

Sres. Ministros del Tribunal de Apelaciones Penal de 2º turno.

El Fiscal Letrado Nacional especializado en crímenes de Lesa Humanidad se presenta en los autos “MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA DENUNCIA” IUE 316-10015/1987, a los efectos de interponer recurso de casación contra la sentencia N.º 10/2020 de fecha 11 de Marzo del 2020, y a los Sres. Ministros DICE:

I.- La sentencia en consideración, fue notificada electrónicamente a ésta Fiscalía, el día 13 de Marzo de 2020, por cedulón N° 149/2020.

II.- Con posterioridad a dicha notificación -en virtud de la emergencia nacional decretada por el gobierno- la Suprema Corte de Justicia, el día 16 de Marzo de 2020, por resolución N° 12/2020 declaró “*inhábiles los días desde el 14 de marzo hasta el 3 de abril inclusive del corriente año; ergo se hallan suspendidos los plazos procesales...*”.

En tanto, por Resolución N°23/2020 de fecha 2 de Abril del 2020, la Suprema Corte de Justicia resolvió declarar “*... inhábiles los días comprendidos entre el 4 y el 30 de Abril de 2020 inclusive...*”

Por último, por Resolución de la S.C.J. N° 29/2020 de fecha 30 de Abril resolvió entre otras cosas “*Dispóngase que la Feria Judicial Extraordinaria cesará el 15 de mayo*” ... “*A partir del 11 de Mayo y hasta el 15 de Mayo de 2020, las sedes judiciales recibirán los escritos que presenten las partes a los solos efectos de cumplir los actos procesales cuyo vencimiento –de no mediar inhabilidad de los días- hubiera acaecido o acaezca en el período comprendido entre el 14 de marzo y el 15 de Mayo de 2020*”.

En razón de ello, comparece en tiempo y en forma para impugnar la sentencia referenciada.

III.- Mediante la atacada se procedió a confirmar el decreto N.º 379/2019 de fecha 13 de Septiembre del 2019, dictado por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Fray Bentos de 3er. Turno.

Lo debatido en su momento, fue la reapertura de la presente causa, motivada en la solicitud de la cónyuge y el hijo del Dr. Vladimir Roslik.

Ante dicha solicitud, la Sede de primer grado resolvió “*A lo solicitado no ha lugar por resultar procesalmente improcedente. Oportunamente, vuelvan al archivo. Notifíquese.*”

En tanto, el Ad quem, tras fundamentar su posicionamiento en el instituto de la cosa juzgada concluyó, “*Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido en los artículos 245 y siguientes del Código del Proceso Penal (Decreto Ley 15.032) y normas de derecho internacional citadas el Tribunal Falla: Confirmase la sentencia de primera instancia. Oportunamente devuélvase a la sede de origen.*”

IV.- En el sub lite, nos encontramos frente a la hipótesis prevista en el art. 269 del C.P.P. puesto que la atacada se encuentra dentro de las sentencias que ponen fin a la acción penal. Por tanto, resulta posible de ser revisada en casación.

V.- Este pretensor, entiende que existen razones ostensibles que lo obligan a interponer el presente recurso, por cuanto no quiere avalar con su silencio una decisión que a su criterio es jurídicamente desajustada e intrínsecamente injusta.

Para ello, dividirá los fundamentos del recurso, en tres grandes bloques temáticos.

- a.- Las razones históricas que lo movilizan.
- b.- La refutación del temperamento desarrollado por el Ad Quem.
- c.- El conjunto de normas jurídicas vulneradas por el Tribunal.

RAZONES HISTÓRICAS

Este representante de la causa pública, es consciente que todos los casos a los que se enfrenta, se deben asumir con el mismo compromiso, y por ende -desde la legalidad y objetividad- aplicar toda su energía y conocimiento, en pos de resolverlos de la mejor manera.

No obstante, en su condición de ciudadano de éste país y que tuvo la oportunidad de vivir lo acontecido en el presente caso, es también consciente que de forma alguna se lo debe tratar como cualquier otro.

Es que no se puede soslayar la dimensión histórica del hecho que nos convoca.

Pues, nos enfrentamos a uno de los hechos más deleznable del pasado reciente. Habida cuenta que, si en la dictadura cívico-militar que gobernara el país, se cometieron hechos extremadamente aberrantes por los agentes del Estado encaramados en el poder (desapariciones forzadas, muertes por torturas, tormentos de distinta naturaleza, abusos sexuales hacia los detenidos, apropiaciones de niños etc. etc) el presente, por distintos aspectos que lo rodean, alcanza el paroxismo del horror vivido en esos años.

Y ello, por la persona de que se trata, por el hecho en sí, por el momento histórico en que se produjo y finalmente por los motivos que habrían guiado a sus responsables.

Aún cuando resulta de perogrullo señalar que todas las víctimas son iguales y se debe actuar de la misma manera, no se puede pasar por alto que:

1.- el Dr. Wladimir Roslik Bichkov, al momento de su asesinato, se desempeñaba como médico de Medicina General en la colonia San Javier del Departamento de Río Negro.

2.- Se encontraba vinculado al Partido Comunista del Uruguay y al Frente Amplio, y por ende era un opositor al régimen imperante. No obstante, no cometió delito alguno que motivara su detención, ergo, ésta se produjo por pensar distinto a quienes en forma ilegítima ostentaban el poder.

3.- Bajo tales premisas, el día 14 de Abril de 1984, Roslik fue detenido por personal militar dependiente del Batallón de Infantería N° 9, a donde fue trasladado por la fuerza.

4.- En dicho lugar, fue sometido a diversos apremios físicos y como consecuencia de estos falleció el día 16 de Abril de 1984. Bajo dichas circunstancias, se convirtió en el último muerto de la dictadura.

5.- En esos momentos, el Uruguay vivía un momento de euforia por la cercanía del retorno a la Democracia.

Había pasado el Plebiscito del 30 de Noviembre de 1980, por el cual la mayoría de la población se opuso a la Constitución propuesta por la dictadura cívico-militar. También, las elecciones internas de los partidos políticos habilitados, del 28 de Noviembre de 1982, así como el “río de Libertad” del 27 de Noviembre de 1983 donde alrededor de 400.000 personas se reunieron para expresar su contrariedad al régimen de facto.

Pese a que aún se mantenía la dictadura, los sindicatos, los gremios estudiantiles, las organizaciones sociales y los partidos políticos se reorganizaban para la vuelta a la Democracia.

6.- Tras ello, la pregunta que se hace la Sociedad en general y las víctimas en particular es ¿por qué se produjo la muerte del Dr. Roslik en ese momento histórico del país en que todos nos aprestábamos para el retorno a la Democracia?

En resumidas cuentas, un hecho de ésta envergadura histórica, no puede quedar sin investigar, juzgar y eventualmente condenar a sus responsables. En otras palabras, no puede quedar impune.

Este conjunto de razones -unidas obviamente a las jurídicas que se desarrollaron infra- son las que movilizaron y movilizan especialmente a éste promotor público a tomar los caminos que ha asumido.

REFUTACIÓN DE LA RATIO DECIDENDI DE LA IMPUGNADA

La línea argumental de la atacada, en lo que refiere a sus CONSIDERANDO, y en especial en su capítulo de HECHOS QUE SE DEBATE EN AUTOS, se desarrolla en 9 numerales.

De ellos, los tres primeros no generan cuestionamiento alguno, por cuanto solo describen el derrotero procesal.

Por tal motivo, se detendrá en los restantes, y a los efectos de mantener una lógica discursiva, tomará en consideración los numerales a los que refiere la hostilizada.

4.- Aproximación al tema y justificación de su postura.

En el presente numeral, la impugnada centra el eje de su temperamento en la aplicación estricta de la cosa juzgada y la eventual conculcación del principio de non bis in idem.

Una vez ello, ensaya una suerte de justificación de su resolución, que a criterio de la Fiscalía resulta desacertada en lo jurídico e incomprensible desde una dimensión humana.

En efecto.

a.- En primer lugar destaca *“El estudio de la causa lleva al Tribunal a compartir las conclusiones de la a quo, en tanto considera que ha operado en la especie la cosa juzgada como se ha dispuesto en la sentencia N° 125 de ésta Sala de fecha 15 de Mayo del 2014 (fs.466 a 492) y por consecuencia no se puede reabrir la misma sin violentar el principio de non bis idem”*.

Tras ello, transcribe la parte resolutiva de la sentencia N° 125/14 del mismo Tribunal.

Sobre el punto, reiteramos los cuestionamientos efectuados al momento de atacar la resolución de la A quo N° 379/2019. Habida cuenta que dicho tópico tampoco fue resuelto por la actual impugnada.

En dicha instancia señalamos que la A quo mantuvo el archivo de las actuaciones al sostener que existió cosa juzgada. No obstante, no se detuvo en algunos puntos básicos.

En primer lugar, que estamos en un Presumario, y si bien éste puede finalizar con una resolución de archivo, la misma es por esencia provisoria.

Ello, por cuanto no se alcanza una resolución definitiva sobre el fondo.

En tal sentido, se debe tener presente que el art. 112 del C.P.P. establece que el Presumario finaliza con la *“providencia que disponga el archivo de los antecedentes por falta de mérito para procesar”*. A sensu contrario, mientras haya medidas probatorias pendientes, no podrá disponerse el archivo.

Por ello, generalmente tales archivos se disponen con la muletilla *“sin perjuicio de ulterioridades”* desde que cualquier hecho nuevo que se presente pueda permitir su reapertura.

A poco que se analice el **decreto N° 379/2019** de la Sra. Juez de primer grado, se verá que ésta plantea precisamente la hipótesis referenciada supra.

Pues, al respecto señaló “*A fs. 515 con fecha 2 de Agosto del 2018, comparece M.C.Z. solicitando la continuación del presumario y el correspondiente desarchivo, presentando hechos nuevos a título de ampliación de denuncia original, ofreciendo nuevos medios probatorios*”.

Por tanto, desde ésta perspectiva existen razones de peso para el desarchivo, y por ende, la pervivencia de las actuaciones. Pues, si se considera que se han presentado “*hechos nuevos*” no se comprende cómo no se ordenó la reapertura de la causa.

En segundo lugar, quien dispuso el archivo no fue el Tribunal (quien resolvió lo atinente a la cosa juzgada y a la prescripción) sino la Juez de primer grado. (fs. 509) por lo que mal puede sostenerse que exista cosa juzgada por cuanto no se interpuso el correspondiente recurso de casación.

Por otra parte, en la instancia de primer grado y aún en la revisión del Ad quem, no fueron consideradas las puntualizaciones que realizó la Fiscalía especializada en el capítulo ARCHIVO DISPUESTO EN AUTOS Y SENTENCIA DEL TAP 2º TURNO de su dictamen N° 245 de fecha 17 de Diciembre de 2018.

Pues, allí se especificó que no quedaba nada claro sobre que delitos había dispuesto el Tribunal la prescripción, habida cuenta que éste no lo especificó. En efecto, en la sentencia N° 125/2014 el Tribunal resolvió que “*b) existió cosa juzgada respecto de S.C. por haber sido condenado por el delito de homicidio; y c) declarando la prescripción de los restantes hechos que integran la presente causa*”.

Lo resuelto sobre la cosa juzgada en relación a C. resulta claro. No obstante, no podemos señalar lo mismo en lo que refiere a la prescripción, por cuanto el Tribunal fue muy poco preciso.

Pues, en lo atinente a la prescripción ¿qué debemos entender por los “*restantes hechos que integran la presente causa*”?

Al respecto, se debe tomar en consideración que las presentes actuaciones se iniciaron a partir de la denuncia del Ministerio de Salud Pública contra el Dr. E.S.P. De allí, la carátula que se le adjudicó a los presentes “MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA DENUNCIA”.

En tanto, dicha denuncia fue por los delitos de omisión de los funcionarios a proceder a denunciar los delitos (art. 177 del C.P.) encubrimiento (Art. 197 del C.P.) y falsificación material de documento público (art. 236 del C.P.) Todo ello en relación a los galenos que interviniieran en ocasión de la muerte de Roslik.

Luego, perfectamente se puede inferir que el Tribunal se expidió únicamente sobre la prescripción de los hechos motivo de la denuncia, empero, no sobre el delito de Homicidio en sí. Por lo menos ello no fue especificado, por lo que mal puede realizarse una interpretación tendiente a obstaculizar la investigación de tan aberrante hecho y con ello obturar la reapertura de la causa.

b.- No obstante, el numeral concluye con una justificación de su proceder, que con los respeto del caso, resulta incorrecto en lo jurídico e insondable en lo humano.

En efecto, por un lado el Tribunal sostiene que es notorio que S.C. fue condenado en el período democrático y pese a ello “*no se impugnó pudiendo hacerse*”.

Asimismo, resalta que se efectuó “*un juicio reparatorio ante el Juzgado de lo contenciosos Administrativo por parte de sus familiares*”.

Y en definitiva concluye, “*Por lo que ambos extremos se han cumplido: juicio y condena para C., sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y una acción reparatoria patrimonial hacia su familia.*”

Vayamos por parte.

El Tribunal en ningún momento destaca un hecho muy significativo.

C., no fue condenado por un Tribunal civil en cumplimiento de un debido proceso.

El indagado C., fue juzgado por la “justicia militar”, es decir por sus pares, y corolario de ello, condenado a una pena irrisoria. Adunase a ello, que cumplió una preventiva aún más insignificante para la extrema gravedad del entuerto perpetrado.

El punto fue tratado expresamente en el dictamen fiscal N° 245 (capítulo COSA JUZGADA Y COSA JUZGADA APARENTE O FRAUDULENTA). No obstante, en la medida que ni la A quo, ni el Ad quem lo tomaron en consideración lo reitera en éste acto.

En efecto, el entonces Mayor S.H.C.B. fue condenado por el Juez Militar de 1era Instancia de 2º turno, el Coronel Av. O.V., como “*autor responsable de los delitos de ataque a la fuerza moral de las fuerzas armadas por abuso de autoridad (CPM art. 58 num. 9º) y Homicidio Culpable (CPO art. 314) cometidos en concurso material (CPO art. 54) a la pena de dos (2) AÑOS DE PENITENCIARÍA, con descuento de la preventiva sufrida*” (fs. 351 vto. en la causa 23/84).

Pese a ello, C. solo cumplió una preventiva de cuatro (4) meses y dieciocho (18) días. (ver fs. 342 vto. y 353 en causa 23/84)

Huelga resaltar que de forma alguna se puede imputar un Homicidio culpable, desde que, conforme a lo previsto en el art. 18 del C. Penal solo es posible transitar dicho camino cuando nos encontremos frente a un hecho “*en sí mismo jurídicamente indiferente se deriva un resultado que pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia...*” . Y evidentemente ello no ocurrió, desde que los apremios a los que fue sometido Roslik no eran precisamente hechos jurídicamente indiferentes, sino todo lo contrario, al constituirse en acciones delictivas per se.

En resumidas cuentas, ante un hecho de extrema gravedad como fue la muerte del Dr. Vladimir Roslik como consecuencia de los apremios físicos a los que fuera sometido, el imputado fue condenado por un Tribunal Militar

(sin tomar declaración a los restantes detenidos, ni a los familiares) por un Homicidio culpable, a una pena de 2 años de penitenciaría y de ésta solo cumplió 4 meses y 18 días de reclusión.

De esa forma, la situación de autos se aadecua plásticamente a lo que la doctrina reconoce como cosa **juzgada aparente o fraudulenta** y con ello se habilita la obligación para los magistrados de su desconocimiento. Punto que será analizado en el capítulo FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN.

No obstante, volvamos sobre los cuestionamientos.

La atacada justifica su actuación en el hecho que la condena de C. “*no se impugnó pudiendo hacerse*”.

La pregunta que nos hacemos es ¿Quién podía impugnarla?

Obviamente, no podían hacerlo las víctimas, quienes recién hoy a partir de las leyes 18.026 y 19.293, son sujetos procesales. Tampoco podía impugnarla el Ministerio Público (civil u ordinario) que no fue parte en el Proceso. Pues, en dicha instancia solo actuó un fiscal militar que era parte de todo el círculo de actores que daban apariencia de legitimación a una justicia que no era tal.

Por ello reiteramos ¿Quién pudo impugnar tal sentencia?

Por último, en forma absolutamente innecesaria la hostilizada mezcla el aspecto penal, con lo acontecido en la Justicia contenciosa administrativa, al sostener “*se realizó un juicio reparatorio ante el Juzgado de lo Contenciosos Administrativo por parte de los familiares*”.

¿Qué vínculo tiene una cosa con otra?

¿Desconoce el Tribunal la independencia de las acciones conforme a la Ley 16.162?

¿O es que se quiere decir que como las víctimas fueron resarcidas económicamente por el Estado por su responsabilidad en la muerte del Dr. Roslik, carecen del Derecho de acceder a la Verdad y a la Justicia?

