

00048

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA:

ANTECEDENTES PROCESALES

1) En estos autos, caratulados: “F. M. DEL I. DENUNCIA. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY N.º 19.550” IUE 253-85/1986, la defensa de M. R. y N. F., peticiona la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley N.º 19.550 (fs. 1217 a 1231 vta.).

El Juez Letrado de Primera Instancia de Flores de 1º Turno dispuso la suspensión de los procedimientos, y la elevación de los autos a la Suprema Corte de Justicia, por Decreto N.º 1017 del 25/10/18 (fs. 1233).

La Corporación, por R. 3449 del 21/11/18 (fs. 1242), dispuso conferir traslado al Sr. Fiscal Letrado Nacional Especializado en Crímenes de Lesa Humanidad, quien solicitó que se desestime la pretensión de inconstitucionalidad deducida (fs. 1247-1266).

Y con fecha 5/2/19 (fs. 1269), la Corporación le confirió vista a esta Fiscalía, la que se efectivizó en la misma fecha (fs. 1269 vta.).

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

Los artículos dos y tres de la ley 19.550 son inconstitucionales por contradecir los artículos 7, 8, 10, 12, 19 y 168 de la Constitución de la República.

La ley 19.550 se comporta como un mensaje político partidario, revestido de ley, adquiere eficacia normativa. Mediante un drástico cambio en la competencia funcional de las fiscalías del país el partido político en Gobierno logra direccionar las decisiones en el ejercicio de la pretensión

punitiva del Estado, que se encuentra de modo exclusivo y excluyente, a cargo de las fiscalías como parte actora en materia penal. Lo hace para ciertos casos específicos del pasado. Y lo hace con un sentido explícito y claramente predeterminado. Se consuma, así, una indebida intrusión ideológica y proselitista de un partido político en aquellas decisiones que deben corresponder a un ejercicio autónomo y objetivo del Ministerio Público y conforme a un debido proceso legal. Es decir, con este cambio de competencia de las fiscalías del país, sin tapujos, se manipula la acción punitiva del estado ante el Poder Judicial.

Es una ley a la medida, para casos concretos del pasado y una motivada en una exclusiva, específica y pretérita situación política.

Abdica expresamente de ser aplicable a hechos futuros. A contrario, ostentando su manifiesta animadversión, recorta su eficacia exclusivamente a ciertas personas y a un período determinado del pasado, renunciando a ser aplicable a toda otra hipótesis similar que haya ocurrido en ese mismo pasado, contemporánea o que acontezca con posterioridad a su vigencia. Resulta, por tanto, una ley discriminatoria al grado de la hostilidad bélica. Viola el axioma de igualdad ante la ley, contradice la necesaria raíz democrática de toda ley y condiciona o restringe, en forma arbitraria, el acceso igualatorio a la Justicia.

Con la ley 19.550 asistimos a una verdadera *hostis indicatus*, es decir, a la creación legal de una situación jurisdiccional excepcional, que provoca la suspensión de los derechos procesales de un conjunto de personas: aquellos enemigos que el poder político en dominio ocasional del Estado identifica.

La ley institucionaliza una "única Fiscalía", con una "política única de persecución" y "con una estrategia a la medida". Instauro un Magistrado único, dependiente de otro Magistrado único, el Fiscal de Corte, autor del anteproyecto de la ley en cuestión, a su vez, dependiente del poder Ejecutivo de turno, que mandata una política de persecución "a la medida".

La ley 19.550 es una ley de exclusiva eficacia retroactiva. Si las leyes en principio y en un Estado de Derecho, no pueden ser retroactivas, pues, así concebidas, violentan el axioma de libertad (art. 10 de la Constitución de la República), puede inferirse que la ley 19.550 es una verdadera anti-ley. En la medida que la ley 19.550 es una ley de eficacia exclusivamente retroactiva, cabe concluir que con ella el quebrantamiento del derecho de libertad es aún más grave.

