

Sentencia N° 1

Mtro. Red. Dr. Rolando Vomero Blanco

Montevideo, 3 de febrero de 2015.-

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia en autos **“Testimonio de autos: Fernández Mendieta, Oscar – Su muerte – Proviene de Expediente IUE-2-21986-2006 “Organizaciones de DDHH – Denuncia contra civiles, militares y policiales – Attes.” - IUE-88-259-2014** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, por la Defensa contra la Resolución N° 163/2014 de 14 de febrero de 2014 dictada por la Dra. Beatriz Larrieu De Las Carreras, con intervención de la Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 5° Turno, Dra. Ana Tellechea Reck y las Defensas de particular confianza a cargo de los abogados Dr. Sergio Fernández, Dra. Rossana Gavazzo y Dra. Estela Arab.-

RESULTANDO:

1) En el citado dispositivo (fs. 564-567), previa sustanciación con la Representante del Ministerio Público (fs. 556-557vto.), la *A-quo* ordenó proseguir *“las presentes actuaciones presumariales”* y en su mérito remitir el

presumario en vista al Ministerio Público "a efectos que se sirva aclarar su petición conforme lo indicado en el Considerando N° 5 de esta resolución".-

2) La denuncia comenzó a sustanciarse a fines del año 2006, a partir de la denuncia por el fallecimiento de Oscar Felipe Fernández Mendieta (fs. 26) ocurrida el mismo día en que fuera detenido (24 de mayo de 1973) un mes antes de producido el quiebre institucional, en el Regimiento de Caballería Mecanizada No. 2 de la ciudad de Durazno, en circunstancias que -según los denunciantes- desmentirían la inocua versión oficial: "La familia logró que el 26 de mayo se realizara una inspección ocular del cuerpo del fallecido, ya que los militares no permitieron que se le realizara una segunda autopsia.- Sin embargo, ésta se realizó igualmente por los Dres. Eduardo Pastor, Edison Scaffo y Carlos Shettini y constataron múltiples hematomas.- Por otra parte, en autos se agregó otro documento importante realizado por el Jefe del Servicio Sanitario de la Unidad que lo firma, Dr. Julio César Rossi Salinas, y dice que la muerte fue infarto de miocardio, y admite que el cuerpo tenía escoriaciones en la cabeza, hombro y hemitórax" (fs. 581).-

En el transcurso de la indagatoria se diligenció abundante prueba documental, por oficio, testimonial, etc. (fs. 212 y ss.), así como se recibió declaración -en calidad de indagados- a varios ex militares: **Juan José Navarro Casanova** (Dr. Sergio Fernández, fs. 310-318); **Aurelio**

Lorenzo Abilleira (Dra. Rossana Gavazzo, fs. 330-333); **Liber Morinelli** (Dras. Rossana Gavazzo y Estela Arab, fs. 337-340); **José Julio Pereyra Duilio** (Dras. Gavazzo y Arab, fs. 341-342); **Daniel Blanco Fenocchio** (también Gavazzo y Arab, fs. 343-345); **Gustavo Aureliano Mieres** (ídem, fs. 346-348); **Alberto Ballestino Valls** (Dra. Estela Arab, fs. 344-352); **Eilen Rodríguez Fernández** (Dra. Estela Arab, fs. 353); **Raúl Carmelo Ramírez** (Dra. Estela Arab, fs. 534-355); **Juan Alberto Saravia Madera** (Dra. Estela Arab, fs. 356-357).-