Por ello, Gros Espiell, preocupado por la impunidad reinante en éstos países tras el retorno democrático, entre otras cuestiones atinentes a aquella afirmó, “*No deben esos criminales impunes, contemplar como la cuestión se reduce al pago de una indemnización a las víctimas por parte del Estado, cuando el asunto llegue a ser objeto de una decisión internacional*”. (Héctor Gros Espiell Responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal individual en la protección internacional de los derechos humanos en Revista Derecho Universidad de Montevideo año 3 N° 6 año 2004 pág. 16).

5.- Cosa juzgada.

En el presente numeral, la sentencia realiza dos citas del eximio Couture, que por cierto éste pretensor no cuestionará.

Lo que cuestiona, es si dichas citas aplican al *sub causae*, si tienen un correlato normativo y si dicho instituto es de recibo en materia de crímenes de Lesa Humanidad.

Puntos que se analizarán en los siguientes numerales.

No obstante, no puede pasar por alto lo señalado por el propio Couture en una de las obras citadas por el Tribunal.

Pues, el destacado profesor nacional, al estudiar la naturaleza de la cosa juzgada destacó, “*Es verdad que en el sistema del derecho la necesidad de certeza es imperiosa; el tema de la impugnación de la sentencia no es otra cosa, como hemos procurado destacar, que una lucha entre exigencias de verdad y las exigencias de firmeza. Una manera de no existir el derecho sería la que no se supiera nunca en qué consiste. Pero la verdad es que aún siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre en presencia de una nueva prueba o de un hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse de nuevo el camino andado para restablecer el imperio de la justicia*”. (Eduardo J. Couture Fundamentos del Derecho Procesal Civil ed. Depalma Buenos Aires año 1976 pág. 406)

Y más adelante concluyó “*La cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia política*”. (Fundamentos ob. cit. Pág. 407)

6.- Inconstitucionalidad de la Ley 18.831, Doctrina de los actos propios.

El presente numeral resulta el punto central de la línea argumental del Ad Quem. Habida cuenta que -más allá de tratar puntos tangenciales- lo medular de su temperamento se focaliza en la vulneración del principio Non bis in idem.

No obstante, los cuestionamientos al principio Ne bis in idem serán analizados en el capítulo FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN.

Ahora bien, en el marco del análisis de dicho principio, la hostilizada realiza ciertas puntualizaciones, que la Fiscalía entiende oportuno aclarar en ésta instancia.

No se detendrá a analizar nuevamente el cuestionamiento realizado a uno de los integrantes del Tribunal (que por obvias razones jurídicas lo mantiene) quien no transitó el camino que la Fiscalía entendía era pertinente.

Tampoco se pondrá mayor énfasis en lo que refiere al archivo provisional de un Presumario. Punto que fue aclarado en el numeral anterior.

En razón de ello, pasará a analizar los restantes puntos tratados por el Tribunal.

a.- Inconstitucionalidad de la Ley 18.831 y prescripción.

Como forma de sostener su postura sobre la prescripción dispuesta en su sentencia N° 125/2014, el Tribunal hace expresa referencia a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia sobre la inconstitucionalidad de la Ley 18.831.

En tal sentido sostuvo “*también se acogió la defensa por los fundamentos que se indicaron en el fallo, los que centraban en la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la ley N° 18.831 para el caso concreto por parte de la Suprema Corte de Justicia lo que tornó en inaplicables a ese asunto sus disposiciones.*”

Pues bien, aún cuando parezca de Perogrullo señalarlo, es evidente que no se puede extrañar lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia, en ocasión de resolver la inconstitucionalidad de la Ley 18.831. Y ello, por dos órdenes de razones eminentemente imbricadas.

En primer lugar, por cuanto ello no surge de las normas jurídicas que gobiernan el instituto de la inconstitucionalidad de la Ley.

Pues bien, conforme a las previsiones del C.G.P. y de la propia Constitución, la declaración de inconstitucionalidad posee el efecto jurídico de declarar la inaplicabilidad de la Ley cuestionada al caso concreto. (art. 259 de la Constitución y art. 521 del C.G.P.)

¿Qué conlleva ello? Pues, ni más ni menos, que la Ley 18.831 no podrá ser aplicada por los jueces o tribunales llamados a intervenir en el incidente de prescripción. Ergo, ésta no podrá ser considerada para sostener la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad. Y hasta allí su alcance.

En otras palabras, no se podrá argumentar la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad mediante la Ley 18.831, pero sí, a partir de otros fundamentos jurídicos que abonen dicho temperamento.

En tal sentido Vescovi fue muy claro “*... la decisión de la cuestión planteada “incidenter tantum”, es una interlocutoria que no afecta al fondo de la litis que debe decidir el Juez*” (Enrique Vescovi El proceso de Inconstitucionalidad de la Ley Cuadernos de la Facultad de Derecho año 1967 pág. 224)

A fortiori, lo debatido en ocasión del incidente de inconstitucionalidad, fue precisamente si la Ley 18.831 es o no constitucional. A sensu contrario, en dicha instancia no estuvo en discusión si los crímenes eran de Lesa Humanidad o no y si éstos eran prescriptibles o no.

Pues, de haber sido así, la Fiscalía habría expuestos sus razones en favor de la naturaleza de crímenes de Lesa Humanidad y su imprescriptibilidad.

Luego, la Corporación resolvería dicha cuestión después de oír a las partes.

Puesto que, de no proceder de esa forma, se vulneraría el Principio de contradicción “*audiatur et altera pars*” (sea oída también la otra parte) y en especial el “*contra inauditam partem nihil possumus definire*” (nada podemos disponer contra la parte que no ha sido oída).

Por tal motivo, reiteramos, no se puede extrapolar linealmente lo resuelto por la Corporación, en ocasión de zanjar el incidente de inconstitucionalidad, para resolver otro tópico no discutido.

No obstante, en la medida que fue utilizada la línea argumental sostenida por la Suprema Corte de Justicia, en el capítulo FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN desarrollaremos las razones que llevan a sostener la opinión contraria a la asumida por la mayoría de la Corporación.

b.- Doctrina de los actos propios

En el marco de su ratio decidendi, el Tribunal -en posición peregrina en materia penal- apela a la doctrina de los actos propios para desacreditar los agravios de la Fiscalía especializada.

Para ello, transcribe a los autores argentinos Marcelo Lopez Mesa y Carlos Rogel, puesto que conforme a su criterio “*parece de plástica aplicación al caso*”.

Pues bien, la Fiscalía no cuestionará el conocimiento de los mencionados, y en especial la del primero de ellos. Empero, no se puede soslayar que Lopez Mesa es un destacadísimo civilista y magistrado judicial en dicha materia. Luego, sus posiciones deben ser tomadas en consideración desde dicha óptica, que no necesariamente resultan pasibles de extrapolación al Derecho Penal.

No nos detendremos sobre el punto, pero sí nos parece atinado hacer ciertas apreciaciones.

En primer lugar, nos interesa transcribir al propio Lopez Mesa, que en un trabajo académico sobre la doctrina de los actos propios -diverso al mencionado por el Ad Quem- sostuvo que “*...salvo excepciones honrosas, hasta aquí la doctrina se ha aplicado en Argentina sin mayor precisión y ha servido en ocasiones para hacer justicia y en otras, simplemente, para acallar al justiciable, sin entrar a analizar si se daban los presupuestos para la aplicación de la doctrina en el caso concreto y, en muchos casos, no concurrieron ellos. Escudo contra las pretensiones indebidas, pero también -en ocasiones- artilugio para acallar una pretensión juzgada molesta han sido los dos usos para los que ha servido la doctrina*” (Marcelo J. Lopez Mesa La doctrina de los actos propios. Esencia y requisitos de aplicación Rev. Universitas Bogotá Colombia N° 119 Jul. Dic. 2009 pág. 194)

Más allá de tal puntuализación, lo cierto es que la doctrina de los actos propios no obtuvo reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico.

De igual forma, tampoco alcanza la relevancia de un principio general de Derecho. Solo se la ha reconocido doctrinariamente como una regla derivada del principio de Buena fe.

Por tanto, para que opere la doctrina en consideración, necesariamente uno de los litigantes no debió haber procedido de buena fe. Y si éste no actuó de buena fe se debe inferir que lo hizo de mala fe.

La pregunta que fluye de ello es la siguiente, ¿puede considerarse que la Fiscalía especializada actuó de mala fe al admitir la reapertura del caso solicitada por las víctimas, que a 35 años de los hechos esperan una respuesta del Estado? Al respecto huelgan las palabras.

A fortiori, aún cuando se admita en materia penal la doctrina invocada por el Tribunal, y como válida la propia cita transcripta por éste para cimentar su postura, se verá que la misma no es de “*plástica aplicación al caso*” como se señala.

En efecto, como destacan los autores citados, para que opere la doctrina debe existir, “*un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior*”.

Pues bien, en el *sub causae* no se aprecia la incompatibilidad entre las actuaciones de las fiscalías, como parece inferir el Tribunal.

En efecto, a poco que se analice la posición adoptada por el Ministerio Público, se verá que no hubo cambio alguno en su posición, menos aún incongruencia en su accionar.

En tal sentido, se debe tener presente que, la Fiscalía Letrada Departamental se opuso en su momento al archivo de las actuaciones, cuando se interpuso la excepción de prescripción.

En tanto, con posterioridad a ello, mantuvo su postura al contestar el recurso interpuesto por la Defensa de los indagados.

En tal sentido, no se puede soslayar que el propio Tribunal consignó ello en su sentencia N° 125/2014, desde que en su RESULTANDO 3 estableció; “... corrido traslado al Ministerio Público expresó. No se comparten los argumentos esgrimidos por las Defensas de los encausados ya que considera que la Ley 18831 resulta inaplicable al caso de autos, debiendo aplicarse las normas de Derecho Internacional a las que se encuentra sometido el Estado Uruguayo en forma voluntaria sin que ello implique violación de la Constitución de la República, debiéndose continuar con las investigaciones de los hechos denunciados...”.

Por último, la Fiscalía especializada, ante la solicitud de las víctimas para reabrir la causa, expuso sus motivos para que ésta se desarchive y en definitiva finalice la investigación inconclusa. Argumentos más, argumentos menos, mantuvo la línea de la Fiscalía Departamental.

En razón de ello, no se logra comprender como se puede sostener que hubo un cambio sustancial (en términos de los autores citados “*incompatibilidad con la conducta posterior*”) en la postura del Ministerio Público, cuando las Fiscalías actuantes mantuvieron igual temperamento al requerir la pervivencia de la investigación.

7.- Cosa juzgada y seguridad jurídica

En éste numeral, la impugnada vuelve a insistir sobre los conceptos de cosa juzgada, non bis in idem en relación a la seguridad jurídica, y frente a ello nos remitimos -*brevitatis causae*- a la cita de Couture que hicéramos en el numeral 5.

8.- Control de convencionalidad.

En este numeral, la impugnada, trascibe el párrafo de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo atinente al instituto del control de convencionalidad, y para cuestionar la obligación dimanada de éste, cita a Ferrer Mac- Gregor.

No obstante, se olvida el Tribunal que Eduardo Ferrer Mac Gregor, en su calidad de Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compartió con su voto la Resolución de fecha 20 de Marzo de 2013 de supervisión de cumplimiento de la sentencia GELMAN vs. URUGUAY -donde se detallan las obligaciones incumplidas por Uruguay y en especial la posición de la Suprema Corte de Justicia en ocasión de resolver la inconstitucionalidad de la Ley 18.831- y asimismo, que desarrolló ampliamente tales puntos en un voto razonado.

Y en tal sentido no se puede soslayar que, tanto en la Resolución en sí, como en el voto razonado de Ferrer Mac Gregor, se hace especial hincapié en el control de convencionalidad que le asiste a todos los órganos del Estado (incluyendo obviamente a los jueces) con particular énfasis en su obligación de garantía y protección de los derechos humanos (conforme a los arts. 1 y 2 de la Convención) y el deber de aplicar las sentencias de la Corte Interamericana.

En tal sentido Ferrer Mac Gregor en su voto razonado se detiene específicamente en ciertos puntos estrechamente imbricados.

a.- En primer lugar, resalta las obligaciones de cumplimiento que surgen hacia todos los órganos de los Estados parte de la Convención, cuando existe una sentencia de la Corte Interamericana. (Párrafos 22 a 30 del voto razonado).

b.- Seguidamente, desarrolla el alcance de la cosa juzgada internacional y específica que ésta alcanza la parte dispositiva de la sentencia, y aún los motivos y fundamentos en la que se apoya. (Párrafos 31 a 42 del voto razonado).

c.- Por último, analiza la *res juidicata* y las obligaciones que se dimanan para todos los órganos del Estado Parte con especial énfasis en el caso Gelman; y la *res interpretata* y su alcance hacia todos los restantes Estados parte. (Párrafos 31 a 42 del voto razonado)

De lo anterior, no solo se infiere la obligación para todos los órganos del Estado de aplicar el control de convencionalidad en relación a la parte dispositiva de las sentencias, sino también a sus fundamentos. De igual

modo, en relación al caso en que el Estado es parte (*res iudicata*) sino también en los que no lo es (*res interpretata*) (Párrafos 43 y siguientes del voto razonado).

Por su parte, luego de la mención de Ferrer Mac Gregor y reivindicar “*la independencia de criterio de los jueces nacionales*” el Tribunal cita en abono de su posición contraria al control de convencionalidad a Sagües cuando sostuvo “... *todos los Estados adscriptos al sistema interamericano de derechos humanos pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en que no fueron parte, y por tanto tampoco fueron oídos. Es decir que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista...*”.

Frente a ello, dos observaciones significativas.

a.- En primer lugar se cuestiona el caso en que el Estado no ha sido parte. Perfecto, pero el Tribunal soslaya el caso Gelman vs. Uruguay, donde precisamente no solo se amplía el alcance del control de convencionalidad, sino que se exige a todas las autoridades uruguayas que se abstengan de tomar medidas que impidan la investigación, el juzgamiento y la eventual condena de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos en el pasado reciente. En tal sentido ver numeral 11 de su parte dispositiva y su remisión a los fundamentos de los párrafos 253 y 254. Y en especial éste último que obliga (reitero a todos los órganos del Estado) a no aplicar institutos como la prescripción, la cosa juzgada, la cosa juzgada u otros de similar naturaleza.

“*En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia Gelman vs. Uruguay de fecha 24 de Febrero del 2011 Parr. 254)

De igual forma, también se pasa por alto la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 20 de Marzo del 2013 de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman vs. Uruguay. Pues, dicha resolución en sus párrafos 59 a 64 especifica el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte en lo atinente a la parte resolutiva y aún a la considerativa; en los 65 a 70 profundiza el concepto de control de convencionalidad y finalmente en los 92 a 94 se detiene en la obligación de los Estados en investigar juzgar y eventualmente condenar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos acaecidas en el pasado reciente. Ello, como forma de eliminar la impunidad y de prevenir la repetición.

Evidentemente nada de ello fue contemplado por el Tribunal en sus sentencias.

b.- Aclarado lo anterior, desarrollaremos lo atinente a la posición de Sagües. Pues bien, es correcto sostener que el destacadísimo constitucionalista argentino Nestor Pedro Sagües ha planteado algunas observaciones al control de convencionalidad que exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, éste es muy claro en ciertos puntos que ha desconocido el Tribunal.

Así, en lo que refiere a la interpretación normativa Sagües ha señalado “*... si una cláusula de una constitución (o una norma subconstitucional) permite dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida y no la que se oponga a la Convención Americana de Derechos Humanos. A contrario sensu, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a ésta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*” (Nestor Pedro Sagües Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad en Opus Magna Constitucional guatemalteco año 2011 pág. 285)

Y reafirmó más adelante “*... todo juez nacional tendrá pues que iluminar la interpretación y el funcionamiento del derecho local conforme el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decimos todo juez nacional porque en este tramo del control de convencionalidad no se trata de excluir normas domésticas*”... “*sino de reciclarlas, adaptarlas o aggiornizarlas conforme al Pacto y a tal jurisprudencia, misión en la que ningún juez podría estar excluido, so pena de practicar una fragmentaria aplicación del derecho vigente*” (Nestor Sagües Obligaciones Internacionales ob. cit pág. 286)

Sin perjuicio de ello, en otro trabajo vinculado al tema que nos ocupa afirmó que “*... un tratado o convención sobre derechos humanos tiene pautas interpretativas propias. No se trata de un instrumento en favor de los Estados, sino de las personas. Por ende sus cláusulas no deben entenderse a la luz de la soberanía nacional, ni de los intereses y propósitos de los Estados que los suscribieron, sino en pro de las víctimas.*” (Nestor Pedro Sagües La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales e internacionales Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires año 1998 pág. 29) Y reafirmo posteriormente “*... parece conveniente que los tribunales locales asimilen de una vez por todas y cabalmente al derecho internacional de los derechos humanos, y presten el acatamiento a la doctrina que emerja de los veredictos de los tribunales internacionales*”. (Nestor Sagües La interpretación ob. cit. Pág. 30)

9.- Motivación del fallo.

En su último numeral, el Tribunal aborda lo atinente a la conculcación del principio de motivación del fallo, tema que será tratado en el capítulo FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN.