La ley 19.550, no es una ley general y abstracta. Que una ley revista esas características, como principal expresión de la Soberanía Nacional, o sea, de la voluntad general y abstracta del Pueblo, es una exigencia básica e imprescindible que hace a todo Estado de Derecho, republicano y democrático (arts. 4, 7, 8, 72, 77 y 82 Constitución de la República). Al considerar que el número de sujetos a los que va dirigida una ley siempre debe ser indeterminado, lo que se exige, en todo Estado de Derecho, republicano y democrático, es que, además del axioma de la libertad individual, funcione el principio de igualdad ante la ley (arts. 8 y 9 Constitución de la República).

La ley cuestionada es una ley singular: dictada para asegurar en forma selectiva y discriminatoria la persecución penal de determinadas personas. Al mismo tiempo, crea un estatuto de privilegio para aquellos que excluye de la persecución, hacia el pasado y hacia el porvenir.

El art. 19 de la Constitución de la República impide de manera radical que el Estado pueda crear órganos especiales o condescendientes con las posturas de los gobernantes de turno. Repudia que se someta a una persona a la autoridad de un Magistrado o conjunto de Magistrados, creados post facto y exclusivamente para la persecución regresiva estatal contra persona o personas determinadas y en relación a supuestos hechos del pasado.

Esta garantía de la prohibición de los juicios por comisión, integrante en las garantías del debido proceso legal, tiende a asegurar a toda persona la imposibilidad de que se pueda manipular desde el poder político su libertad individual. Se trata de un corolario del derecho a la libertad (arts 7 y 10 de la Constitución de la República).

Por vía indirecta u oblicua, con la creación de la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad, se articula un juicio por comisión, encubierto o disimulado. Se instaure una fiscalía comisionada, con el encargo o la misión de encarar la persecución de determinados casos judiciales pendientes.

Las leyes de competencia o de modificación de competencia no pueden tener eficacia retroactiva, no pueden ser aplicables a causas pendientes. Adviértase que la ley 19.550 crea una "única Fiscalía", a la cual el adjudica una competencia específica de asuntos del pasado, competencia que extirpa de la que ya estaba asignada a las fiscalías del país. La motivación manifiesta, arriba comentada, de querer mudar y atribuir competencia legal aun nuevo órgano para que ejerza cierta pretensión punitiva del Estado y "para mejor perseguir" casos judiciales específicos pendientes, emplaza a la fiscalía crada en la situación de una comisión especial prohibida constitucionalmente.

La ley 19.550 configura la violación de la autonomía técnica de los Magistrados del Ministerio Público, prevista en la Constitución de la República (art. 168 N° 13) Cuando se crea una fiscalía única para que su soporte siga una específica y preconcebida política criminal de persecución penal hacia ciertos asuntos judiciales pendientes del pasado, y si se elige para dicho soporte a un fiscal con pre-ordenadas convicciones en tal sentido, es evidente que se busca direccionar o manipular subjetivamente el comportamiento del Ministerio Público. Nula objetividad podrá esperarse del fiscal comisionado. Se conculca todo atisbo de autonomía o de independencia.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

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

Las actuaciones presumariales se originan en la denuncia formulada por R. L. y D. R., representantes de la F. M. del I., contra el medico Dr. N. F., por su participación como médico militar en tratamientos crueles, inhumanos y vejatorios contra los detenidos.

En el marco de la instrucción realizada, fueron citados, entre otros M. R. y N. F., los cuales se presentaron peticionando la clausura y archivo de las actuaciones (fs.140-141).

La solicitud fue rechazada por la Sra. Juez (fs. 143 vta), recurriendo este decreto los indagados con recurso de reposición y apelación en subsidio (fs. 146-156).

La Sede mantuvo la recurrida (fs. 169-171), y elevo las actuaciones al Tribunal, el cual confirmo la sentencia recurrida (fs. 186-188).

La defensa de los indagados, plantea excepción de inconstitucionalidad contra la ley 18831 (fs. 348), el cual es desestimado por la Corporación, por sentencia N.º 335/2015 (fs. 453-461).

La Fiscalía peticionó el procesamiento de M. R. y N. F., (fs. 1069-1092), disponiendo la Sede la citación de los mismos a la audiencia prevista en el art. 126 CPP (fs. 1093).