3) Los Dres. Gavazzo, Arab y Fernández (fs. 381-384), demandaron la “*clausura y archivo de las actuaciones*” en función de los siguientes argumentos: **a)** en el caso, dijeron, se investiga la muerte de una persona ocurrida en mayo de 1973 en una Unidad Militar, que en función de la normativa aplicable (arts. 117 y 123 CP) ha prescrito, en tanto transcurrió con holgura para el delito de Homicidio el término computable más extenso: 26 años y 241 días.- Incluso computando dicho período desde el 1 de marzo de 1985 dicho plazo habría fenecido el 28 de octubre de 2011; **b)** a partir de la promulgación de la ley 18.831 (27 de octubre de 2011) el Estado desconoció el instituto de la prescripción, “*sin tener en cuenta la inconstitucionalidad manifiesta que con dicha ley se incurre*”.- Sus disposiciones por ende no son aplicables para juzgar este caso en tanto coliden con el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal, y se encuentra amparado por la Ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado,

ratificada por dos plebiscitos populares.- Así se lo ha reconocido recientemente por algunos magistrados (Fiscal Enrique Rodríguez, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Pando); c) más allá de la independencia técnica que asiste a nuestros jueces, el derecho es uno sólo y debe ser aplicado con equidad, *“lo cual no se ha respetado en estos procesos que se han iniciado respecto de los hechos acaecidos en el pasado, pues para unos indagados (los militares) los delitos con de lesa humanidad e imprescriptibles ... sin embargo para otros indagados (integrantes de organizaciones subversivas) los delitos prescribieron pues fueron cometidos hace más de 40 años ...”*.- Esto ha implicado la infracción del principio de igualdad; d) discrepa asimismo con los argumentos que echan mano *“a instrumentos internacionales, algunos de ellos sin consagración legal en el Ordenamiento Jurídico Nacional hoy, y todos ellos sin consagración legal a la época de los sucesos que se investigan”*, infringiendo los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal y seguridad jurídica, con lesión, incluso, de la soberanía nacional, en beneficio de una posición internacionalista desconocida por el Orden Jurídico Patrio.-

4) Al evacuar el traslado conferido (fs. 386-389), el Ministerio Público se opuso. Dijo en síntesis: a) no hay disposición legal que imponga al Juez interrumpir la indagatoria de un delito.- Por el contrario, *“lo efectivamente establecido es cumplir con la obligación jurídica que le compete a la justicia en este etapa del proceso, consistente en procurar llegar a la*

verdad de cómo sucedieron los hechos denunciados oportunamente”.- En autos existen dos versiones “sobre la muerte de Fernández Mendieta, aunque ambas coinciden en que se produjo estando detenido en el centro militar señalado, siendo el objeto de esta indagatoria procurar determinar cuál de ellas es la verdadera y valorar las responsabilidades de los aprehensores”; **b)** una de las razones para continuar la investigación consiste en la regla de que “*al justo impedido no le corre el término para la prescripción*”.- Tal como ha sido reconocido en múltiples pronunciamientos, es irrefutable que durante el período de facto, y aún antes del golpe de Estado de 1973, en medio de Medidas Prontas de Seguridad, en cuyo mérito se realizaban múltiples detenciones, como las de autos, hasta el año 1985 las garantías constitucionales estuvieron cercenadas, impidiendo que los órganos judiciales pudieran llevar a cabo este tipo de indagatoria.- Tampoco se pudo investigar estos casos en el año 1985, a causa de la Ley No. 15.848, llamada de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, que otorgó una especie de amnistía a los militares.- Fue a partir de la S.365/2009 de la SCJ en el caso Nibia Sabalzaray que se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la Ley de caducidad y “*se recuperó el verdadero estado de derecho y la posibilidad de avanzar con las denuncias que habían sido archivadas hasta esa época*”.- Por tal razón el plazo para contabilizar la prescripción debe partir desde la fecha de la sentencia (octubre 2009); **c)** delitos

como el que nos ocupa ingresan, además, “en la categoría de delitos de lesa humanidad, que no están sujetos a prescripción porque han sido cometidos por el Estado, por funcionarios del Estado, en el marco de una política de exterminar a una parte de la población”.- Estos delitos son imprescriptibles, en tanto se rigen por lo dispuesto en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las NNUU en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, con entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970, aprobada por Uruguay mediante Ley 17.347 de 5 de junio de 2001.- Dicha Convención es *declarativa*, y afirma un principio que ya estaba vigente con anterioridad a los hechos, por mandato del derecho internacional.-