No obstante, se realizarán algunas precisiones.

El Ad quem por un lado destaca que “*no resulta necesario estimar punto a punto todos los elementos esgrimidos*”... “*Por ende una resolución dictada en dichas condiciones, donde despeje la base sustantiva de su sentido, resuelve correctamente el punto sometido a decisión*”.

En tanto, citando a Malen Seña afirma “... que una motivación escueta y concisa no deja de ser una motivación. Como tampoco dejan de serlo aquellas que tienen una motivación implícita”

Más allá de lo discutible del tema, que reiteramos será analizado más adelante, en ésta instancia solo diremos que una cosa es ser escueto o si se quiere muy concreto en su fundamentación y otra muy distinta es resolver un tema de la magnitud que nos ocupa en los términos resueltos por la A quo.

No obstante, y dada la cita del tribunal, es importante tener presente que el Profesor de Filosofía del Derecho, de la Facultad Pompeu Fabra de Barcelona Jorge F. Malen Seña, en un trabajo más específico sobre el punto, nos brinda una visión absolutamente contraria a la sostenida por el Ad Quem.

En efecto, al analizar las relevancias endo y extra procesales que toda sentencia conlleva, expresó dicho Profesor, “*La constitucionalización del deber que tienen los jueces de motivar las sentencias, al menos en lo que respecta a España, subrayó aún más los fines extraprocesales de las mismas. Con ese paso se dejó clara constancia de que los destinatarios de tales disposiciones jurídicas no solo eran las partes que intervinieron en los procesos y sus patrocinadores legales sino también los ciudadanos en general...*” (Jorge Malen Seña El lenguaje de las sentencias en Revista Mexicana de Justicia N° 7 año 2006 pág. 47)

Y afirmó más adelante “*Una sentencia mal redactada enerva en buena medida los argumentos utilizados, perturba el razonamiento e impide conocer con exactitud cómo y porque se ha resuelto el fondo de la cuestión*” (pag. 47)

En tanto, tomando como eje el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil español sostuvo “... las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con las demandas de las partes. Y cuando existan diversas cuestiones en litigio, el tribunal deberá abordarlas por separado con el correspondiente pronunciamiento sobre cada una de ellas” (Malen Seña El lenguaje ob. Cit. Pág. 57)

Y sobre el punto reafirmó “... un buen juez en sentido técnico, ha de poseer aquellas que le permita una redacción clara, precisa y elegante de las razones que sustentan la motivación de sus decisiones para hacerlas

cognoscibles, comparables, valorables y persuasivas para el mayor número de personas posibles" (Malen Seña El lenguaje ob. Cit. Pág. 59)

Evidentemente nada de lo sostenido por Malen Peña fue cumplido por la A quo, a lo que se aneja el no haber aquilatado en debida forma el hecho en consideración.

Y ello, fue minimizado por El Tribunal, quien a su vez, cumplió parcialmente su obligación de fundar la sentencia, desde que, como se señalará infra, no abordó puntos extremadamente relevantes de los agravios del Ministerio Público.

FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN

En los cuestionamientos realizados en el capítulo precedente, ya hemos desarrollado parte de los agravios que motivan la presente comparecencia. No obstante, procederemos ahora, a adecuar el presente capítulo a las exigencias del art. 270 del CPP.

Pues, entendemos que el Tribunal ha realizado una errónea aplicación del derecho y ésta trasciende a la parte resolutiva del fallo. Ora, por cuanto ha aplicado normas que no se adecuan a la situación de autos, ora por cuanto les ha dado una interpretación inadecuada, ora por cuanto soslayó otras que debieron ser tenidas en consideración.

I.- Ley 18.831 y posición de la mayoría de la Suprema Corte de Justicia

Como fuera resaltado en el capítulo precedente, entre los fundamentos para mantener su sentencia **Nº 125/2014**, el Tribunal sostuvo que "*también se acogió la defensa por los fundamentos que se indicaron en el fallo, los que centraban en la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la ley N° 18.831 para el caso concreto por parte de la Suprema Corte de Justicia lo que tornó en inaplicables a ese asunto sus disposiciones.*"

Por tanto, en la medida que el Ad quem pone especial énfasis en la posición mayoritaria de la Suprema Corte de Justicia al resolver la excepción de inconstitucionalidad de la Ley 18.831, la Fiscalía se ve en la obligación de asumir posición al respecto.

Evidentemente, el Tribunal se está refiriendo a la postura de la mayoría de la Corte en ocasión de dictar la sentencia **Nº 20/2013** de fecha 22 de Febrero del 2013. No obstante, en la medida que la mayoría de la Corporación reiteró su postura anterior y amplió la misma en ocasión de dictar la sentencia **Nº 680/2017** de fecha 25 de Septiembre del 2017, procederá a analizar ambas.

En efecto, la sentencia **680/2017** (en donde se rebate la postura del voto del Dr. Fernando Cardinal en sentencia de la S.C.J. **794/2014**) y la **20/2013** a la que la anterior se remite, establecen posición sobre diversos puntos controversiales, que de una forma u otra se relacionan con el excepcionamiento que nos convoca.

Para ello, es imprescindible realizar dos precisiones.

En primer lugar, intentará desarrollar su línea argumental, a partir de las normas nacionales e internacionales existentes al momento del acaecimiento del hecho que nos ocupa, es decir, **la muerte mediante apremios físicos del Dr. Vladimir Roslik acaecida en abril de 1984.**

En segundo lugar, en la medida que están en juego las más elementales violaciones a los derechos humanos y en especial normas atinentes al Derecho Penal Internacional, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario, las tomará en consideración, al amparo de la prevalencia que ellas ostentan sobre las de carácter interno.

Ello, no es más que dar cumplimiento a lo establecido en el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas aprobada por **Ley 10.683 del 15 de Diciembre de 1945** que establece *“En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.*

De igual modo, y en forma absolutamente imbricada a la anterior, en lo previsto en el art. 27 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados aprobado mediante el **Dec. Ley 15.195 de fecha 19 de Octubre de 1981** que estatuye *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

Señalado lo precedente, resulta de orden resaltar que, en la sentencia **20/2013**, la posición mayoritaria de la Corporación -para declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la Ley 18.831- giró en torno a dos goznes básicos, *“los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad”* y, las normas objetadas conculan el Principio de Legalidad.

En tanto, en el caso de la **sentencia 680/2017** se adunó a ello la ponderación de los principios en juego.

Es en base a tales tópicos que intentará rebatir tal posicionamiento.

1.- Crímenes de Lesa Humanidad

En primer lugar se analizará lo atinente a los crímenes de Lesa Humanidad, puesto que en las sentencias de la Suprema Corte mencionadas (20/2013 y 680/2017) se niega tal caracterización a los hechos delictivos acaecidos en el período de la dictadura cívico-militar.

En tal sentido, en el CONSIDERANDO IV b de ambas sentencias se enfatiza *“Por otra parte y como ya ha tenido oportunidad de expresar este alto Cuerpo, los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad (cf. Sentencias Nos. 887/2011 y 1501/2011 de la Suprema Corte de Justicia).”*

No obstante ello, si se analizan las sentencias mencionadas (**887/2011** y **1501/2011**) se verá que en las mismas no se abordó tan relevante punto. Pues,

en ellas no se resolvió que los crímenes perpetrados en la dictadura no alcancen la calidad de Lesa Humanidad.

En efecto:

a.- la Sentencia **887/2011** resuelve un recurso de aclaración y ampliación presentado por la Dra. Mirta Guianze, titular de la Fiscalía Nacional de lo Penal de 2º turno.

En dicha instancia, la magistrada requirió a la Corte que se pronunciara respecto a si los delitos imputados en la sentencia de casación eran de Lesa Humanidad. Y en tal sentido, la Corporación solo se limitó a expresar que “*... no corresponde que se pronuncie sobre los delitos que se consideran de lesa humanidad*”.

En buen romance, no se analizó que se entiende por delito de Lesa Humanidad, y menos aún porqué los hechos que dieran mérito a la sentencia no pueden considerarse de tal naturaleza.

b.-Por su parte, en la sentencia **1501/2011** tampoco se desarrolló dicho tema. En éste caso, se trataba de un recurso de casación interpuesto también por la Dra. Guianze, quien se agraviaba por no haberse tipificado el delito de Desaparición Forzada y su condición de crimen de Lesa Humanidad. Luego, lo discutido y resuelto por la Corporación era si se aplicaba el tipo penal previsto en el art. 21 de la Ley 18.026 (desaparición forzada de personas) y no el carácter o naturaleza de dicho delito.

En resumidas cuentas, a criterio de la Fiscalía, la calificación de crímenes de Lesa Humanidad a las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas en la dictadura cívico militar, aún se encuentra pendiente de resolución.

Sin perjuicio de lo que viene de verse, en ambas sentencias, tras mencionar a las leyes 17.347, 17.510 y 18.026, y manifestar que su fecha de aprobación es posterior al período dictatorial, deniega la posibilidad de caracterizar a los delitos acaecidos en ese marco temporal como de Lesa Humanidad.

Pues, en tal sentido se señaló por la Corporación “*...las reglas que establecen su imprescriptibilidad no pueden ser aplicadas al sub lite pues ello significa, lisa y llanamente, conferir a dichas normas penales carácter retroactivo, lesionándose así normas y principios constitucionales...*”.

En resumidas cuentas, la Corte entiende que antes de dichas leyes no existían normas que reconocieran el carácter de crímenes de Lesa Humanidad y por ende su calidad de imprescriptibles.

Empero, más allá de los fundamentos de la mayoría de la Suprema Corte para sostener que las graves violaciones a los derechos humanos perpetrados en la dictadura cívico-militar no alcanzan el carácter de Lesa Humanidad, lo cierto es que a criterio de la Fiscalía, existen sobrados elementos para sostener lo contrario.

Y ello, por la sencilla razón que al momento que acaecieron los hechos que nos convocan (**año 1984**) existía un cúmulo importante de normas, ora de

carácter nacional, ora de naturaleza internacional que también se deben considerar.

Para desarrollar las razones que abonan la posición en favor del carácter de Lesa Humanidad, se debe precisar someramente de que estamos hablando.

Pues bien, en el *sub exámine* se investiga **la muerte del Dr. Roslik como consecuencia de los tormentos a los que fue sometido por agentes del Estado en una unidad militar.**

Resulta un hecho inconcuso por la doctrina y jurisprudencia internacional que los crímenes de Lesa Humanidad surgen con el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945 que en su art. 6 C establece “*...Los actos siguientes, o cualquiera de entre ellos son crímenes sometidos a la jurisdicción del Tribunal e implican una responsabilidad individual: ... C) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron...*”.

De tal definición y del avance posterior de la normativa internacional protectiva de los derechos humanos, se desprenden sus características básicas que refieren a:

a.- La GRAVEDAD de las conductas al no comprender cualquier delito sino aquellos únicamente previstos en el Estatuto u otros acuerdos internacionales de similar naturaleza (a guisa de ej. la desaparición Forzada de personas, los asesinatos, las torturas, los abusos sexuales, las privaciones ilegítimas de la libertad etc.).

b.- La GENERALIDAD de las acciones, en tanto no se consideran tales las violaciones a los derechos humanos de forma aislada.

c.- El carácter SISTEMÁTICO de las operaciones, que respondan a un plan ordenado tendiente a atentar contra los derechos humanos.

d.- Que se encuentren dirigidos contra la población civil por razones raciales, sociales, ideológicas, políticas, culturales, religiosas etc.

e.- Que no ofendan solo a la víctima sino a la comunidad como un todo.

f.- Y finalmente, que las conductas sean desplegadas por agentes del Estado o bajo la aquiescencia, la omisión o la complicidad de los mismos (a guisa de ejemplo en caso de la actuación de los denominados “escuadrones de la muerte”).

Luego, si nos atenemos a la definición dada por el Estatuto y las generalizaciones desarrolladas por la normativa posterior, no cabe lugar a dudas que lo denunciado en autos reviste la calidad de crimen de Lesa Humanidad.

Al respecto se debe tener presente que el Uruguay fue uno de los 19 países que ratificó el Estatuto de Núremberg, habida cuenta que por **decreto del día 12 de Noviembre del año 1945** el gobierno uruguayo adhirió a la creación del “*Tribunal Militar Internacional destinado al enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo*”.

No obstante, Uruguay no solo ratificó dicho Estatuto, sino que dio un paso más, puesto que también en forma inmediata adhirió a la creación de las Naciones Unidas.

En tanto, esta nueva clasificación o si se quiere nueva categoría estatuida por el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg, fue aceptada por la propia organización de Naciones Unidas, desde que por Resolución 95 (I) de fecha 11 de diciembre de 1946 se reconocieron los principios dimanados del Estatuto de Nuremberg, así como los dispuesto en sus sentencias.

En tal sentido establece dicha Resolución “*La Asamblea General*” ... “*confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y sus sentencias*”.

Ergo, Uruguay como integrante pleno de Naciones Unidas, reconoció la vigencia y el alcance de dicho Estatuto y con ello entre otros los crímenes de Lesa Humanidad.

Por su parte, esa definición realizada por el Estatuto es la que se ha mantenido a lo largo de los años, puesto que luego de ella los acuerdos internacionales y/o las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas remiten a tal definición.

Tal es el caso de la Convención contra la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad que en su art. I. b reenvía a la definición realizada en el Estatuto.

En línea con lo que viene de verse, por **Ley 10.683 del 15 de Diciembre de 1945**, Uruguay aprobó la Carta de Naciones Unidas, que en su preámbulo, puntualiza como *leit motiv* “*...reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre en la dignidad y el valor de la persona humana...*”.

Por su parte, en su art. 1.3 se establece entre los propósitos de la Carta, el respeto por los derechos humanos y por ende el primer atisbo de obligación en tal sentido para los Estados.

En tanto, conforme al art. 2.2 se establece que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas. “*Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta*”.

Entre tales obligaciones refugan las dimanadas de las Recomendaciones y/o Resoluciones dictadas por la Asamblea General al amparo de su art. 13.1. b sobre derechos humanos.

El propósito de respeto para con los derechos humanos, se reafirma en su art. 55 y mediante el art. 56 se consolida la idea, pues establece que «*Todos los*

Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55».

Corolario de ese propósito de respeto a los derechos humanos, se dictaron innumerables Resoluciones por parte de la Asamblea General en procura de la protección de los derechos humanos en general. Empero, también otras que imponen la obligación de perseguir, juzgar y condenar los crímenes de guerra y de Lesa Humanidad como forma de prevenir y proteger los derechos humanos. Resoluciones todas que de una forma u otra refieren a crímenes de tal naturaleza.

Entre ellas, la Resolución 3 (I) por la que se establece la persecución y extradición de los criminales de guerra, la 95 (1) por la que se confirman los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, la 96 (1) que reconoce el crimen de Genocidio, así como la 170 (II) del año 1947, por la que se reitera la necesidad de la persecución de los criminales de guerra y la necesidad de su extradición.

No obstante, con posterioridad a ello, ya en los años 60 y 70 se acentúa dicha tendencia, desde que se hace de la persecución de los criminales de guerra y de Lesa Humanidad una cuestión elemental de protección de los DDHH o si se quiere un principio general de derecho internacional.

En tal sentido, existen sendas resoluciones de la Asamblea General sobre *“Cuestiones del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”*. A saber:

La **Resolución N° 2338 (XXII)** del 18 de Diciembre de 1967 entre otras consideraciones destacaba *“Convencida de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales...”* Y tras ello *“Recomienda que no se adopten medidas legislativas o de otra índole que puedan menoscabar los objetivos y propósitos de una convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad hasta su aprobación por la Asamblea General”*.

La **Resolución N° 2391 (XXIII)** del 26 de Noviembre de 1968 por la cual se *“Aprueba y declara abierta a la firma, ratificación y adhesión la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”*

Por su parte, la **Resolución N° 2583 (XXIV)** del 15 de Diciembre de 1969 tras reiterar la frase mencionada en la resolución 2338 transcripta supra, en primer lugar, *“Insta a todos los Estados a que adopten medidas necesarias para la investigación rigurosa de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ... así como para la identificación, detención extradición y castigo de todos los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y que no hayan sido enjuiciados y*

castigados.” Asimismo “Subraya la necesidad especial de medidas internacionales con el fin de asegurar el enjuiciamiento y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad”.

En tanto, la **Resolución N° 2712 (XXV)** del 9 de Diciembre de 1970 nuevamente tras realizar la cita de la Resolución 2338 “*Encarece a todos los Estados que adopten medidas, de conformidad con principios reconocidos por el derecho internacional para la detención de aquellas personas y su extradición a los países que hayan cometido crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, para entregarlos a la justicia e imponerles un castigo de acuerdo con las leyes de esos países*”. De igual forma “*Encarece también a todos los Estados a los cuales les incumba que intensifiquen su cooperación en la reunión e intercambio de información que pueda contribuir a la identificación de las personas culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad y a su detención, extradición, enjuiciamiento y castigo*”. Y finalmente “*Pide de nuevo a todos los Estados a los cuales les incumba, que adopten, si aún no lo han hecho, las medidas necesarias para la investigación rigurosa de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, según se definen en el artículo I de la Convención sobre imprecriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, así como para la identificación, la detención, la extradición y el castigo de todos los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y que no hayan sido aún enjuiciados ni castigados*”.