Los indagados plantean entonces la declaración de inconstitucionalidad contra la ley 18831 (fs. 1120-1130), la que fue desestimada por la Corporación por sentencia N.º 657/18 (fs.1179), planteando entonces su defensa, la inconstitucionalidad en vista.

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 por qué 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 el recurrente detenta 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. 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, entre 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).

Claría 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. (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 entonces, 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 "capitu diminuti".

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

En efecto, 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 con competencia en materia penal cuya competencia resulta atribuida por las leyes especiales respectivas.

ii.- 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 igual-

mente 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: *"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 consisten 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 apreciarse 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 le-*

gisle 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, injusta o caprichosa, o arbitraria.

En primer lugar, cabe puntualizar que 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

participes 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.

iii.- 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

presente 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, irretraactividad 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.

iv.- Art. 168 nal 13 de la Constitución

El excepcionante afirma que las normas cuestionadas vulneran la autonomía técnica de los Magistrados del Ministerio Público, prevista en el art. 168 nal. 13 de la Carta, el cual dispone: *“Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, corresponde:....*

13) Designar al Fiscal de Corte y a los demás Fiscales Letrados de la República, con venia de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente en su caso, otorgada siempre por tres quintos de votos del total de componentes. La venia no será necesaria para designar al Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, ni los Fiscales de Gobierno y de Hacienda”.

Pues bien, la afirmación que efectúa el recurrente resulta errónea puesto que esta norma constitucional ni ninguna otra del mismo rango, consagra la independencia técnica de los Fiscales, sino que la misma surge por imperativo legal.

Como sostuvo el suscrito en dictamen N.º 4381/15: *“Sin lugar a dudas, la actual Fiscalía General de la Nación, es una institución muy singular, olvidada en los textos constitucionales, lo que ha contribuido a la*

confusión orgánica y funcional que se ha hecho patente a lo largo de los años, desde su creación.

En efecto, al analizar la Constitución, podemos advertir que la principal referencia al Fiscal de Corte, es el numeral 13 del art. 168, que preceptúa que deben existir pluralidad de agentes de esta naturaleza y la forma en la cual serán designados..” (..).

“Con excepción de las referencias al Ministerio Público o Fiscal en los arts. 235 num. 3, 236, 242 num. 3 y 246, que refieren a la antigüedad para poder ser miembro de la Suprema Corte de Justicia, a la eventual designación automática de los miembros de ésta, a la antigüedad en el Ministerio Público y Fiscal para poder ser designado juez letrado o miembro del Tribunal de Apelaciones, y a la vista necesaria del Fiscal de Corte para trasladar de cargo o de lugar a un juez letrado, nada más hay en la Constitución sobre el Fiscal de Corte (Cf. Héctor Gross Espiell. Sobre la autonomía e independencia técnica e intelectual del fiscal de corte y de los otros fiscales integrantes del Ministerio Público y Fiscal y sobre la inclusión orgánica de éste en el Poder Ejecutivo. Revista de Derecho Público N° 36, pag. 10).

El ex Fiscal de Corte Guido Berro Oribe, afirmaba con meridiana claridad, que "la explicación sólo podría estar en que aparece colocado frente a los Poderes constituidos. Es el órgano de la sociedad misma, anterior al estado y que subsiste después de organizado éste, teniendo por misión, precisamente, defender sus derechos primordiales y el recto funcionamiento de aquel, todo de acuerdo a la propia Constitución que la Sociedad se ha dado". (Cf. Ministerio Público, Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado. En Rev. de Derecho Jurisprudencia y Administración Tomo 62 pag 78). ”.

Y es así entonces, que la independencia técnica de la cual gozan los fiscales, actualmente se encuentra consagrada en la ley Orgánica de la Fiscalía General de la Nación, N° 19.483, que en su art. 5 dispone: “*(Principio de independencia técnica). - Los fiscales gozarán de independencia técnica en el ejercicio de sus funciones, la que consiste en el derecho a no recibir órdenes ni recomendaciones de parte de ningún jerarca de la institución ni autoridad ajena a la misma, para proceder de una determinada manera en cada caso concreto*”.

