivindicar sus derechos ante los tribunales, así como también la posibilidad de contar con una defensa adecuada cuando es llamado a responder ante esos mismos tribunales. Esta misma dimensión jurídica del acceso a la justicia es ampliamente reconocida en los textos constitucionales, ya sea de manera indirecta a través del principio de que “todos los habitantes son iguales ante la ley” o de manera más expresa mediante alguna fórmula normativa que garantice el derecho a la tutela efectiva judicial. En la medida que normas internas excluyan a determinados individuos del acceso a la justicia en los términos en que se reseñan, impidiéndoles llevar adelante sus pretensiones, negándoles un recurso efectivo, debe concluirse no solo que el Estado incumplió con su deber general de protección y garante de los derechos individuales negándoles el acceso a la justicia sino que también vulneró normas internacionales que le obligaban expresamente a actuar en tal sentido. No puede olvidarse que las normas internas no pueden invocarse como justificación del incumplimiento de un tratado – art, 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales.

En este contexto, no puede recaer las consecuencias desfavorables del no

ejercicio de un derecho al titular del mismo cuando remover ese impedimento está fuera de la esfera de su decisión. En este sentido, computar plazo de prescripción de una acción que no puede ejercerse es a todas luces incongruente y falta de justicia y no puede ampararse sin vulnerar groseramente normas esenciales de derecho.

A mayor abundamiento, y en el mismo sentido, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso de Gelman vs Uruguay ha sido clara en cuanto a la obligación de investigar que tienen los Estados Parte de las graves violaciones de derechos humanos y de sancionar a sus responsables no pudiéndose excluir el cumplimiento de tal obligación invocando institutos tales como los de prescripción, caducidad, etc. Incluso tales investigaciones no reposan en la voluntad de la víctima sino que corresponde al Estado, en virtud de su poder-deber general de persecución penal, llevar adelante esta actividad independientemente del parecer de la víctima no pudiendo refugiarse, como acaba de señalarse, en limitaciones que fije su propio sistema jurídico para la inobservancia de este poder-deber de persecución.

Pero además, y sin que ello signifique un prejuzgamiento sino solamente un punto de partida para el análisis de los hechos denunciados., casos como el que se investiga en autos pueden calificarse, de conducirse que la muerte de Fernández Mendieta fue producto de un accionar doloso y, dado el contexto de su ocurrencia, cometido desde el aparato del Estado, en forma grave vulneratorio de los derechos humanos más elementales como lo son la vida, la integridad física, la libertad, entre otros.

Citando a Faraldo Cabana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa "...estas actuaciones de órganos del Estado que suponen la utilización perversa del aparato estatal para su puesta al servicio de la violación sistemática y organizada de derechos humanos son también objeto de Derecho Internacional y del Derecho Penal Internacional cuando pueden encuadrarse entre los crímenes contra la humanidad. Eso sucede en el momento en que a la realización de delitos contra bienes jurídicos individuales básicos como la vida, la libertad, la dignidad o la integridad personal se añade el propósito de destruir de forma organizada y sistemática a un grupo identificable de la población con la tolerancia o participación del poder político de iure o de facto".

Por último, las defensas letradas hacen referencia a sentencias judiciales y dictámenes fiscales expedidos respecto -según parece- en casos similares.

Mas allá que la sede desconoce los autos en los cuales tales pronunciamientos se emitieron, no escapa al conocimiento de las recurrentes la independencia técnica que tienen los magistrados, tanto jueces como fiscales, independencia respecto de otros colegas de similar jerarquía o diversa.

Por lo expuesto y lo dispuesto por los arts. 10, 67, 69, 78, 113 y concordantes del C.P.P. se resuelve: no ha lugar a la solicitud de clausura y archivo continuándose con las presentes actuaciones.