Asimismo, la **Resolución N° 2840 (XXVI)** del 18 de Diciembre de 1971, tras mencionar alguna de las citas ya transcriptas en anteriores resoluciones, “*Urge a todos los Estados a cumplir las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y a adoptar medidas conformes con el derecho internacional para combatir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como también para asegurar el castigo de todos los culpables de tales crímenes, incluida la extradición a los países en que los cometieron*”. De igual modo también “*Urge a todos los Estados a cooperar entre sí, especialmente en la reunión y trasmisión de información que pueda contribuir a la identificación de las personas culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad y a su detención, extradición, enjuiciamiento y castigo*”.

En línea con lo que viene de verse, la **Resolución N° 3020 (XXVII)** del 18 de Diciembre de 1972 bajo el Nomen Iuris de “*Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de la lesa humanidad*” reitera “*Convencida de que el castigo efectivo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad constituye un elemento importante para impedir que se cometan tales crímenes y poner fin a los mismos, así como*

para la mejor protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el desarrollo de la cooperación entre los pueblos, de la paz y de la seguridad internacionales”.

Finalmente la **Resolución Nº 3074 (XXVIII)** del 30 de Noviembre de 1973 bajo igual nomen uiris que la Resolución 3020 fija los **Principios básicos en materia de persecución de los crímenes de guerra y de lesa humanidad**.

Pues en tal sentido establece:

- 1.- *“Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido serán objeto de una investigación y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes, serán buscadas, detenidas enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”*
- 2.- *“Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad”*
- 3.- *“Los Estados cooperaran bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin”*
- 4.- *“Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes y, en caso de ser éstos culpables, de su castigo.*
- 5.- *“Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países donde se hayan cometido esos crímenes. A este respecto los Estados cooperaran entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas”*
- 6.- *“Los Estados cooperaran mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiaran tales informaciones”*
- 7.- *“De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial, de 14 de Diciembre de 1967, los Estados no concederán a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad”*
- 8.- *“Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, detención extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad”*
- 9.- *“Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o*

de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”

Evidentemente, **tales resoluciones pueden considerarse sin hesitación como fuentes subsidiarias de las previstas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia** también aprobado por la **Ley 10.683**.

Y ello por cuanto, la obligación de perseguir, investigar, juzgar y eventualmente condenar a los responsables de cometer crímenes de Lesa Humanidad y de guerra, constituía ya en 1984 (cuando sucedieran los hechos que nos convocan) una norma imperativa de derecho internacional de carácter *ius cogens*, con todas las implicancias que ello conlleva.

Y en tal sentido, no se puede soslayar que en dicha fecha también se encontraba vigente en nuestro país el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Ley 13.751 de fecha 11 de Julio de 1969) que en su art. 15 en lo atinente al Principio de Legalidad admitía la normativa de origen internacional.

Al respecto dicho Pacto establece en su numeral 1 “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional*” en tanto que en su numeral 2 reafirma “*Nada de lo dispuesto en éste artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”

Y como viéramos supra, en el año 1984 ya constituían “*principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*” entre otros:

a.- el carácter de Lesa Humanidad de las graves violaciones a los derechos humanos, pues ello surgía del Estatuto de Nüremberg y sendas resoluciones posteriores de la Asamblea General de Naciones Unidas.

b.- la condición de imprescriptibles de los crímenes de Lesa Humanidad, desde que la Convención de Naciones Unidas contra la imprescriptibilidad de los crímenes de tal índole fue aprobada por la Asamblea General el día 26 de noviembre de 1968 por Resolución N° 2391 (XXIII) y entró en vigencia el 11 de Noviembre de 1970.

c.- Asimismo, que conforme a las distintas resoluciones de Naciones Unidas citadas supra, existía una obligación para todos los Estados Parte de perseguir, juzgar y castigar a todos los responsables de crímenes de Lesa Humanidad, cualquiera sea el lugar y la fecha de su comisión.

d.- Por último, también a partir de tales resoluciones, se instauró en la comunidad internacional el principio general de derecho que la persecución,

el juzgamiento y la condena de los crímenes de Lesa Humanidad es una forma de prevenir los mismos y concomitantemente de proteger los derechos humanos.

Al respecto, Gros Espiell consciente de dicho marco normativo y en especial de la Resolución 3074, expresó que “*La impunidad penal internacional de los criminales que han atentado contra los Derechos Humanos, como ejecutores materiales de las violaciones, no debe ni puede ser nunca un criterio y menos aún un principio internacional. Estos criminales, que naturalmente deberían, en principio, ser siempre castigados por el Derecho interno, no deben poder regocijarse si este castigo no se produce, si el Estado es omiso o reticente en cumplir su deber penal o si la autoridad estatal no existe, es inoperante o ineficaz. No deben esos criminales impunes, contemplar como la cuestión se reduce al pago de la indemnización a las víctimas por parte del Estado, cuando el asunto llegue a ser objeto de una decisión internacional*” (Hector Gros Espiell Responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal individual en la protección internacional de los Derechos Humanos en Rev. Derecho de la Universidad de Montevideo Año 2004 Año 3 Nº 6 pág.)

A fortiori, tampoco se puede soslayar que por **Resolución Nº 2081 (XX)** de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1965, se convocó para el año 1968 (al conmemorarse los 20 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) una Conferencia Internacional para aborda algunas cuestiones sobre ellos.

Así, los representantes de los 120 Estados (entre ellos Uruguay) que participaron en la primera **Conferencia Internacional de Derechos Humanos**, reunidos en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968 aprobaron la **Proclamación de Teherán** que entre otros puntos manifestó que:

“3. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, así como otras convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos, aprobadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, los organismos especializados y las organizaciones intergubernamentales regionales, han establecido nuevas normas y obligaciones que todas las naciones deben aceptar;*

6. *Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y las libertades fundamentales”*

Sin perjuicio de ello, Uruguay también aprobó distintos tratados sobre derechos humanos y derecho humanitario en consonancia con tales resoluciones de carácter internacional.

Así, por Ley **13.482** del 7 de Julio de 1966 se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de Genocidio por la que se declara que se trata de un delito de derecho internacional por lo que los estados partes se obligan a perseguir enjuiciar y sancionar a sus autores, sin importar el lugar de comisión.

En tanto, la Ley **13.683** de fecha 17 de Septiembre de 1968 aprobó las convenciones suscritas en la Conferencia de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 sobre protección de las víctimas de la guerra. Y precisamente la III Convención relativa a los prisioneros de guerra en su art. 3º establece que *“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.”*

En tanto en su art. 129 se estatuye *“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.*

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.”

De éste conjunto de normas internacionales aprobadas por nuestro país, así como del cúmulo de resoluciones y declaraciones de Naciones Unidas referenciadas, se puede inferir sin hesitación, que la caracterización de crímenes de Lesa Humanidad ya se encontraba vigente al momento en que acaecieron los hechos que nos convocan.

Luego, y probablemente a partir de éste conjunto de normas de raigambre internacional el Profesor de Derecho Internacional Público y Privado Manuel A Vieira, en la década del 60 ya reconocía la existencia de crímenes contra la humanidad que los conceptualizaba como “*crímenes contra la persona humana no en su individualidad, sino como integrante de la humanidad envilecida por los atentados incalificables, cometidos contra alguno o algunos de sus integrantes*”. (Manuel A. Vieira Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal ed. F.C.U. Año 1969 pág. 299) y asimismo los caracterizaba como a) “*delitos de Derecho Común, superando la barbarie de su comisión, los presuntos móviles políticos y corresponde su extradición*”. b) *lesionan intereses no solamente nacionales, sino internacionales, pertenecientes a la humanidad*” (Manuel A. Vieira Derecho penal internacional ob. cit. Pág. 300).

En tanto, que ya en dicha época ponía en consideración su imprescriptibilidad al sostener, “*La proximidad de la prescripción de estos delitos y la impunidad de algunos ex nazis, acusados de crímenes de ésta naturaleza llevaron a países como Alemania y Francia, entre otros a declarar legislativamente la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad*” (Manuel A. Vieira Derecho Penal Internacional ob. cit. Pág. 301)

En línea con lo que viene de verse, también en la década del 60 Arendt en ocasión del juicio de Adolf Eichmann en Israel sostenía “*...del mismo modo que el asesinato es objeto de persecución debido a que conculca la ley de la comunidad, y no porque haya privado a tal o cual familia de aquel miembro que con su trabajo ganaba el pan de todos, del esposo y padre, igualmente podemos decir que los modernos asesinos masivos, funcionarios del Estado, deben ser perseguidos debido a que han transgredido el orden imperante en el género humano...*”. (Hannah Arendt Eichmann en Jerusalén ed. De Bolsillo Barcelona año 2005 pág. 396)

2.- Principio de Legalidad/ Irretroactividad de la Ley.

El otro gran gozne de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia analizadas (20/2013 y 680/2017) gira en torno del Principio de Legalidad y uno de sus correlatos de *lex praevia* o si se quiere de irretroactividad de la norma menos favorable para el imputado.

En tal sentido, las sentencias (tras desarrollar lo relevante del Principio de Legalidad en materia Penal, transcribir normas y citar doctrina sobre el

mismo) concluyen que mediante los arts. 2 y 3 de la Ley 18.831 se conculca dicho principio.

En efecto, a lo largo de los considerandos, entre otras puntualizaciones se sostiene *“El principio de irretroactividad de la Ley penal más gravosa deriva de los principios de libertad y legalidad que no es otra cosa que la expresión del viejo prolopio latino nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege y emana del art. 10 inc. 2 de la Constitución de la República, según el cual “Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”* Y en otro pasaje de los considerandos reafirma *“Por consiguiente, una ley que prevea un aumento del término de prescripción o, lisa y llanamente, la declaración de imprescriptibilidad de cualquier delito no puede regir para situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia, so riesgo de vulnerar ostensiblemente un principio tan caro para cualquier Estado de Derecho que se digne de ser tal.”*

“El principio de legalidad es granítico: nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado en el Código penal”

Por último, a fin de no transcribir toda la sentencia destacaremos la siguiente cita *“Como señala el profesor español Santiago Mir Puig: “Con la exigencia de una lex praevia se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o gravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica”*

Obviamente, ¿quién no puede coincidir con tales consideraciones?

Ellas resultan el a b c del Derecho Penal, o si se quiere en términos más coloquiales, ellas están en la tapa de cualquier manual en la materia.

Ahora bien, lo discutible es si tales premisas son trasladables de forma diáfana al *sub lite*, así como a todas las gravísimas violaciones a los derechos humanos acaecidas en la última dictadura cívico militar que rigiera nuestro país entre los años 1973 y 1985.

Nuevamente nos enfrentamos a la misma disyuntiva anterior.

Mirada desde la norma nacional, versus mirada sistemática a partir de la norma nacional en relación a la estrechamente imbricada de raigambre internacional.

En efecto, no cabe lugar a dudas que en la actualidad sigue firme el Principio ensayado por Feuerbach a principios del Siglo XIX *“nullum crimen sine lege, nulla poena sine praevia lege poenali”*, conforme al cual, nadie puede

ser penado por una conducta que al momento de su comisión no estuviera prevista legalmente.

No obstante, en el presente, dicho principio debe interpretarse conforme a la nueva normativa dimanada del Derecho Penal Internacional, del Derecho Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pues, nadie puede soslayar el cúmulo de normas de raigambre internacional que sobrevinieron a partir del holocausto nazi y de la creación de las Naciones Unidas.

En tal sentido, el artículo 11. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de fecha 10 de Diciembre de 1948 establece que “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional*”.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 16 de Diciembre de 1966 y aprobado por Ley 13.751 de fecha 11 de Julio de 1969, en su artículo 15 estatuye 1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional*.

2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*”

A poco que se analicen dichos textos, se verá que aún cuando no se establezca *nomen iuris*, lo cierto es que consagran el Principio de Legalidad y de irretroactividad de la norma más perjudicial. Empero, al mismo tiempo habilitan la condena conforme al “*derecho nacional o internacional*”.

Y el Pacto avanza aún más en la materia, desde que en el numeral 2 establece una verdadera excepción al Principio de Legalidad.

Al respecto, se debe tomar en consideración el comentario al Proyecto de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos redactado en 1955, donde se afirmaba sobre el artículo 15 que “*quería dejar claro que nadie podía escapar del castigo de un crimen de derecho internacional argumentando que el acto es legal bajo su propia ley nacional, y aseguraba además que la inclusión beneficiaba al individuo frente a posibles abusos de una organización internacional*”. (citado por Alicia Gil Gil La excepción al Principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en ADPCP VOL. LXIII año 2010 pág. 137)

Ahora bien, sin detenernos en el inciso 2º del art. 15 del Pacto, (que por cierto conforme a la doctrina más recibida tiene estrecha relación con el castigo a los criminales nazis) lo cierto es que las normas internacionales citadas introducen al Derecho Internacional en sede de Principio de Legalidad.

En virtud de ello, hoy resulta un lugar común reconocer -por parte principalmente de los internacionalistas- que el Principio ensayado por

Feuerbach se debe entender como “*nullum crimen sine iure, nulla pena sine iure*”. (Kai Ambos Nulla Poena sine Lege en Derecho Penal Internacional en Revista de la Asociación de Ciencia Penales de Costa Rica año 21 N° 26, 2009 págs. 31 a 44; Rodrigo Lledó El Principio de Legalidad en el Derecho Internacional en Revista en Cultura de la Legalidad N° 11 Oct. 2016 Marzo 2017 págs. 246 a 263)

A fortiori, a partir del art. 11.2 de la Declaración Universal de derechos humanos y del art. 15 del PIDC y P es perfectamente sostenible incluir como fuentes del derecho penal, aquellas provenientes del Derecho Internacional. Huelga resaltar fundamentalmente los tratados y la costumbre internacional en tanto ésta alcance la calidad de *opinio iuris*, así como los principios generales de derecho.

En tal sentido, se debe tener presente que mediante la Ley 10.683, al tiempo que se aprobó la Carta de Naciones Unidas, Uruguay también adhirió al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que en su art. 38 establece “*1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, ...”*

A partir de dicho artículo, es aceptado en materia de Derecho Internacional en general, pero que alcanza al Derecho Internacional de los derechos humanos en particular, que entre las fuentes de derecho de tal naturaleza, se admitan los tratados Internacionales, la costumbre, los principios generales de derecho internacional. (Hector Olásolo El Principio *nullum crimen sine iure* en el derecho internacional contemporáneo en Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal Vol. I pág. 27; Hormazabal Malarée Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal en Derecho Penal, Constitución y Derechos AAVV ed. Bosch Barcelona pág. 256; Rodrigo Lledó El Principio de Legalidad en el Derecho Internacional en Revista en Cultura de la Legalidad N° 11 Oct. 2016 Marzo 2017 pág. 256)

Es evidente que ello contrasta abiertamente con los países de tradición romano germánica que asientan el Principio sobre la base de la existencia de normas con rango de ley a la que en doctrina se le adicionan los adjetivos de *scripta, praevia, certa, y stricta*.

Por tal motivo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como forma de morigerar la amplitud derivada del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos (muy similar al art. 15 del PIDCy P) que incluye al Derecho internacional como fuente, ha recurrido a los requisitos de accesibilidad y previsibilidad para efectivizar el juicio sobre el conocimiento de la antijuridicidad material exigido al agente.

Ello, para que se cumpla con la correspondiente seguridad jurídica, o en otras palabras, para que la persona sepa a qué atenerse.

Tales requisitos fueron exigidos en forma constante en diversos casos.

A saber entre otros:

- Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania, Nros. 34044/96, 35532/97 y 44801/9 que refieren a la responsabilidad de los centinelas del muro de Berlin;
- Caso Korbely contra Hungría, Nº 9174/02 que analiza la muerte de distintas personas en el levantamiento en Hungría contra la URSS en el año 1956; y
- Caso Kononov contra Letonia, Nº 36376/04, donde se analiza la responsabilidad de un partisano soviético en la muerte de varias personas que en el año 1949 habían colaborado con los nazis.

Mediante ambas exigencias, que a la sazón, se encuentran estrechamente imbricadas, se requiere que la norma alcance la debida publicidad para que sea accesible a la persona y de esa forma a la vez obtenga la calidad de previsible.

En otras palabras, lo que se exige es que el agente pueda acceder a la norma, para de esa forma introyectarse la posibilidad que la conducta ilícita sea alcanzada por la misma.

En el *sub causae*, no cabe lugar a dudas que al momento de acaecidos los hechos se encontraban vigentes diversas normas que los indagados en su calidad de **oficiales del ejército**, debieron tener presente.

