



IUE: 316-10015/1987

JUZGADO: JUZGADO LETRADO DEL INTERIOR

TIPO: EN DESPACHO

CARÁTULA: MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. "DENUNCIA".

N.º DE ACTUACIÓN: 245

Sra. Juez:

Se pasan en vista los presentes a partir del escrito de fs. 515 a 528 presentado por María Cristina Zavalkin y Valery Roslik Zavalkin (cónyuge e hijo respectivamente del Dr. Vladimir Roslik) mediante el cual solicitan el desarchivo de los presentes.

En dicha comparecencia, se describe detalladamente la persecución a la que fue sometida un grupo de vecinos del Pueblo San Javier en el período dictatorial, y en especial las detenciones, apremios físicos y posterior encarcelamiento que sufrieran diversas personas de la localidad.

En el relato se pone especial énfasis en dos hechos puntuales:

a.- las detenciones acaecidas en abril de 1980 donde el Dr. Vladimir Roslik junto a otros vecinos de la localidad fueron objeto de torturas, sometidos a la "Justicia Militar" y posteriormente encarcelados en el Penal de Libertad.

b.- lo acontecido en abril de 1984 donde también fueron detenidos sometidos a diversos tormentos y posteriormente encarceladas distintas personas de San Javier. Asimismo que en dicho marco operativo se produjo la muerte del Dr. Vladimir Roslik.

Concomitantemente a ello, a los efectos de corroborar lo denunciado, proponen un cúmulo importante de nombres de víctimas a ser citadas. Así como proporcionan la identidad de los presuntos responsables de tales apremios.

A poco que se analice la situación planteada, se verá que dicha comparecencia trae aparejado distintos problemas jurídicos. Habida cuenta que obra en autos una sentencia del Tribunal de Apelaciones de 2º turno que resolvió que “b) existió cosa juzgada respecto de Sergio Caubarrere 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)

Pues bien, a partir de dicho fallo se plantea la necesidad de discutir y resolver diversos tópicos.

En primer lugar, acerca de distintos institutos muy relevantes al Derecho Penal sustancial y adjetivo, de igual forma, las normas a aplicar (nacionales /internacionales) así como los derechos de los justiciables y de las víctimas, y concomitantemente a ello, temas como soberanía y obligaciones generadas a partir de la adhesión del país a la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

Sin perjuicio de lo anterior, también se deberá resolver el alcance fáctico y personal de la resolución de primer grado y aún la del mismo Tribunal. En otras palabras, sobre qué hechos efectivamente se dispuso la prescripción y a quienes alcanza. Pues, el fallo al establecer la “prescripción de los restantes hechos que integran la presente causa” necesariamente obliga al interprete a resolver precisamente que hechos motivaron la instrucción y por ende resultan pasibles de ser alcanzados por la sentencia. De igual modo en la medida que solo determinadas personas fueron citadas a declarar y por ende interpusieron la excepción de prescripción, aún cuando se mantenga incólume dicho fallo se deberá resolver la situación de otros posibles involucrados.

A partir de tales cuestiones, el suscrito pasará a desarrollar las razones que lo llevan abogar por el desarchivo de los presentes.

CIRCUNSTANCIAS DE LA MUERTE Y CONTEXTO HISTÓRICO

Vladimir Andres Roslik Bichkov nació el 14 de Mayo de 1941, por lo que al momento de la detención tenía 43 años y se desconocía que tuviera alguna enfermedad que pudiera prever su muerte a tan temprana edad.

Era casado con María Crsitina Zavalkin y tenía un hijo, Valery Roslik quienes hoy comparecen a solicitar el desarchivo de las actuaciones.

Se desempeñaba como médico de Medicina General en la colonia San Javier del Pueblo de igual nombre ubicado en el Departamento de Rio Negro.

Se encontraba vinculado al Partido Comunista del Uruguay y al Frente Amplio.



Fue detenido el día 14 de Abril de 1984 por personal militar dependiente del Batallón de Infantería N° 9 a donde fue trasladado por la fuerza.

En dicho lugar, fue sometido a diversos apremios físicos y como consecuencia de ellos falleció el día 16 de Abril de 1984.

En ese momento el Uruguay se aprontaba para la vuelta 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 el retorno a la Democracia. Democracia, que tras las elecciones del 25 de Noviembre de 1984, retornó el 1° de Marzo de 1985 con la asunción del Dr. Julio María Sanguinetti.

Por ello el operativo montado para la detención de Roslik y su desenlace final fue contra pelo de la historia.

OBLIGACIÓN ESTATAL DE INVESTIGAR, JUZGAR Y CONDENAR LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

1.-Obligaciones dimanadas de su incorporación a la Organización de Naciones Unidas.