5) En función de ello se pronunció la Sede *A-quo* (a cargo de la Dra. Mota en ese entonces), que en consonancia con los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público, desestimó la pretensión de clausura, sin que la resolución fuera recurrida (fs. 399-418).-

6) A todo esto siguió la interposición de la excepción de inconstitucionalidad (fs. 420-431) que culminó con el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia N° 480 de 14 de octubre de 2013 (fs. 510-547), que declaró “*inconstitucionales e inaplicables al caso concreto los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831*”.-

7) Acto seguido, vista Fiscal mediante (fs. 556vto.- 557vto.), se dictó la atacada, que dispuso lo que se menciona supra.-

8) La Defensa privada (fs. 571-576vto.) interpuso Reposición y Apelación en subsidio.- En síntesis dijo: **a)** La SCJ al dictar la sentencia que acogió la inaplicabilidad de la Ley 18.831 por contrariar la Constitución, reconoció en forma expresa su aplicabilidad al caso concreto; **b)** Al momento de la promulgación de la Ley 18.831, *“no existían hechos comprendidos en el artículo 1 de la ley de caducidad, para lo que se requería necesariamente un pronunciamiento del Poder Ejecutivo que había sido genéricamente revocado”* (Res. 323/2011).- De ello se infiere que la referencia que la ley mencionada hace a los hechos relacionados en el artículo 1 de la Ley 15.848 *“no es estrictamente formal, sino genérica”*, lo que permite descartar la posición de la Sede *A-quo*; **b)** toda declaración de inconstitucionalidad tiene efectos en la causa en que recae, por tanto no puede, ni debe, modificar situaciones consagradas plenamente con anterioridad; **c)** la posición de la impugnada implica atribuir a una sentencia facultades para determinar el comienzo de un plazo ya transcurrido en su totalidad, pretendiendo modificar las disposiciones legales que rigen en materia de prescripción, sin tener en cuenta que en el Orden Jurídico Nacional la jurisprudencia no es fuente de derecho; **d)** no es acertado sostener que la Ley 15.848 se erigió en un *“justo impedimento”*.- Fue consagrada con todas

las garantías pertinentes, sometida a todos los procesos legales dispuestos para su impugnación, incluyendo dos plebiscitos, y sorteó con éxito el examen de constitucionalidad en diversas oportunidades.- Las causas en cuestión no prosperaron porque el derecho vigente así lo dispuso, y no por otra razón.- Pretender trocar ese natural sometimiento en un impedimento, implica vulnerar el Estado de Derecho; e) la calificación de los hechos como de lesa humanidad -calificación desconocida en el tiempo en que los hechos denunciados pudieron tener lugar- es una trasgresión intolerable desde el punto de vista jurídico, que desconoce *“el Principio de Legalidad, expresamente reconocido en el artículo 10 de la Constitución de la República”*; f) la aplicación del Principio de Legalidad, del que deriva el de Reserva de la ley ... descartaría su aplicación; amén de que colide con las disposiciones elementales referentes a las Fuentes del Derecho.- Sólo la ley es fuente de derecho en nuestro Ordenamiento Jurídico, *“y los “principios reconocidos por la Comunidad Internacional” no están contemplados de manera alguna”*; g) es absolutamente impertinente considerar -cualquiera sea el caso- normas de aplicación excepcional, cual son las que emergen del Estatuto para los Tribunales de Nuremberg, igualmente excepcionales y de dudosa reputación jurídica, en una concepción liberal del Derecho; h) culminó cuestionando la aplicación genérica de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Gelman, en

tanto la jurisprudencia *“solo es aplicable al caso concreto y a ningún otro”*.-

9) Al contestar los recursos (fs. 579-596), el Ministerio Público abogó por su rechazo haciendo extensa referencia a los argumentos ya manejados con anterioridad para oponerse a la pretensión de las Defensas (ver Numeral 4).- Agregó: **a)** 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; **b)** luego de hacer una extensa y detallada reseña de lo que se entiende por delito de lesa humanidad de acuerdo a la noción que brinda el Derecho Internacional, y su carácter imprescriptible, sostuvo que no puede alegarse el principio de legalidad -y su correlato, la irretroactividad de la ley penal- como impedimento para la aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario, *“porque detenta un status superior a la propia*