Huelga resaltar que, en la medida que se trata de delitos *mala in se*, los indagados debieron tener presente, los artículos **310 y 312 del C. Penal**, así como los Convenios de Ginebra de 1949 que le alcanzan en su condición de **militares**. Luego, no se puede decir que la conducta desplegada por los indagados al momento de los hechos, no se hallaba contemplada como delictiva y que su accionar no era pasible de ser penado.

Lo único objeto a discusión sería si tales delitos eran en ese momento imprescriptibles.

Pues bien, como hemos señalado supra, en el **año 1984** se encontraban vigente los Principios dimanados del Estatuto y las sentencias del Tribunal de Nuremberg, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que admitía la incorporación del Derecho Internacional como fuente del Principio de Legalidad) y el Convenio internacional sobre derecho de los tratados.

En tanto, pese a que Uruguay no había ratificado *la Convención sobre imprescriptibilidad*, era un hecho público y notorio que al amparo de ella se continuaban las persecuciones a los criminales nazis.

Circunstancias, que permiten inferir sin hesitación, que cualquier persona de la época y en especial, los oficiales del ejército nacional, debieron considerar seriamente la posibilidad que su conducta sea juzgada en cualquier lugar y momento. Habida cuenta que, la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad era en ese tiempo, un principio general del derecho internacional, y como norma *ius cogens* devenía imperativa e inderogable.

En línea con lo que viene de verse, no puede soslayarse que, el **23 de Mayo de 1969**, el concierto de naciones aprobó en Viena, **la Convención sobre derecho de los Tratados**, que se convirtió en un gran hito para el derecho internacional público en general y para los derechos humanos en particular.

Dicha Convención fue aprobada por el **Dec. Ley 15.195 de fecha 19 de Octubre de 1981**.

Mediante dicho acuerdo internacional, se positivizaron un conjunto muy importante de principios de derecho internacional público, que hasta esa fecha formaban parte de la costumbre internacional.

De ellos, sobre el punto que nos interesa, y en orden de importancia creciente, refulgen tres:

En primer lugar conforme al art. 31 se establece el principio de interpretación de buena fe “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

En segundo lugar, a partir de lo establecido en los arts. 53 y 64 se reconoce en forma expresa el carácter particular de las normas de *ius cogens* y su preeminencia, aún respecto de los tratados que se contrapongan a la misma.

En efecto, mediante el art. 53 se establece que es nulo todo tratado que se oponga a una norma de *ius cogens* “*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.*”

En tanto, mediante el art. 64 se reitera la preeminencia de la norma de *ius cogens* sobre el tratado que se oponga a la misma. “*Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*”

Este principio es de suma importancia, puesto que a partir de 1981 Uruguay debe necesariamente tomar en consideración las normas imperativas de derecho internacional general “*ius cogens*” existentes a la fecha.

Entre ellas resaltan, las atinentes a la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad y de guerra y su persecución en cualquier lugar y tiempo, así como todas las relativas a las graves violaciones a los derechos humanos en particular (mediante las que se anatemizan la tortura, la desaparición

forzada, el genocidio, el homicidio político, las privaciones ilegítimas de la libertad etc.)

Finalmente, mediante el art. 27 del Convenio de Viena se establece como principio la prohibición para los Estados de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Así se estatuye que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”

Dicho principio es de suma importancia, por cuanto a la fecha de aprobación de la Convención ya existían distintos tratados vigentes que de forma alguna se pueden soslayar. Entre estos fundamentalmente tres:

a.- el derecho humanitario establecido en las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 aprobadas por Uruguay el día 17 de Septiembre de 1968 por ley 13.683.

En efecto, las cuatro convenciones tienen un artículo en común, el 3º que en caso de conflicto nacional, veda toda violación a los derechos humanos de los prisioneros. Entre ellas, el homicidio, los atentados contra la integridad física, las torturas, los tratos humillantes o degradantes, las ejecuciones y las condenas sin previo juicio etc.

En resumidas cuentas, los militares debían tener presente en 1984 que amén de las normas del Código Penal también existían las Convenciones de Ginebra que prohibían los malos tratos a los prisioneros, más aún la muerte y/o la desaparición forzada de ellos.

b.- de igual forma el PIDC y P y en especial su art. 15 ya analizado que en sede de Principio de legalidad admite el derecho internacional.

c.- Y finalmente, aún cuando no se encontraba aprobado por Uruguay, ya existía la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad aprobada por la Asamblea General el día 26 de noviembre de 1968 por Resolución N° 2391 (XXIII) que entrara en vigencia el 11 de Noviembre de 1970.

En razón de lo que viene de verse, resulta evidente que al momento de los hechos que nos convocan, el principio general de derecho internacional de la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad ya existía como tal, por lo que mal puede sostenerse que exista una concurrencia al principio de irretroactividad de la ley penal.

3.- Ponderación de /principios.

Analizados dichos puntos, nos detendremos en los fundamentos incorporados por algunos integrantes de la Corporación en la sentencia N.º **680/2017** de la Suprema Corte de Justicia, para refutar la posición del malogrado Dr. Fernando Cardinal, en ocasión de integrar el Cuerpo en sentencia N° 794/2016.

Pues bien, si se parte de lo señalado supra, es decir que al momento de acaecidos los hechos que nos convocan, éstos ya ostentaban la calidad de

crímenes de Lesa Humanidad y por ende imprescriptibles, no existiría contradicción alguna, luego necesidad de proceder a efectuar ponderación entre principios.

Pues bien, de no admitirse tal temperamento, entonces detengámonos en lo fundamentado por la mayoría de la Corporación al respecto.

En dicha sentencia, la mayoría de la Corte procedió a citar al Profesor Cajarville y a Robert Alexy, para en definitiva hacer primar la seguridad jurídica y el principio de legalidad sobre la hipótesis de la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad.

Señalado lo precedente, analizaremos las citas en que se apoyan los firmantes en mayoría de la Corte.

A.- A poco que se analice la posición de **Cajaraville**, se verá, que pese a su enjundia, ésta no guarda correspondencia con la posición que se desea defender.

En efecto, señala el destacado Profesor patrio “*...debe concluirse que los derechos, deberes y garantías que se incorporan en la Constitución a través del art. 72, no pueden contrariar ninguna disposición constitucional expresa y deben ser coherentes con todas ellas*”.

Pues bien, aún si aceptamos dicha postura como válida, no por ello se debe colegir que ésta se adecue a la asumida por la Corte.

En efecto, de la posición doctrinal desarrollada surgen dos puntos relevantes:

a.- Según Cajarville, la discordancia entre los derechos, deberes y garantías que se incorporen por vía del art. 72 de la Constitución “*no pueden contrariar ninguna disposición constitucional expresa*”

En tal sentido nos preguntamos ¿qué *disposición constitucional expresa* se contraviene?

Si se analiza nuestra *Lex Fundamentalis*, se verá que la prohibición de retroactividad de la Ley penal no se encuentra regulada a texto expreso. Dicho principio -tan caro para la seguridad jurídica de los ciudadanos- no se encuentra recogido en “*ninguna disposición constitucional expresa*”, en tanto su reconocimiento, es el resultado del trabajo doctrinario y en definitiva una inferencia de los principios recogidos en la propia Constitución.

Véase al respecto, las notorias diferencias con otras constituciones, que establecen a texto expreso dicho principio.

En tal sentido, la constitución Argentina en su Artículo 18 establece “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”.

La constitución española en su Artículo 25. 1. preceptúa “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*”

En tanto, la Ley Fundamental alemana prevé en su artículo 103 que “...*Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto...*”

Aclarado dicho punto, entonces necesariamente se debe inferir que la irretroactividad de la ley penal -al igual que la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad- ingresa a nuestra carta política por vía del art. 72. Ergo, aún cuando aceptemos por buena la postura del Profesor Cajarville, ésta no se adecua a la situación que nos convoca.

b.- No obstante, Cajarville también sostiene en su trabajo, que las nuevas disposiciones incorporadas por vía del art. 72 de la carta “*deben ser coherentes con todas ellas*”.

Ante ello nos planteamos la siguiente interrogante ¿la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad no resulta coherente con la Constitución?

Es obvio que la imprescriptibilidad de crímenes de tal naturaleza, no solo se adecua plásticamente al sustrato iushumanista del art. 72, sino que se encuentra en línea con toda la carta política. Habida cuenta que ésta, en su parte dogmática establece un conjunto significativo de normas tendiente a proteger a los ciudadanos ante el Estado. Y ello, con especial énfasis en sus derechos humanos.

En tanto, precisamente la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad es una forma más de protección o de barrera para que los derechos humanos no sean vulnerados.

Es que en última instancia, no se puede perder de vista que los indagados eran funcionarios públicos, que bajo el amparo del poder del Estado, y en ostensible violación de las normas existentes al momento del acaecimiento de los hechos, violaron flagrantemente los derechos humanos de las personas bajo su égida.

B.- Señalado lo precedente, veamos ahora la inferencia que realiza la mayoría de la Corte a partir de la cita de Alexy.

Como reseñáramos supra, la mayoría de la Corporación apoya su decisión en **una cita** de Robert Alexy, y tras ella pondera en mejor medida el principio de legalidad sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Pues bien, no discutiremos la cita transcripta, pero nos vemos obligados a realizar la siguiente aclaración.

El profesor Robert Alexy en tanto fiel representante de la 2da. Escuela de Kiel, ha tomado posición específica en la materia. Y por cierto, dicha postura es opuesta a la que se sostiene en la sentencia de la Corte.

En efecto, Alexy abordó el tema que nos convoca (eventual violación de la irretroactividad de la ley penal) en ocasión de comentar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán referida al caso de los homicidios de

los centinelas del muro de Berlin. Homicidios cometidos en perjuicio de quienes querían huir de la República Democrática Alemana (RDA) bajo el régimen dictatorial que regía en dicho Estado.

En la instancia, se encontraba en discusión si era admisible una causa de justificación reconocida en el régimen totalitario de la RDA. Pues, de admitirse tal tipo permisivo, la consecuencia sería la impunidad de quienes cometieron los homicidios amparados en éste.

El Tribunal Constitucional abogó en la sentencia por la aplicación de las normas vigentes al momento del juzgamiento de los hechos y por ende confirmó la condena de los imputados.

En la decisión estaba en juego el principio constitucional de la irretroactividad de la norma penal estatuido en el art. 103 de la Ley Fundamental alemana, que como señaláramos supra establece que “*Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto*”.

Ante ésta tensión, Alexy estuvo de acuerdo con la posición asumida por el Tribunal Constitucional y al transcribir parte de la sentencia expresó “*la protección estricta de la confianza mediante el 103.2 de la Ley Fundamental debe inaplicarse cuando, en primer lugar, ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales sean respetados (verwicklicht) y, en segundo lugar cuando bajo éstas circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremadamente injusto, sin olvidar el hecho que el Estado “incite, por encima de las normas escritas, a un derecho injusto semejante desfavoreciéndolo”*”. (Robert Alexy Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin en Revista DOXA Universidad de Alicante N°23 año 2000 pág. 213)

Y más adelante sostuvo “*Cuando se trata de una sanción penal, la ponderación conduce siendo razonable, a una estricta prioridad del principio de protección de confianza. Así surge la regla del art. 103.2. Solo bajo la singular circunstancia de que en un Estado injusto existan causas especiales de justificación que encubren derecho extremadamente injusto, ha de invertirse esta relación de prioridad. En tales condiciones, dado que la confianza no disfruta de ninguna protección, debe prevalecer la justicia material*””. (Alexy Derecho injusto ob. cit. Pág. 216)

Y en línea con lo que señalara antes afirmó “*Desde su pronunciamiento sobre la objeción de conciencia el Tribunal aplica la fórmula de que también los derechos ilimitables pueden ser limitados, conforme al principio de proporcionalidad, siempre que así lo exijan derechos fundamentales de terceros u otros valores jurídicos dotados de rango constitucional. Esta fórmula trae a colación la idea de la interpretación sistemática según la cual las normas de un nivel, aquí el constitucional, puede delimitarse*

mutuamente, lo cual se corresponde asimismo con la idea de unidad de la Constitución. Pues bien, ésta fórmula también resulta aplicable al derecho cuasifundamental del art. 103.2 LF, regulado en la Ley Fundamental fuera del catálogo de derechos fundamentales propiamente dicho, pero protegido, al igual que éstos, por el recurso de amparo. El valor jurídico contrapuesto dotado de rango constitucional es aquí el principio de justicia material, anejo al principio del Estado de Derecho". (Alexy Derecho Injusto ob. cit. Pág. 217)

Por su parte, en un trabajo posterior -donde defiende la tesis de Gustav Radbruch según la cual ***"la extrema injusticia no es Derecho"*** y pone de ejemplo la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán ante los homicidios en la frontera de la RDA- sostuvo: *"Si ante éste telón de fondo, se pondrá la confianza del autor activo en un Estado injusto, en una causa de justificación duradera por la injusticia legal en la que se apoyan sus hechos, frente a los derechos de las víctimas y, precisamente por el efecto de riesgo, también frente a las víctimas futuras, hay muchos argumentos a favor de no concederle ya más protección a la confianza del autor si se traspasó el umbral hacia la extrema injusticia. Por consiguiente la fórmula de Radbruch también puede ser aceptada en el ámbito del Derecho penal."* (Robert Alexy Una defensa de la fórmula de Radbruch en Anuario da Facultad de Dereito da Coruña N° 5 año 2001 pág. 95)

Como creemos haber aclarado supra, en la medida que no se vulneró el principio de legalidad en su versión de irretroactividad de la ley penal menos favorable, la ponderación realizada no resulta de recibo.

No obstante, si se persiste en dicho temperamento, no se logra comprender, desde lo filosófico y aún desde lo jurídico, ¿porqué debe primar el derecho de los victimarios -responsables de gravísimas violaciones a los derechos humanos- ante el derecho de las víctimas a la Verdad y a la Justicia?

II.-Incumplimiento del Principio de Motivación del fallo y desconocimiento de las normas en que se apoya.

Como segundo motivo de agravio, la Fiscalía entiende que se ha vulnerado el principio de motivación del fallo y con ello se desconocieron las normas que lo reconocen.

Dicho principio es una garantía judicial innominada, de las implícitas en el art. 72 de la *Lex Fundamentalis*, de donde fluye ínsita la proscripción de la arbitrariedad como otra cara de la misma moneda.

De igual modo, la exigencia de motivación se desprende del art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de DDHH *"Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidias garantías" incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido*

proceso.” (Corte Interamericana de DD HH Caso Tristan Donoso Vs. Panamá Sentencia del 27/1/2009 párr. 153; Corte Interamericana de DDHH Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr. 78.)

Asimismo, la Corte Interamericana de DD HH ha destacado que “*El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática*”. (Corte Interamericana de Derecho Humanos Caso Tristan Donoso Vs. Panamá Sentencia de 27 de Enero de 2009 Excepción preliminar Fondo, Reparaciones y Costas Párr. 152.)

Como fuera extensamente desarrollado en el capítulo PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS en el recurso de reposición y apelación interpuesto -al que *brevitatis causae* se remite- la Juez de primer grado incumplió ostensiblemente con la obligación de motivar su resolución. Pese a ello, dicho agravio fue soslayado por el Tribunal.

No obstante, sin detenernos en ese punto, la hostilizada cumplió parcialmente con dicho principio, o a contrario sensu incumplió en su totalidad el mismo. Habida cuenta que no se expidió sobre puntos extremadamente relevantes de los agravios presentados por el Ministerio Público.

Vulneración que la Suprema Corte de Justicia necesariamente deberá tomar en consideración al momento de resolver el actual recurso.

Pues, más allá de lo señalado por el Tribunal, lo cierto es que conforme al principio en consideración, las sentencias deben necesariamente pronunciarse sobre todos los tópicos en debate, por cuanto rige el aforismo “*ne eat iudex citra petita partium*”.

De no procederse de esa forma, se produce una *incongruencia omisiva o ex silentio* que *per se* implica un motivo de agravio pasible de casación.

Máxime, cuando nos encontramos en segunda instancia, donde el límite u objeto de la apelación es precisamente el agravio de las partes. Ergo, cada uno de ellos deben ser considerados por el Tribunal y por tanto explicitado los fundamentos por los cuales son desechados.

En la atacada, se presentan tres incongruencias omisivas por parte del Ad Quem.

Omisiones que por cierto no son menores y en especial una de ellas que resulta un punto axial de lo previamente resuelto.

En efecto, reiteramos, más allá que el Tribunal no contempló en absoluto el agravio de la Fiscalía respecto al incumplimiento de la A Quo de su obligación de motivar su resolución, también fue omiso en resolver los siguientes agravios:

1.- En el capítulo ARCHIVO DISPUESTO EN AUTOS Y SENTENCIA DEL TAP DE 2º TURNO del dictamen fiscal N° 245 la Fiscalía cuestionó la falta de claridad de del Tribunal cuando en su sentencia N° 125/2014 resolvió lo atinente a la prescripción.