A partir de la creación de la Naciones Unidas y las nuevas responsabilidades que asumen los Estados en la esfera internacional, se infiere según Ferrajoli, que han caído los presupuestos y las características de la soberanía, revelándose la misma como un pseudo concepto, o más aún, en una categoría antijurídica habida cuenta que la misma es ausencia de límites y de reglas que por esencia entronizan al Derecho (Luigi Ferrajoli La Soberanía en el mundo

moderno en Derechos y Garantías. La Ley del más débil Ed. Trotta Madrid 1999 pags. 125 y s.s.) Pues, en lo que tiene relación con los derechos humanos, los Estados dejan de ser libres (soberanos) para disponer respecto de sus ciudadanos en dicha materia. Y ello por cuanto, asumen ante los restantes países signatarios de los acuerdos internacionales, diversas obligaciones de carácter protectivas respecto de los derechos humanos. Bajo dicha égida se debe tener presente que 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 fé 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 refulgen 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, en especial un conjunto importante que imponen la obligación de perseguir, juzgar y condenar los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Entre ellas, la 3 (I) por la que se establece la persecución y extradición de los criminales de guerra, la 95 (I) por la que se confirman los principios reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nùremberg, la 96 (I) 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 la tendencia, desde que se hace de la persecución de los criminales de guerra y de lesa humanidad una cuestión elemental de protección de los derechos humanos.

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”

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 imprescriptibilidad 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 transcritas 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 transmisión 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 N° 3074 (XXVIII) del 30 de Noviembre de 1973 bajo igual nomen iuris 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 recomendaciones 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. Habida cuenta que, 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, una norma de ius cogens con todas las implicancias que ello conlleva.

Consciente Gros Espiell 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 N° 6 pág. 16)

b.- Obligaciones a partir de la normativa internacional aprobada por Uruguay.

A este cúmulo de obligaciones internacionales derivadas de las Resoluciones



transcriptas supra, se han de adunar las normas de carácter internacional que profundizan dicho temperamento. Y en este caso, sí podemos hablar de fuentes jurídicas principales del Derecho Internacional Público establecidas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

En tal sentido no se puede soslayar lo previsto en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCyP), que establece “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

De igual forma, lo estatuido en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADDHH) “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

De dichas normas, se desprenden diversas obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos humanos. Entre las mismas, refulgen las de respetar, proteger y garantizar el libre ejercicio de los mismos.

En lo que nos atañe, de dicho marco normativo se desprende la obligación de garantía

para los Estados parte, la que se entroniza en el deber de prevenir, investigar, juzgar y eventualmente sancionar toda violación de los derechos reconocidos por los acuerdos internacionales en la materia.

Pues, a nadie escapa que una de las formas que permiten dar protección a los derechos humanos es precisamente la persecución penal de las conculcaciones que sobre los mismos recaigan. Máxime, si se trata de graves violaciones a los

derechos humanos perpetradas por agentes del Estado o mediante la aquiescencia de éste.

Conforme al art. 1.1 de la CADDHH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desplegado una jurisprudencia constante -desde la señera sentencia en el caso Velazquez Rodriguez Vs. Honduras del año 1988- tendiente a imponer a los Estados la obligación de perseguir las graves violaciones a los derechos humanos.

Pues, en aquel entonces señaló "La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo) Parr. 166.

Ello fue reiterado entre otras en el caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 184 y caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 110

Dicho temperamento fue posteriormente ampliado en la también emblemática sentencia de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos vs. Perú del año 2001, donde estableció el criterio que aún perdura en la materia "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos."

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos Vs. Perú



Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo) Parr. 41. Posición reiterada en Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 112; La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 152; caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia Sentencia de 1 de Julio del 2006 Parr. 402; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas) Parr. 294.

En línea con lo anterior, la Corte avanzó sobre el punto, habida cuenta que estableció el marco normativo en la materia. Concomitantemente a ello, puso en consideración un elemento imbricado a las graves conculcaciones a los derechos humanos por parte de los agentes del Estado como lo es su impunidad. Circunstancia que necesariamente opera en contra de la obligación de protección que asiste a los Estados. Ello aconteció en el caso Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.

Allí se sostuvo “La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno

ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar

impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”. Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. 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) Párrs. 110 y 111.

c.- Obligaciones derivadas de la aprobación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

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 Uruguay mediante el Dec. Ley 15.195 de fecha 19 de Octubre de 1981.

Mediante dicho acuerdo, se positivizaron un conjunto muy importantes 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, en general, las atinentes a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, su persecución en cualquier lugar y tiempo, así como todas las atinentes a las graves violaciones de derechos humanos en particular (mediante las que se anatimizan la tortura, desaparición forzada, genocidio, homicidio político privaciones ilegítimas de la libertad etc.)