En concordancia con esta norma, el art. 46 del CPP, establece: “*(Independencia técnica). El Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación y los Fiscales Letrados, actuarán con absoluta independencia en el ejercicio de su respectiva competencia y en el plano técnico.*”

El Ministerio Público no recibirá órdenes ni directivas provenientes de ningún Poder del Estado, si perjuicio de la superintendencia correctiva y administrativa que le compete al Fiscal de Corte”.

Por otra parte, la Corporación en sentencia 155/16, sostuvo que el art. 168 nal. 13 de la Carta, no consagra la independencia de los fiscales: “*IV) En cuanto a la transgresión de la independencia de los fiscales que surge del art. 168 nal. 13) de la Constitución, los Sres. Ministros que componen la Suprema Corte de Justicia entienden que la argumentación de la excepcionante no resulta de recibo, y también llegan a esa conclusión por distintos fundamentos.*”

IV.1) Los Sres. Ministros Dres. Larrieux y Pérez Manrique ponen de relieve que dicha norma constitucional establece la forma de designación del Fiscal de Corte y “los demás Fiscales Letrados de la República”, por lo que no advierten de qué forma la disposición legal

impugnada puede colidir con la Carta. Ello, por cuanto refiere a la forma de designación de los fiscales y deja a salvo su independencia técnica.

IV.2) El Sr. Ministro Dr. Chediak destaca que no es correcto el razonamiento del excepcionante cuando afirma que, al haber un Fiscal General de la Nación, debe entenderse que existen fiscales delegados. (...)

IV.3) Por su parte, los Sres. Ministros Dres. Hounie y Martínez entienden que la supuesta infracción del art. 168 nal. 13) de la Constitución de la República es manifiestamente infundada.

Tal norma no establece el alegado principio de independencia técnica de los fiscales, según lo que surge de su tenor literal:

"Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: (...) 13) Designar al Fiscal de Corte y a los demás Fiscales Letrados de la República, con venia de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente en su caso, otorgada siempre por tres quintos de votos del total de componentes. La venia no será necesaria para designar al Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, ni los Fiscales de Gobierno y de Hacienda".

Es de una claridad meridiana que el artículo 168 nal. 13) de la Constitución se limita a regular la forma de designación de ciertos integrantes de la hoy llamada Fiscalía General de la Nación, atribuyendo tal competencia al Poder Ejecutivo. No es posible concluir, ni aun bajo el más laxo de los cánones interpretativos, que lo dispuesto en el art. 168 nal. 13) de la Carta consagre el principio alegado en la excepción; es más, tampoco puede

sostenerse seriamente que consagre algo distinto de lo que surge de su texto (una simple atribución de competencia)." (Cf. Sentencia 207/16, 852/17).

Cabe puntualizar por otra parte, que los artículos de la norma legal resistida, disponen la competencia de la Fiscalía Especializada en Crímenes de Lesa Humanidad (art. 2), y que las causas penales referidas a las violaciones de Derechos Humanos ocurridas en el período señalado en la Ley 18.596, serán remitidas a esa Fiscalía en el estado en que se encuentren (art. 3).

En consecuencia, no puede sostenerse ni aún bajo el más laxo canon interpretativo, que allí se consagre una vulneración de la independencia técnica de la cual goza el titular de dicha Fiscalía -reiteramos- por imperio legal.

La defensa abona su afirmación de que se vulnera este principio, en el hecho de que el soporte designado para ejercer la titularidad de esa fiscalía, seguirá una específica y preconcebida política criminal de persecución penal hacia ciertos asuntos judiciales pendientes del pasado, y que el mismo cuenta con pre-ordenadas convicciones en tal sentido, buscando direccionar o manipular subjetivamente el comportamiento del Ministerio Público.

Tales afirmaciones, en realidad constituyen meras especulaciones en cuanto a las condiciones personales de quien en la actualidad detenta la titularidad de esta Fiscalía, especulaciones que, además de carecer de sustento, de modo alguno pueden dar fundamento a un recurso de la naturaleza que se dirime en esta instancia.

CONCLUSIÓN

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

Montevideo, 20 de febrero de 2019

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