En dicha instancia, el Tribunal resolvió aplicar el instituto de la cosa juzgada en relación al indagado C. y luego, dispuso “*la prescripción de los restantes hechos que integran la presente causa*”. Empero, en éste caso no determinó con precisión los hechos que quedaban alcanzados por dicha causal extintiva. Señalamos en su momento, que por decreto N.º 1135 de fecha 22 de Septiembre de 2014, la Sra. Juez Letrado dispuso “*Atento a lo resuelto en sentencia N° 125 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º turno archívese las presentes actuaciones...*” (fs. 509)

En tanto, el Tribunal había resuelto que “*b) existió cosa juzgada respecto de S.C. por haber sido condenado por el delito de Homicidio; y c) declarando la prescripción de los restantes hechos que integran la presente causa*” (fs. 492)

Huelga resaltar que, la prescripción recae sobre hechos con relevancia jurídica pasibles de quedar alcanzados en una norma penal.

Ahora bien, ante ello nos enfrentamos al siguiente problema:

a.- el decreto de la A Quo que dispuso el archivo de las actuaciones, no hizo ninguna referencia a los hechos que motivaron el mismo.

b.- por su parte, la sentencia del Tribunal en que se basara el decreto anterior, tampoco hizo un relato detallado de los hechos que motivaran las actuaciones, luego, de la prescripción.

En resumidas cuentas, más allá de la fundada resolución del Tribunal, desconocemos sobre que se dispuso la prescripción.

Dable es resaltar que, los presentes se iniciaron a partir de la denuncia presentada por el Ministerio de Salud Pública contra el Dr. E.S.P., por los delitos de “*Omisión de los funcionarios en proceder a denunciar los delitos art. 177 del CP, Encubrimiento Art. 197 CP, y Falsificación material en documento público Art. 236 CP.*” (fs. 34) Luego, es perfectamente posible inferir que la prescripción alcanzó únicamente tales entuertos y no el homicidio del Dr. Vladimir Roslik.

Este punto es crucial, por cuanto para resolver sobre que existe cosa juzgada, se debe resolver la dimensión objetiva y subjetiva de la misma.

En resumidas cuentas, a que hechos y a qué personas alcanzó en su momento la prescripción dispuesta. Circunstancia que no quedó clara en la sentencia N° 125/2014 del Tribunal, y que pese al agravio específico de la Fiscalía, tampoco fue despejada en la impugnada.

2.- En el capítulo COSA JUZGADA Y COSA JUZGADA APARENTE O FRAUDULENTA del dictamen fiscal N° 245, la Fiscalía puso especial énfasis en el instituto de la cosa juzgada fraudulenta o aparente.

Instituto reconocido por la doctrina y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, y recogido en los nuevos acuerdos internacionales en la materia.

No obstante, ese agravio tampoco fue resuelto por la atacada.

En dicha instancia señalamos:

La sentencia del Tribunal de Apelaciones de 2º turno, estableció que “*existió cosa juzgada respecto de S.C. por haber sido condenado por el delito de Homicidio*”.

Aún cuando se presume que tuvo en consideración para ello, la sentencia dimanada de la “justicia militar”, lo cierto que el tribunal no se explató sobre tal tópico.

Ahora bien, más allá de ello, se debe corroborar si no nos enfrentamos a lo que en la doctrina de los organismos internacionales protectivos de los derechos humanos, se denomina cosa juzgada aparente o fraudulenta.

En materia procesal penal se entiende por cosa juzgada, el principio que obsta la persecución penal, a una misma persona, por idénticos hechos, cuando existió una sentencia condenatoria o absolutoria.

Ello es el principio *non bis in idem* previsto en el art. 3 del C.P.P. art. 8.4 de la CADDHH, art. 14.7 del PIDCyP y más recientemente en el art. 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por Ley 17.510.

Primigeniamente, la prohibición de la doble persecución se encontraba condicionada a una triple identidad.

En tal sentido la doctrina nos habla de tres identidades o correspondencias que se ha de constatar, y ello, bajo el trípode latino de *eadem personam* (identidad de persona) *eadem re* (identidad de objeto) y *eadem causa petendi* (identidad de causa de persecución) por lo que de no acontecer alguna de ellas la prohibición no opera.

No obstante, en materia de derecho internacional penal se aduna un cuarto condicionamiento de carácter negativo. Mediante el mismo, se exige que la sentencia inicial no provenga de un Tribunal parcial o dependiente, o sea consecuencia de un proceso que tenga por objeto favorecer la situación del perseguido o lisa y llanamente su impunidad.

La primera vez que se estableció dicho requisito, fue en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia de 1993 donde en su art. 10 bajo el nomen iuris de Cosa juzgada estableció que “*Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si:*

b) *La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.*”

Poco tiempo después, el Art. 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994, bajo el nomen iuris de *non bis in idem* estableció que,

“Quienquiera haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional para Ruanda, excepto si: La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente, la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella tenía como fin sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional, o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente”.

Por su parte, dicho criterio fue regulado en el art. 20.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 (aprobado por Ley 17.510 del 27 de Junio del 2002). Mediante dicha norma no se admite la sujeción a proceso de personas que fueran juzgadas por otro Tribunal, a menos que lo haya sido para sustraerla de la responsabilidad penal que le corresponde, o el proceso no fue seguido por Tribunal imparcial o independiente y su accionar fue incompatible con la sumisión de la persona a la acción de la Justicia. Así estableció que *“La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”*

A partir de tales normas internacionales, la Corte Interamericana de DDHH ha señalado que no puede analizarse el instituto de la cosa juzgada, sin tomar en consideración el Principio de Debido Proceso Legal. Principio que se encuentra ínsito en toda persecución penal.

En buen romance, solo se puede hablar de **cosa juzgada sustancial**, si la sentencia fue el fruto del apego a las exigencias legales que preceden a la misma.

A sensu contrario, no se podrá hablar de una sentencia legal, si ésta se encuentra teñida de vicios formales que la deslegitiman. Pues, la legalidad/legitimidad de la sentencia, supone que ésta no se encuentre alcanzada por graves vicios que la contaminen.

Ello acontece con frecuencia en materia de graves violaciones a los derechos humanos, donde se advierten sentencias emanadas de tribunales no imparciales, no competentes y/o no independientes (art. 8.1 de la Convención Americana de DDHH).

Pues, para el caso de existir una sentencia contaminada por graves vicios formales, nos encontraríamos frente a una cosa juzgada aparente o fraudulenta, desde que supondría un grave engaño para las víctimas que de

esa forma verían claramente desmedrado su derecho a ser oído, al acceso a la Justicia y en definitiva a la verdad.

En tal sentido la Corte Interamericana ha sostenido que “*El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacional ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.*

Ha quedado plenamente demostrado (supra párr. 76.23 a 76.61) que el juicio del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvo contaminado por tales graves vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximiente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana. La regla básica de interpretación contenida en el artículo 29 de dicha Convención disipa toda duda que se tenga al respecto.” Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala Sentencia de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) Parrs. 131 y 132

En sentido concordante con lo anterior señaló en Almonacid vs. Chile “*En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem*” Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 154.

En tanto que en otro caso relevante, la Corte sostuvo, “*Por otro lado, la Corte recuerda que el principio de “cosa juzgada” implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, la Corte ha precisado que el principio ne bis in idem no resulta aplicable cuando el*

procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, y sustrae al acusado de su responsabilidad penal, no es instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o cuando no hay la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

Asimismo, la Corte considera que se presenta el fenómeno de cosa juzgada “aparente” cuando del análisis fáctico es evidente que la investigación, el procedimiento y las decisiones judiciales no pretendían realmente esclarecer los hechos sino obtener la absolución de los imputados y también que los funcionarios judiciales carecían de los requisitos de independencia e imparcialidad” Corte Interamericana de Derechos Humanos caso NADEGE DORZEMA y otros VS. República Dominicana Sentencia de 24 de Octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) Parrs. 195 y 196.

Entiende éste pretensor que tales consideraciones resultan trasladable al *sub exámine* por lo que mal podría admitirse la excepción de cosa juzgada.

Aún cuando no se lo explicita, se debe inferir que la sentencia N° 125/2014 del Tribunal de Apelaciones de 2º turno (por la que se consideró que existió cosa juzgada respecto de S.C.) tomó en consideración las resultancias de la “justicia militar”.

En tal sentido destacó “*El ciudadano C. fue condenado por el Homicidio de Vladimir Roslik, sin que ninguna parte cuestionara, aún antes de la polémica ley de caducidad de la pretensión punitiva, y se realizó un juicio reparatorio ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo por parte de los familiares*” ... “*Por lo que ambos extremos se han cumplido. Juicio y condena para C., sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y una acción reparatoria patrimonial hacia la familia*” (fs. 491 vto.)

Empero, más allá de dichas apreciaciones, lo cierto es que el Tribunal no ahonda en las características del “proceso” instaurado en la “justicia militar” y menos aún el resultado en sí.

Ahora bien, si se analiza en concreto las resultancias de la instrucción realizada por el juzgado militar de Instrucción de 5º turno en la causa 11/984, así como las consideraciones jurídicas desarrolladas en la causa 263/986 por el juzgado militar de 1ra. Instancia de 4º turno, se verá que **nos encontramos frente a una típica situación de cosa juzgada aparente o fraudulenta.**

En efecto.

A poco que se analicen las causas de la “justicia militar” referenciadas, se verá:

a.- Que tanto el instructor, como el decisor, fue un juez militar que por ende no guarda las mínimas exigencias requerida por los acuerdos Internacionales en materia de Juez Natural.

b.- Que lo instruido y resuelto encuadra plásticamente en lo que desarrolláramos supra referente a la cosa juzgada aparente o fraudulenta.

En efecto, al proceder al análisis de la instrucción realizada por el juez militar de instrucción, se verá que los únicos que declararon, fueron los propios militares que se encontraban en el momento del interrogatorio y muerte del Dr. Vladimir Roslik.

En tal sentido, ver las declaraciones de fs. 110 a 142 de la causa 11/984, de donde surge que, amén de los jerarcas de la unidad y división, declararon los oficiales que estuvieran en el interrogatorio, así como otros militares que se hallaban en la Unidad. Ergo, todos sujetos a jerarquía y/o eventualmente sospechosos del hecho.

Por el contrario a lo que indica toda instrucción debida, en la misma, no se tomó declaraciones a la cónyuge de Roslik o a su entorno familiar, que podría arrojar luz sobre la detención de éste, así como sus condiciones de salud previas al ingreso a la unidad militar. De igual forma, tampoco se interrogó a los restantes detenidos que compartieran reclusión junto al Dr. Roslik. A saber, P.D.S., J. y B. que al estar a las declaraciones de los deponentes de fs. 110 a 142, habrían sido enfrentados a Roslik para que éste aceptara los hechos que se le imputaban.

En resumidas cuentas, la instrucción solo se limitó a oír a los presuntos victimarios y no a las víctimas.

c.- Sin perjuicio de ello, obran en los expedientes militares, informes médicos que permiten inferir sin hesitación que la muerte de Roslik se produjo como consecuencia de los apremios físicos a los que fuera sometido.

En tal sentido:

A.- La Junta Médica conformada por el juez militar, integrada por el médico Supernumerario G.Z., el Médico de Sanidad Policial Of. Sub AYTE (PT) Dr. A.M. y el Médico de Servicio Público Comisario (P.T) Dr. A.M. fue conteste en afirmar que:

“1º No se dispone del protocolo de la primera autopsia.

2º No se conocen las circunstancias inmediatas en las que ocurrió el deceso.

3º Existen lesiones de índole traumática, superficiales, parietales y viscerales, éstas últimas asociadas a intensa palidez de piel y mucosas, la ausencia casi total de livideces cadavéricas u ausencia de cianosis del lecho subyugueal de ambos pies así como la exanguinación de los vasos hacen presumir la existencia de una anemia aguda.

4º Se constatan además signos directos e indirectos de asfixia, tales como manchas de Tardieu subpleurales, periáticas y sufusiones hemorrágicas perihiliares pulmonares u pericardicas, meningeas parietales en ambos peñascos y subaracnoideas del cerebelo, equimosis puntiformes de mucosa gástrica y la presencia de líquido anómalo en la luz del árbol bronquial distal del lóbulo inferior y medio del pulmón derecho.

Causa de la muerte:

- Anemia aguda
- Síndrome asfictivo

No es posible, tratándose de una segunda autopsia, en las condiciones reseñadas, determinar cual de estos elementos, o bien su asociación lesional, ha sido la causa última de la muerte.” (fs. 43 en la causa 11/84)

Por su parte, los Dres. J.A.M. (Jefe del Servicio de Anatomía Patológica del S.S.FF. AA.) y A.S. (Alférez de Navío Equiparado) designados peritos en la causa concluyeron:

“Por lo expuesto y dando contestación a lo preguntado por el señor Juez concluimos que:

1) Se trata de una muerte violenta multicausal:

a- Existió ingreso a los bronquios de un material fluido, de aspecto similar al del estómago, que al ser aspirado en vida, obstruyó la vía aérea determinando una asfixia aguda rápidamente mortal.

b- Existió un desgarro del hígado con un hematoma subcapsular, que determinó un secuestro sanguíneo a la circulación general.

c- Se comprobaron los estigmas de múltiples traumatismos superficiales y profundos.

2) Todas las causas antedichas han concurrido para provocar la muerte estando tan interrelacionadas entre sí que no pueden separarse.

3) Los signos externos e internos del cadáver que avalan estas conclusiones, han sido descritos en la transcripción de los Protocolos autópsicos y las consideraciones médico-legales, a las cuales nos remitimos.” (fs. 103 vto y 104 en la causa 11/84)

Finalmente a solicitud de la Defensa del imputado C. se expidió el Dr. C.M.C. que arribó a las siguientes conclusiones:

“- Existen signos de violencias externas e internas.

- Existen signos de asfixia.

- Existen signos en bronquios de la presencia de líquido similar al encontrado en estómago.

- Existen signos de secuestro sanguíneo.

- Probablemente ninguna de estas causas aisladas provocaron una muerte súbita, pero la consecuencia de ellas, sumada a condiciones fisiológicas y psicológicas especiales, son capaces de llevar a un paro cardio-respiratorio que produzca la muerte.”

En suma: Muerte multicausal con signos de violencias.” (fs. 175 vto. en causa 263/86)

En atención a ello, no cabe lugar a dudas que el accionar de los responsables de dicha muerte, queda alcanzado por la figura penal del Homicidio muy especialmente agravado por la grave sevicia (art. 312 Nrl. 1º) y por cometerse en el marco de otros delitos (art. 312 Nrl. 5º) Figura penal que posee una pena mínima de quince (15) años y que por ende lo vuelve inexcarcelable.

d.- No obstante ello, el entonces Mayor S.H.C.B. fue condenado por el juez militar de 1era Instancia de 2º turno, el Coronel Av. O.V., como “autor

responsable de los delitos de ataque a la fuerza moral de las fuerzas armadas por abuso de autoridad (CPM art. 58 num. 9º) y Homicidio Culpable (CPO art. 314) cometidos en concurso material (CPO art. 54) a la pena de dos (2) AÑOS DE PENITENCIARÍA, con descuento de la preventiva sufrida” (fs. 351 vto. en la causa 23/84)

e.- No obstante, C. solo cumplió una preventiva de cuatro (4) meses y dieciocho (18) días. (ver fs. 342 vto. y 353 en causa 23/84)

En resumidas cuentas ante un hecho de extrema gravedad como fue la muerte del Dr. Vladimir Roslik como consecuencia de los apremios físicos a los que fuera sometido, el imputado fue condenado por un Tribunal Militar (sin tomar declaración a los restantes detenidos ni a los familiares) por un Homicidio culpable, a una pena de 2 años de penitenciaría y de ésta solo cumplió 4 meses y 18 años de reclusión.

De esa forma, la situación de autos se encuadra perfectamente en lo que la doctrina reconoce como cosa juzgada aparente o fraudulenta y con ello se habilita la obligación para los magistrados de su desconocimiento.

Por último reiteramos, en éste punto se produjo una doble violación del Principio de motivación del fallo, por cuanto dicho tópico no fue tratado por la A Quo, como tampoco por el Tribunal, aún cuando formó parte de los agravios de la apelación.

3.- Finalmente, ni la sentencia de grado, ni la del Tribunal, tomó en consideración el extenso desarrollo realizado por la Fiscalía, en el capítulo OBLIGACIÓN ESTATAL DE INVESTIGAR, JUZGAR Y CONDENAR LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS de la vista fiscal N° 245. Dictamen al que se refiriera a su vez en el recurso de reposición y apelación interpuesto.

En dicho capítulo, se abordaron temas tan significativos como las obligaciones del Estado frente a la comunidad internacional, a partir de su integración a las Naciones Unidas. De igual forma, las asumidas en ocasión de su incorporación a la Organización de Estados Americanos en general y de la sentencia Gelman vs Uruguay en particular. En tanto, como contrapartida de dicha obligación internacional, también se puso especial énfasis en el Derecho a la Verdad y a la Justicia que asiste a las víctimas. Y correlato de ello, se subrayó que los institutos aplicados por la A quo y por el Tribunal soslayaban ostensiblemente tales obligaciones y tal Derecho.