*Constitución, y en su virtud se prohíben las conductas de lesa humanidad sin que ello pueda soslayarse en modo alguno por el derecho interno”.- Los delitos de lesa humanidad son aquellos que el derecho de gentes o el *jus cogens* ha reconocido como de aplicación universal, y así fueron consagrados a texto expreso en nuestra Constitución.- No se trata entonces de leyes posteriores que transformaron en punibles hechos que en el pasado no lo eran.- Quienes los ejecutaron no podían ignorar que se trataba de conductas ilícitas y punibles en la misma época en que se cometieron, y tampoco lo han dejado de ser ahora; c) la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 26 de noviembre de 1968 entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, aún antes de la ruptura institucional, por lo que menos todavía se puede alegar desconocimiento de su imprescriptibilidad y naturaleza.- A ello siguió la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (3 de diciembre de 1973) que prohibió la sanción de cualquier norma contraria a la persecución y castigo de las violaciones de los Derechos Humanos; d) la sentencia dictada en el caso “Gelman vs. Uruguay”, contrariamente a lo que se sostiene, *“tiene aplicación para el caso concreto, pero también se hace extensiva a aquellos casos que se traten de obligaciones emergentes de principios generales de derecho como los que constituyen las violaciones de los derechos humanos durante el gobierno de facto, basándose en la buena**

fe del cumplimiento de las obligaciones internacionales que los Estados han asumido voluntariamente.- Y todos los órganos del Estado están obligados a eliminar todo obstáculo para efectivizar la realización de las obligaciones internacionales asumidas”, y a ello han quedado sujetos todos los jueces del país, en virtud de lo establecido en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.-

10) La Sra. Juez, por resolución N° 2413/2014, agregada a fs. 630-635, en forma fundada mantuvo la recurrida y franqueó la Alzada.- Sostuvo en lo medular: **a)** Una vez dictada por la Suprema Corte de Justicia la sentencia de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831, corresponde determinar la incidencia de esa declaración en la resolución antes referida.- La decisión recurrida no implica desconocer lo dispuesto por el máximo órgano judicial.- La prosecución de las actuaciones no se fundó en las disposiciones de la referida ley.- Citó jurisprudencia de la Sala (autos IUE-2-53913-2010) en la que se dijo “La clausura no es el pretendidamente lógico corolario (‘cúmplase’) de la desaplicación de los arts. 2 y 3 de la ley 18.831 dispuesta por la Suprema Corte de Justicia en su sentencia N° 212/2013.- No lo es, principalmente, porque la apreciación en la especie de 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 dicha decisión”.- **c)** En cuanto al agravio referido a la Ley 18.831 fue aplicada al

caso de autos antes de ser declarada inconstitucional, debe entenderse –tal como hace la Defensa- que la sentencia 84/2014 la aplicó en forma tácita.- Pero, aún cuando dicha ley haya sido aplicada tácitamente como entendió la Suprema Corte de Justicia, declarando su inconstitucionalidad, la interlocutoria recurrida no desaplica la sentencia N1 84/2014.- Ella dispone la prosecución de las actuaciones por distintos fundamentos.- La norma declarada inconstitucional no es de aplicación necesaria e ineludible.- La prosecución de las actuaciones encuentra fundamento en distintas disposiciones legales y posiciones jurisprudenciales.- Dichas resoluciones adquirieron la calidad de cosa juzgada por lo que corresponde remitirse a ellas en todos sus términos.- d) En cuanto al agravio articulado en los numerales 10 a 13, manifestó que no le corresponde emitir valoraciones sobre la Ley 18.831 y su contenido.- Se limita a reiterar que, de acuerdo a lo señalado en el num. 3 de la recurrida, dicha norma no era aplicable al caso de autos, desde que la sentencia de inconstitucionalidad N° 1.525 del 20 de octubre de 2010 declaró inconstitucionales las disposiciones de la Ley N° 15.848 y por tanto inaplicables al caso de autos).-