Pese a tan extensa argumentación y a la sazón agravio, nada sostuvo la hostilizada al respecto.

En resumidas cuentas, en la medida que se conculcó el principio de motivación del fallo, se desconoció el art. 72 de la Constitución y el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ergo, aún desde ésta perspectiva la sentencia resulta pasible de ser casada.

III.- Errónea aplicación de normas al no contemplar las de origen internacional. En especial de las obligaciones que se dimanan de la pertenencia a las Naciones Unidas.

Como desarrolláramos previamente, en el numeral I.- Ley 18.831 y posición de la mayoría de la Suprema Corte de Justicia, a criterio de la Fiscalía, la hostilizada incurre en una errónea aplicación del derecho.

A poco que se analice la sentencia cuestionada, así como la que la precede, **Nº 125/2014** a la cual se remite, se verá que el Tribunal, en una posición eminentemente parcial y si se quiere chovinista, focaliza sus fundamentos primordialmente a partir de la normativa de carácter nacional. Adunase a ello, que cuando se refiere a la normativa de origen internacional, se posiciona desde una mirada ajena al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional y aún del Derecho Humanitario. Habida cuenta que lo hace desde los justiciables (victimarios) sin tomar en consideración a las víctimas.

A criterio de la Fiscalía, con lo resuelto se desconocieron todas las normas que imponen obligaciones a Uruguay por ser parte del concierto internacional de naciones.

En efecto, al integrarse a las Naciones Unidas, todo Estado parte debe cumplir con las exigencias establecidas en su Carta, así como en las Resoluciones emanadas de sus órganos en general y de las atinentes a los crímenes de Lesa Humanidad en particular.

En tal sentido, como señaláramos supra, la Asamblea General de NNUU dictó un conjunto muy importante de Resoluciones relativas a la persecución de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, entre otras: 3 (I); 95 (I); 2338 (XXII); 2391 (XXIII); 2583 (XXIV); 2712 (XXV); 2840 (XXVI).

Éstas finalizaron con la 3074 (XXVII) de 1973, en donde se establecieron los **Principios básicos en materia de persecución de los crímenes de guerra y de Lesa Humanidad**.

Mediante dichas resoluciones, se impuso a los Estados la obligación de perseguir, investigar y eventualmente castigar a quienes incurrieron en tales entuertos, sin importar el tiempo ni el lugar de comisión.

Y ello, por cuanto se entendía que ésta era una de las formas importantes de protección de los derechos humanos y una garantía de no repetición.

De lo anterior se desprende que ya en las décadas del 60 y 70, tales obligaciones representaban un principio general del derecho internacional.

Luego, dichas resoluciones -que forman parte de las fuentes subsidiarias previstas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia aprobado por la Ley 10.683- fueron desconocidas por el Tribunal.

Pero no solo ellas, sino las normas convencionales que con posterioridad ordenaron que fueran tenidas en consideración.

Habida cuenta que, el Ad quem al igual que la A Quo, omitieron considerar las normas internacionales que en materia de Principio de Legalidad remitían al derecho internacional.

En tal sentido no se puede soslayar lo establecido en el art. 11. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 15 del PIDC y P, que como viéramos, admiten la aplicación del derecho internacional en materia del principio de Legalidad.

A fortiori el Tribunal también pasó por alto los principios establecidos en la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho de los Tratados aprobado por Dec Ley 15.195 del 19 de Octubre de 1981.

En especial el art. 31 por el cual se obliga a los estados a actuar de buena fe y por ende interpretar los tratados conforme a su objeto y fin.

Los arts. 53 y 64 que reconocen las normas de *ius cogens* y su preeminencia sobre cualquier tratado que se oponga a éstas.

Y finalmente el art. 27 que veda la posibilidad que los estados puedan invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

En línea con lo que viene de verse, el Tribunal también pasó por alto que al momento de **la muerte del Dr. Roslik** estaba vigente e incorporada a nuestro orden jurídico, la Convención de Naciones Unidas contra la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y Lesa Humanidad.

Convención, que en la década del 60 afirmó el principio general de derecho internacional de la imprescriptibilidad de tales crímenes que ya se encontraba reconocido en el ámbito internacional.

En efecto, en los años 60, al cumplirse más de 20 años de los horrendos crímenes perpetrados por el nazismo, Europa comenzó a plantearse el problema de la eventual prescripción de los delitos acaecidos en dicho régimen.

En ese contexto el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad comenzó a ser tratado por la Organización de Naciones Unidas.

Tal circunstancia motivó que la Comisión de Derechos Humanos de dicho organismo en el 21º período de sesiones del año 1965 sentara las bases de la que a la sazón sería la Convención que saldó la cuestión.

Con tales insumos, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por la Asamblea General de ONU el día 26 de Noviembre de 1968.

En la referida Convención se estatuyó explícitamente su aplicación retroactiva, puesto que comienza la misma mediante la frase paradigmática “*Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido*” (art. I inc. 1º).

Es importante destacar que dicho temperamento se anunciaba en el Preámbulo del mencionado acuerdo Internacional.

Así expresamente señalaba “*...en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo*”. Por cuanto se advertía que “*la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes*”. Y en base a ello reconoce “*...que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal...*”

En definitiva, el Preámbulo así como el propio texto de la Convención, plasmó la línea de pensamiento en boga en los años 60, por la cual se procuraba cerrarle el paso a la impunidad de los crímenes perpetrados contra la humanidad en la segunda guerra mundial.

Pues, en dicho momento histórico se advertía con preocupación, que de aplicarse los términos de prescripción del derecho interno, irremediablemente se producía el contrasentido según el cual, aquellos grandes principios erigidos en dogma por la Revolución Francesa en procura de limitar el poder punitivo del Estado, terminaban obrando en favor de aquellos que desde posiciones de poder habían violado de forma flagrante los derechos más elementales del Hombre.

Motivo por el cual, en los trabajos preparatorios a la Convención se utilizó el término “**afirmar**” en reemplazo de “**enunciar**” que contenía el proyecto original, como forma de robustecer la tesis que **el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y Lesa Humanidad ya existía en el derecho consuetudinario internacional**.

Conforme a ello, resulta un lugar común interpretar que en tal instancia, el acuerdo internacional no se limitó únicamente a reconocer el principio de la imprescriptibilidad es decir a enunciarlo, sino a afirmarlo.

Dicha modificación, fue el resultado del consenso obtenido en el marco de la Comisión de DD.HH. durante su 22º período de sesiones llevadas a cabo entre el 8/3 al 5/4/1966 (Ver al respecto Informes de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 XXII, aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967 citados en parte por uno de los “Recordando” de la propia Convención).

De esta forma según Zaffaroni la Convención “*...resuelve bastante prácticamente la situación, pues solo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (jus cogens) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario*” (Eugenio Raul

Zaffaroni- Notas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en Rev. Nuevo Derecho Penal año 2000/ B pag. 438.)

Por lo que viene de verse se puede sostener sin hesitación que los agentes del Estado que hoy se pretende juzgar, quienes actuaron en los años 70 y 80, debieron tener un panorama claro de cual eran las reglas de juego en el momento en que perpetraron los crímenes que llevaron a cabo. Máxime, si se tiene presente que aquellos se encaramaron en lugares claves de los resortes del Estado.

Ahora bien, la Convención de Naciones Unidas que estatuye la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por Uruguay por Ley 17.347 de fecha 5 de Junio de 2001.

No obstante, entendemos que tal imprescriptibilidad al ser una norma de *ius cogens* ya era obligatoria para el Estado Uruguayo con anterioridad a su aprobación.

En efecto, la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad al ser una norma de protección de los derechos humanos resulta irremediablemente “*inherente a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*” por tanto desde su vigencia comenzó a formar parte del elenco de derechos y garantías implícitos que por vía de los arts. 72 y 332 de la carta política se constitucionalizan.

A ello se ha de adunar las previsiones de los arts. 27, 31, 53 y 64 de la Convención de Viena que dan prioridad al derecho internacional en desmedro del derecho interno y por la cual se reconocen como obligatorias las normas de *ius cogens*.

A fortiori, en la medida que dicha Convención desde su vigencia comenzó a formar parte del derecho internacional de los derechos humanos, también se encontraba contemplada -conforme al art. 11.2 de la DUDDHH y del art. 15 del PIDCyP.- por el Principio de Legalidad.

En virtud de dicha normativa, se ha de dar primacía a las normas de carácter internacional y con ello a la imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período más triste de nuestro pasado reciente.

Por lo que viene de verse, la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre la normativa nacional en la materia resulta de orden. Y ello por cuanto, el *ius gentium* conlleva un consenso racional universal de parte de las naciones más civilizadas, conforme al aforismo romano de Gayo *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*, (conjunto de reglas aplicadas a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad).

En resumidas cuentas, tanto la Juez de grado como el colegiado debieron tener presente la normativa citada, y correlato de ello, que al momento del acaecimiento de la muerte del Dr. Roslik, éste, no solo era un crimen de Lesa

Humanidad, ergo imprescriptible, sino que el Estado uruguayo estaba en la obligación de perseguir, juzgar y eventualmente condenar a sus responsables. Luego, de forma alguna debieron aplicar institutos o causales extintivas de la responsabilidad, por cuanto éstas son absolutamente incompatibles en materia de crímenes de Lesa Humanidad.

IV. Vulneración del Derecho a la Verdad y a la tutela judicial efectiva por desconocimiento de los arts. 1.1; 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con su posición contraria a la reapertura de la investigación, la impugnada impidió el legítimo derecho de las víctimas a saber lo ocurrido con su ser querido y concomitantemente su acceso a la Justicia.

Como nos recuerda Arendt a partir de la sentencia en el caso Eichmann “... *el castigo es necesario para defender el honor y la autoridad de aquel a quien el delito lesiona para que la ausencia de castigo no le degrade mayormente*”. (Hannah Arendt Eichmann en Jerusalén ed. De bolsillo Barcelona año 2005 pág. 417)

Pues bien, los operadores del sistema judicial tenemos muy introyectado que la respuesta punitiva que nos gobierna, hunde sus raíces en los finales del Siglo XVIII y principios del XIX, donde se acuñaron los grandes principios que nos rigen.

Por ello, hoy resulta un lugar común aceptar ciertas premisas que no siempre acompañaron la respuesta punitiva a lo largo de la historia.

En tal sentido, que la persecución penal como la pena sea pública, que se haya expropriado el conflicto a la víctima, así como que ésta sea un mero objeto del Proceso. De igual modo, que reconozcamos la existencia de un fuerte sistema de garantías en favor del imputado. A ello se aneja un principio elemental como el *nullum crime/nulla poena sine legge*.

A partir de tales consideraciones, el eje del sistema siempre estuvo basado en el imputado, desde que éste era el eslabón más débil frente al poder punitivo del Estado.

No obstante, ello cambió radicalmente a partir de la segunda guerra mundial y fundamentalmente al quedar al descubierto el holocausto nazi contra judíos, gitanos, disidentes políticos, homosexuales etc.

A partir de ello, se comprendió que los grandes violadores de los derechos humanos podrían ser los Estados, mediante los agentes de éstos encaramados en el poder. Ergo, en tales casos, los imputados ya no eran los débiles que se enfrentaban al poder del Estado, sino quienes usufructuando sus prerrogativas abusaron de éste en perjuicio de las víctimas.

Por tal motivo, en caso de graves violaciones a los derechos humanos, el eje del sistema no puede girar únicamente sobre el gozne del imputado, sino que la víctima comienza a ser otra parte importante del mismo.

Por un lado, por cuanto se le reconoce el derecho a que el Estado respete y garantice sus derechos humanos.

En tanto, en caso de vulneración de los mismos, adquiere a su vez ciertos derechos que lo parifican con el victimario.

En tal sentido y entre otros acuerdos internacionales, se deben tener presente los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de DDHH; el art. 14.1 del PIDC y P y arts. 1.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de DDHH.

En todos, se habla que “*a toda persona*” le asisten determinados derechos. De ello se infiere el Derecho al acceso a la Justicia o si se quiere a la Tutela Judicial efectiva que les asiste a las víctimas.

Con lo resuelto, se desconoció dicho derecho y con ello las normas que lo gobiernan.

El origen normativo del derecho a la verdad lo podemos encontrar en el Protocolo I del año 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que en su Art. 32 estatuyó “*...las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.*”

Pese a ello, su proyección tuvo origen en Latinoamérica, tras la barbarie de las dictaduras militares instauradas en el continente en las décadas del 70 y 80. En especial, a partir de las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales instauradas en dichos regímenes.

Pues, dicho derecho se fue consolidando a partir del reclamo de los familiares de las víctimas a saber cuál fue el destino de sus seres queridos, así como las interrogantes respecto a las causas, los motivos, las circunstancias de lo acontecido y aún de los responsables de ello. (Juan E. Mendez Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales AAVV ed. CELS Buenos Aires año 2004 págs. 517 y s.s. Pablo Galain Palermo Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal: análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Rev. Penal México N° 4 Marzo a Agosto 2013 págs. 65 y s.s.)

No obstante, en la actualidad dicho derecho es admitido pacíficamente por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entiende que la obligación estatal de persecución de las graves violaciones a los derechos humanos se encuentra intrínsecamente imbricada con el Derecho de las víctimas al conocimiento de los hechos y de su acceso a la Justicia. En tanto éste, es un Derecho fundamental que se enmarca dentro del ámbito del debido proceso y de las garantías judiciales.

A partir de los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal, surge lo que hoy es un patrimonio común de la Humanidad, que es el Derecho a la Verdad y a la

tutela judicial efectiva, que asiste a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Tal reconocimiento fue ampliado y reconocido en forma más precisa a partir de los arts. 1.1, 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

Así art. 8.1 estatuye “*Toda persona tiene derecho a ser oída... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”

En tanto, el art. 25.1 refuerza la idea al estatuir “*Toda persona tiene derecho 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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”.

En la medida que ambas normas utilizan la frase “*toda persona*” ésta es comprensiva de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

Normas de las que se infiere no solo el derecho a la verdad, sino también a la tutela judicial efectiva. En tanto ésta última, comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, así como recurrir la misma. Derecho que por cierto alcanza a las víctimas. (José I. Cafferata Nores Proceso Penal y Derechos Humanos ed. CELS Buenos Aires año 2004 págs. 45 y 46)

Al igual que ocurriera con la obligación de persecución para el Estado, fue en el caso Velazquez Rodriguez Vs. Honduras donde la Corte Interamericana asume inicialmente el derecho de las víctimas a conocer lo acontecido. Allí señaló “*El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo) Parr. 181.

Con posterioridad a dicha sentencia, la Corte profundizó el punto en el caso Blake Vs. Guatemala al señalar “*Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto “todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia” ...En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente*

investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por lo tanto, la Corte declara que Guatemala violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicholas Blake en relación con el artículo 1.1 de la Convención. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Blake Vs. Guatemala Sentencia de 24 de enero de 1998 (Fondo) Parr. 97.

Posteriormente, en el caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala ensayó una definición al respecto “*De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo) Parr. 201; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 148; Caso Kawas Fernandez vs. Honduras Sentencia de 3 de abril de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 117; Caso Anzualdo Castro vs. Perú Sentencia de 22 de Septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 118; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 148.

Por tanto, a partir de los artículos reseñados y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe lugar a dudas que a los comparecientes de autos le asiste el derecho irrenunciable a la verdad y por ende a movilizar los órganos estatales para que actúen en consecuencia.

No obstante ello, la posición asumida por el Tribunal soslayó las normas e interpretaciones referenciadas, y con ello, el derecho que asiste a las víctimas.

V.- Incorrecta interpretación de las normas jurídicas que gobiernan el principio non bis in idem.

A criterio de la Fiscalía, la impugnada realiza una incorrecta interpretación de las normas que gobiernan el principio de non bis in idem, y ello significa un nuevo agravio pasible de casación.

Según la hostilizada, de seguirse la postura de la Fiscalía se vulneraría el principio non bis in idem y en apoyo de ello transcribe el art. 3 del CPP (Ley 15.032)

A poco que se analice dicha norma, se verá que la situación de autos no queda comprendida en la misma.

En efecto, el art. 3 mencionado bajo el *nomen iuris* (Prohibición del doble enjuiciamiento) estatuye “*Ninguna persona puede ser procesada dos veces por un mismo hecho constitutivo de infracción penal...*”

Luego, lo que efectivamente veda, es la posibilidad de dictar un nuevo procesamiento cuando exista uno previo.

Huelga resaltar que, en la medida que nos encontramos en la etapa de Presumario, no se cumplió con el requisito exigido por la norma, es decir la existencia de un procesamiento previo.

En resumidas cuentas, el artículo citado no aplica al presente.

Concomitantemente a ello, se fundamenta la decisión en las normas del nuevo CPP (Ley 19.293) y a partir de los arts. 5 y 133 de dicho cuerpo normativo se infiere que, “*resulta materialmente imposible juzgar dos veces a una persona por los mismos hechos una vez que recayó sentencia ejecutoriada a su respecto*”.

Obviamente que el nuevo CPP en su art. 5 realiza una mayor descripción del instituto.

Pues, dicha norma estatuye “*Ninguna persona puede ser investigada más de una vez por un mismo hecho por el cual haya sido sometida a proceso...*”

No obstante, a criterio de la Fiscalía la misma no alcanza el tenor que la atacada pretende atribuirle.

En efecto, la causal extintiva de responsabilidad referida por la hostilizada, gira en torno a dos goznes intrínsecamente imbricados.

Pues, para que aplique dicha causal, la persona debe haber sido “*investigada*” y “*sometida a proceso*” con anterioridad.

En tal sentido, se debe reconocer que, alguno de los posibles beneficiarios de la posición del Tribunal fueron mínimamente “*investigados*” en el presumario que nos ocupa. Habida cuenta que fueron citados a declarar.

Reiteramos, alguno de ellos no todos los posibles responsables.

No obstante, no se puede colegir tan diafanamente que los convocados a declarar hayan sido sometidos a proceso.

Parece atinado sostener que para que la persona “*haya sido sometida a proceso*” como mínimo debe de haberse dispuesto la formalización de la investigación que (pese a las diferencias) en esencia no es otra cosa que el antiguo procesamiento.

Y ello se ve reforzado precisamente con el art. 133 del nuevo CPP -que habilita la clausura de la causa, cuando exista “*sentencia ejecutoriada sobre los mismos hechos*”. De ello se colige en forma meridiana, que para que exista sentencia debe de haberse formalizado la investigación. En resumidas cuentas formalizado o en términos del antiguo CPP procesado a la persona.

Pues, parece un contrasentido que exista una sentencia en el marco de la investigación previa, cuando ésta es una instancia eminentemente investigativa a cargo del Ministerio Público.

Evidentemente, aún cuando se quiera tomar en consideración la nueva normativa procesal, ésta tampoco aplica al *sub causae*.

Sin perjuicio de lo anterior, y como forma de eludir la obligación del Estado dimanada del párrafo 254 de la Sentencia Gelman vs. Uruguay, la impugnada entiende que no puede cumplir con ello, en virtud de la propia normativa internacional en la materia.

En tal sentido procede a transcribir algunas normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y en especial la atinente al non bis in idem. Pues bien, a poco que se analice el texto del propio art. 8.4 de la Convención se verá que éste tampoco es de aplicación en los presentes.

En efecto, dicha norma establece *“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”*

El texto es muy claro, por cuanto nos habla de *“inculpado absuelto”*.

De ello se desprende que debe haber existido, por un lado una imputación y por otro -tras dicha imputación- una absolución por parte del Tribunal.

En otras palabras, para que opere la causal extintiva deberá preexistir un juicio previo y haber culminado con una sentencia absolutoria.

Reiteramos una vez más, en el presente nos encontramos ante un Presumario donde no hubo imputación alguna por parte del accionante, por lo que menos aún absolución.

Por tanto, la impugnada, al trasladar conceptos eminentemente doctrinales que no se adecuan a la situación de autos, desconoció el alcance preciso de las normas que gobiernan el instituto.

En razón de ello, la sentencia debe ser casada.

VI.- Errónea interpretación del art. 29 de la Convención Americana de DD.HH

Por su parte, el Tribunal, en ocasión de reivindicar la preeminencia de la norma nacional sobre la internacional y a los efectos de refutar lo dispuesto en el párrafo 254 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Gelman Vs. Uruguay, se apoya en el art. 29 de la Convención Americana.

De esa forma, realiza una incorrecta interpretación de la norma en consideración (es más, contraria a la efectuada en la doctrina y jurisprudencia internacional) y con ello incurre en otra errónea aplicación del derecho, que agravia a la Fiscalía y resulta pasible de casación.

En efecto, conforme a la postura del Ad quem, a partir de los arts. 8.4, 9 y fundamentalmente del 29 de la Convención Americana, se debe soslayar lo resuelto por la Corte Interamericana, y por tanto, aplicar los institutos de la prescripción, de la cosa juzgada y del non bis in idem, por cuanto éstos son una garantía para los justiciables.

Ante ello, fluye una interrogante elemental ¿pudo la Corte Interamericana haber establecido el párrafo 254 de la sentencia Gelman sin tener en

consideración tales normas? La respuesta es obvia. Es evidente que las tuvo presente. No obstante, pese a ellas, optó por el camino que asumió por cuanto se posicionó desde las víctimas y no de los victimarios.

Más allá de ello, lo que nos interesa resaltar es la inapropiada interpretación realizada por el Tribunal y en especial el desconocimiento del principio hermenéutico ***pro homine o pro persona*** que se dimana -entre otros- del propio art. 29 de la Convención Americana. Y lo que es más llamativo, la interpretación contraria al mismo.

En efecto, dicho Principio surge reconocido de forma explícita o implícita en diversos tratados sobre derechos humanos. A saber en el art. 29 de la C.A.DH; art. 5 del PIDCyP; art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales; Art. 1.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y del art. 41 de la Convención sobre los Derechos del niño.

Según el mismo *“se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos”* (Mónica Pinto El Principio Pro Homine criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en Martin Abregú y Christian Courtis (compiladores.) La aplicación internacional del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales- Ed. Del Puerto Buenos Aires año 1997 pág. 163)

En un sentido muy similar se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC 5/85 Parr. 52.

De esta forma, en materia de derechos humanos, quien se encuentre llamado a resolver una controversia, deberá optar por la norma, o en su caso la interpretación, que de mejor forma logre asegurar, proteger y/o garantizar el o los derechos humanos en consideración.

Del texto de los acuerdos internacionales se infieren dos dimensiones del Principio, la atinente a la preferencia interpretativa y la que refiere a la preferencia normativa.

En lo atinente a la **preferencia interpretativa** operan a su vez ciertas guías de actuación o si se quiere sub principios. Entre ellos:

a.- el **“favor debilis”** (víctimas) que obliga a poner especial énfasis en la protección de éstos (Martin Risso Ferrand Interrelación entre el Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 16 año 2012 Madrid pág. 313; Nestor Pedro Sagüés La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales e internacionales Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Buenos Aires año 1998 pág. 7 y s.s; Antonio Candado Trindade La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los Derechos Humanos en El Juez y la defensa de la

Democracia. Un enfoque a partir de los Derechos Humanos AA.VV. San José de Costa Rica año 1993 pág. 226; Gonzalo Aguilar Cavallo y Humberto Nogueira Alcalá El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa en Rev. de Derecho Público de la Univ. de Chile Santiago N° 84 1er. semestre año 2016 pág. 16; Humberto Nogueira Alcalá El Principio o postulado Pro Homine o favor persona como estándar en materia de Derechos Humanos en Rev. Do curso de Direito Sao Luis (Brasil) año III N°6 Jul/Dez 2013 págs. 134 y 135)

b.- Asimismo el “*in dubio pro actione*” o “*favor actione*” que dará siempre prioridad a la acción frente a situaciones que tiendan a restringirla. Ello implica dar eficacia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva favoreciendo de ese modo el acceso a la Justicia. (Gonzalo Aguilar Cavallo y Humberto Nogueira Alcalá El principio favor persona ob. cit. pág. 16; Humberto Nogueira Alcalá El Principio o postulado Pro Homine o favor persona ob. cit. págs. 134 y 135)

En razón de ello, siempre se dará preferencia a una interpretación que tienda a dar protección a las víctimas y que viabilice su acceso a la justicia.

En lo que refiere a la **preferencia normativa**, se desplazan los inveterados conflictos entre normas de carácter interno versus las de origen internacional, así como entre normas de diversa jerarquía. Pues, a partir del principio a estudio, lo relevante a considerar, es la norma que mejor y mayor protección otorgue al derecho, sin tomar en consideración su origen o rango jerárquico. En virtud de ello, no importa la jerarquía de la norma a aplicar, desde que en el caso siempre debe regir la que conlleve un alcance más abarcativo de derechos, o de protección hacia la persona.

Huelga resaltar que la posición de la Corte Interamericana lo que interpreta, y por ende busca con su postura, es brindar mayor protección a las víctimas de tan aberrantes actos.

En tal sentido en su Opinión Consultiva OC 2/82 sostuvo: “*La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.*”

A fortiori, como todo tratado la Convención Americana en general y éste art. 29 en particular se debe interpretar conforme a las pautas hermenéuticas establecidas en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena.

Y en ellos se establece que un tratado debe ser interpretado de buena fe y tomando en consideración el objeto y fin para el que fue creado el propio tratado.

Pues bien, a partir de ello resulta de perogrullo resaltar que la Convención Americana de Derechos Humanos fue acordada con el objeto y fin de darle protección a tales derechos.

Ello surge en forma palmaria de su Preámbulo cuando sostiene *“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”*.

En tanto, una de las formas de brindar protección a la violación de los derechos humanos en general y a las gravísimas en particular -que se da en ocasión de crímenes de Lesa Humanidad- es precisamente la persecución, la investigación, el juzgamiento y el castigo de sus responsables.

Y éste es un principio general de Derecho internacional reconocido por Naciones Unidas en distintas Resoluciones. Como ya lo hemos desarrollado supra, entre otras en las resoluciones **2338 (XXII); 3020 (XXVII) y 3074 (XXVIII)**

En línea con lo que viene de verse, el representante regional adjunto para América del Sur de ACNUDH Humberto Henderson tras transcribir las normas atinentes al Principio pro homine y entre éstas al art. 29 de la Convención Americana señaló *“De la lectura de estos instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras debe hacerse aquello que mejor proteja al individuo o a la víctima de una violación a los derechos humanos”* ... *“Este principio se basa en que los derechos inherentes a la persona humana reconocidos por la conciencia jurídica internacional, deben ser protegidos frente al accionar ilegítimo del Estado, así como frente a la institucionalidad estatal, a sus agentes, empleados, funcionarios o servidores públicos, las cadenas de mando, los grupos clandestinos e irregulares a su servicio, así como la red de relaciones que favorecen, permiten o amparan las violaciones de derechos humanos en un escenario de impunidad”*. (Humberto Henderson Los tratados de derechos humanos en el orden interno: La importancia del Principio pro homine en Rev. del Instituto Interamericano Vol. 39 pág. 91)

En razón de lo que viene de verse, no se logra comprender, como es posible realizar una interpretación del art. 29 de la Convención Americana que beneficie a los indagados (victimarios) en detrimento de las víctimas.

VII.- Incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Gelman vs. Uruguay y de la Resolución de supervisión de la misma. Desconocimiento de los arts. 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue muy precisa en ocasión de condenar al Estado uruguayo en el caso Gelman vs. Uruguay.

En dicha instancia, señaló con precisión que Uruguay debía investigar, juzgar, y eventualmente condenar, las graves violaciones de los derechos humanos acaecidas en el pasado reciente. Correlato de ello, también sostuvo que todos los órganos del Estado debían abstenerse de aplicar institutos tales como la cosa juzgada, irretroactividad de la ley, prescripción, non bis in idem u otras causales que obstaculicen dichas investigaciones.

Así sostuvo: “*Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay.*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso GELMAN VS. URUGUAY Sentencia de 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones. Parr. 253)

“*En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.*” (Sentencia caso GELMAN VS. URUGUAY Parr. 254)

Huelga resaltar que el Tribunal, tanto en su sentencia N° 125/2014, como en la hoy impugnada, soslayó lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Empero, no solo ello, como ya señaláramos, concomitantemente también desconoció todas las normas y principios estudiados en los arts. 26, 31, 53 y 64 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de los tratados. Y en especial su art. 27, de allí que Risso, en ocasión de tratar los alcances de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Gelman Vs. Uruguay destacó que “*... la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (con las nacionales y las internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena)*” y más adelante concluyó “*Las sentencias de la CIDH podrán compartirse, podrán criticarse pero, como toda sentencia, deben ser*

cumplidas en su totalidad”. (Martin Risso Ferrand Cumplimiento de la sentencia de la CIDH en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley interpretativa 18.831 en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año 2013 págs. 639 a 654)

No obstante, más allá de este desconocimiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, el Tribunal también pasó por alto, distintas normas de la Convención Americana que obligan a los Estados Parte, a cumplir las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales creados a los efectos de brindar una mejor protección de los Derechos Humanos.

En efecto, mediante la hostilizada se vulneraron los arts. 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pues, de ellos se extrae con meridiana claridad que los fallos de la Corte Interamericana son obligatorios para los Estados Parte que sometieron la contienda ante ella.

Así el art. 62.3 estatuye los parámetros sobre los que se resuelve la cuestión “*La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.*”

El art. 67 establece el carácter de definitivo e inapelable del fallo “*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.*”

Y por último, el art. 68.1 corporiza la obligación de cumplimiento para los Estados Parte “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*”

En tal sentido, no se puede soslayar, que la más prestigiosa doctrina nacional e internacional, es conteste en señalar la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana cuando ésta ejerce su competencia contenciosa.

En tal sentido, en el ámbito nacional ver, Martin Risso Ferrand Cumplimiento de la sentencia de la CIDH en el caso Gelman ob. cit; Hector Gros Espiel Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa en La Corte y el sistema Interamericano de Derechos Humanos San José de Costa Rica año 1994 pág. 223 y s.s; Fernando Urioste Braga Control Internacional de Legalidad. Jurisprudencia en Derechos Humanos en Revista de la Facultad de Derecho N° 10 págs. 233 y ss; Daniel Ochs Olazabal El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay en Rev. La Ley Uruguay N° 7 año 2011 pág. 881 y Pablo Galain Palermo La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección en Revista Penal México N° 6 Marzo Agosto año 2014 pág. 142.

En tanto, en lo internacional ver German Bidart Campos La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna en V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional ed. UNAM pág. 101; Néstor Pedro Sagües Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad ob. cit. págs. 285 y 286; Juan Carlos Hitters ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad) en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Nro. 10 Julio-Diciembre 2008 págs. 131 y s.s; Humberto Nogueira Alcalá Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX Bogotá págs.. 511 y s.s;)

De lo anterior, se infiere que la atacada, al proceder en forma contraria a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman Vs. Uruguay, (y aún de la Resolución de la Corte de supervisión de cumplimiento de dicha sentencia) no solo incumplió lo ordenado por ésta, sino que concomitantemente a ello, vulneró los arts. 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana. Luego, conforme a lo establecido en el art. 270 del CPP ha ocurrido en una *“infracción o errónea aplicación de normas derecho”*, por desconocimiento de una norma aplicable.

Por tanto resulta pasible de casación.

COLOFON

Como ya lo hemos señalado en ocasión del recurso de reposición y apelación interpuesto, hasta el presente el Estado Uruguayo incumplió:

1.- su **obligación de respeto** a la libertad individual, la integridad física y aún la vida de Vladimir Roslik, desde que agentes del mismo, procedieron a detenerlo ilegítimamente, a torturarlo y a darle muerte. De esa forma se violaron los arts. 4, 5 y 7 de la Convención Americana.

2.- su **obligación de garantía**, puesto que no se efectuó una investigación seria, eficiente y en un plazo razonable para determinar quien o quienes fueron los responsables de tan aberrante acto. De esa forma se violaron los arts. 1, 2 y 7.5 de la Convención Americana.

3.- su **obligación de tomar medidas** tendientes a que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, por cuanto se resolvió disponer el archivo sin agotar los medios para efectivizar una investigación con las debidas garantías. Archivo que estuvo precedido de las eximentes de prescripción y cosa juzgada, expresamente vedadas por la Corte Interamericana. De esa forma se vulneró el art. 8.1 de la Convención Americana.

4.- Lo ordenado por la **sentencia y aún la resolución de supervisión de cumplimiento** de la Corte Interamericana en el caso Gelman Vs. Uruguay, por la que se obligó al Estado uruguayo a realizar las investigaciones,

juzgamiento y eventual condena de aquellos que hayan violado los derechos humanos en el pasado reciente. De esa forma se conculcaron los arts. 62.3, 67 y 68.1 de la Convención Americana.

Ante ello, Uruguay se enfrentará a una nueva condena internacional. Razón por la cual mediante éste recurso aboga para que ello no acontezca.

PETITORIO

Por lo antes expuesto a los Sres. Ministros PIDE:

1.- Tenga por presentado en tiempo y forma el recurso de casación interpuesto.

2.- Una vez efectuado el traslado pertinente, se proceda a casar la sentencia del Tribunal de Apelaciones Penal de 2º turno Nº 10/2020 de fecha 11 de Marzo de 2020.

En tal sentido, se disponga que el homicidio del Dr. Vladimir Roslik Bichkov al tratarse de un crimen de Lesa Humanidad no ha prescripto, y que en lo que refiere a S.C., existió cosa juzgada fraudulenta o aparente con su correspondiente consecuencia.

Una vez ello, se proceda a realizar una investigación efectiva y en un plazo razonable, para determinar las circunstancias y los responsables de tan lamentable insuceso de nuestro pasado reciente.