11) Franqueada la apelación y recibidos los autos, se pasó a estudio por su orden y se citó para sentencia, acordándose en legal forma (fs. 639 y ss.).-

CONSIDERANDO:

1) La Sala confirmará la recurrida, por coincidir con la *A quo* en el descarte de la prescripción invocada.- La clausura no es el pretendidamente lógico corolario (“*cúmplase*”) de la desaplicación de los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.831 dispuesta por la Suprema Corte de Justicia en su Sent. N° 212/2013.- Ésta tiene declarado que su art. 1° “*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...*” (Sent. 382/2014, Larrioux).

Y según dijera la Sala en fallo citado por la *A quo*, la ocurrencia o no de la prescripción, esto es, su cómputo, atañe a la jurisdicción de mérito. Ello explica que en estos casos no haya mediado pronunciamiento alguno de la Corporación.-

Naturalmente, el resultado al que se arriba, no prejuzga sobre la fundabilidad de la denuncia, ni acerca de la suficiencia de los elementos de convicción alegada a fs. 1071/1094, etc.-

2) Como tiene dicho la Sala en Sent. 313/2013 “*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 como adujo el impugnante: *"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 26/11/1968, 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.- En el caso también lo fue.- Ello se aprecia en la comunicación que la Corporación le hizo al Juez de la causa, informándole que el Poder Ejecutivo, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 3 de la Ley 15.848, consideró que los hechos están comprendidos en lo dispuesto en el art. 1 de la mencionada ley (fs. 344).-

Ley cuya aplicación fue excluida su aplicación por Sent. de la Suprema Corte de Justicia, N° 1.525 de 29 de octubre de 2010 (fs. 187-189).- La Corporación acogió la inconstitucionalidad deducida por la Sra. Fiscal respecto de los hechos investigados en autos 2-21986/2006, entre ellos el presunto homicidio de Oscar Fernández Mendieta (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 N° 1.525/09 de la Suprema Corte de Justicia, que 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) Así lo había señalado reiteradamente el sistema interamericano de derechos humanos, como recordara la Corte IDH en *Gelman*: “...el Comité de Derechos Humanos también se pronunció al respecto en el procedimiento de peticiones individuales y en sus informes sobre países. En el *Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay* señaló que no puede aceptar la postura de un Estado de no estar obligado a investigar violaciones a derechos humanos cometidas durante un régimen anterior en virtud de una ley de amnistía y reafirmó que las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles

con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicando que las mismas contribuyen a crear una atmósfera de impunidad que puede socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos”

“...El Comité también se refirió a la Ley de Caducidad en ocasión de sus observaciones finales realizadas en los años 1993 y 1998. En esas observaciones el Comité señaló que la Ley de Caducidad violaba los artículos 2-3 (derecho a un recurso efectivo a todas las víctimas de violaciones a los derechos humanos), el artículo 7 (tratamiento cruel de las familias de las víctimas) y el artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) del Pacto. También recomendó al Estado uruguayo tomar las medidas legislativas necesarias para corregir los efectos de la ley de Caducidad y asegurar que las víctimas de dichas violaciones tengan acceso a un recurso útil y efectivo ante las instancias jurisdiccionales nacionales” (apartados 206 y 207; de la Sala, Sents.101/2013 y 313/2013).-

Por ende, cuestionar que la Ley de Caducidad obstaculizó -en mayor o menor medida, según sucesivas etapas de su aplicación o interpretación- la averiguación y el enjuiciamiento de militares responsables, desconocería un antecedente lógico necesario de la cosa juzgada nacional e internacional. Aquí, la Suprema Corte de Justicia (Sabalsagaray) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Gelman), han coincidido.-

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, 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

2020
10
10



Dr. Alberto Reyes Oehninger
Ministro



Dra. Margarita Echenique
Secretaria