Finalmente, mediante el art. 27 se establece como principio la prohibición de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. “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 aprobados por Uruguay que de forma alguna se pueden soslayar. Entre estos fundamentalmente dos:

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 3° 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 se debe considerar lo previsto en el art. 15.2 del PIDCyP por el cual se admite que el Principio de Legalidad contemple la normativa de base nacional y aún la internacional, al disponer que "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". Dable es recordar que dicha norma es muy similar a la ya estatuida en el art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que establece "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

Por tanto, en la medida que mediante dichas normas es admitido en materia de Principio de Legalidad el derecho internacional, es posible colegir que en 1984 la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (de fecha 26 de Noviembre de 1968) era pasible de ser aplicada.

d.- Obligación funcional de protección de los derechos humanos, e investigación de sus violaciones.

Conforme a la normativa de base internacional sobre derechos humanos se encuentra en la obligación funcional de actuar conforme a aquella. En efecto, el art. 1.2 de la CADDHH establece que "los Estados Partes se comprometen a adoptar ... las medidas legislativas o de otros carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades", en tanto el art. 2. 2 del PIDCyP prevé "Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter



que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

De dichas normas se dimanaban verdaderos mandatos de actuación para todos los órganos del Estado.

Pues cuando se mandata a tomar medidas “de otros carácter” se está refiriendo a las sentencias del Poder Judicial (German Bidart Campos La relación entre el Derecho internacional de los DD.HH y el Derecho argentino- en Aplicación del Derecho Internacional de los DD.HH- Ed. Del Puerto- CELS- Bs As -1997-págs. 84 y ss.) pero también a los dictámenes del Ministerio Público. Dable es resaltar que a partir del precedente Almonacid Arellano y otros Vs. Chile la Corte Interamericana de DDHH ha internalizado lo que se conoce como “control de convencionalidad” Conforme al mismo existe una obligación para los jueces, de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a lo estatuido en las normas internacionales sobre derechos humanos para que éstos no se vean afectados por leyes que sean contrarias al objeto y fin de aquellas. (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) Parrs. 123 a 125. Reiterado en Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) parr. 173.

Por su parte este criterio originario para los jueces se extendió a los restantes órganos vinculados a la administración de Justicia (incluyendo en ellos por cierto a los Fiscales) lo que surge en forma meridiana del Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Parr. 225; donde señaló “ Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el

ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”

Dicho criterio, a su vez fue ratificado y ampliado a todos los órganos del Estado en el Caso Gelman Vs. Uruguay. “ ... particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”²⁹⁸. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales” Corte Interamericana de DDHH caso Gelman vs. Uruguay Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Párr. 239.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DERECHO A LA VERDAD

En materia de derechos humanos es pacífico admitir 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.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 ensaya lo que será un paradigma en la protección de los DDHH habida cuenta que en su Preámbulo se afirma que “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”. A partir de tal prólogo enuncia un plexo de derechos que se reconocen a la persona humana por el solo hecho de ser tal. Entre ellos se destacan:

Art. 8. “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”

Art. 10. “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

A partir de dichos arts. 8 y 10 de la Declaración Universal, surge lo que hoy es un patrimonio común de la Humanidad, que es el Derecho a una tutela judicial efectiva que asiste a la víctimas de violaciones a los derechos humanos o si se quiere el Derecho a la Verdad reconocido a aquellas. Tal Derecho a la Tutela Judicial efectiva, fue luego ampliado y reconocido en forma más precisa en el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 8.1 y 25.1.

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”

Normas que en definitiva marcan la impronta y razón principal, desde el ámbito supranacional, por la que el Estado basa la obligación de perseguir el delito, que no es otra que el de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”.

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 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 sobre 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 dicho organismo internacional avanzó sobre el punto, por cuanto en distintas sentencias sostuvo que, “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 tanto a movilizar los órganos estatales para que actúen en consecuencia.

URUGUAY Y LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DDHH

Uruguay ha sido objeto de observaciones y aún de sanciones por parte de los organismos internacionales con competencia en materia de Derechos Humanos.

Así, entre otros:

- 1.- El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por Comunicación Nº 107/1981 observó a Uruguay por la desaparición forzada de la maestra Elena Quinteros y estableció que éste “tiene la obligación de hacer una investigación completa del asunto”
- 2.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a nuestro país por las muertes del estudiante Hugo de Los Santos Mendoza (caso 1783) de la

estudiante Nibia Sabalsagaray (caso 1870) y de Alvaro Balbi (caso 1967) y recomendó "que disponga una investigación completa e imparcial para determinar la autoría de los hechos denunciados y, de acuerdo con las leyes uruguayas, que sancione a los responsables de dichos hechos".

3.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó a nuestro país por la detención ilegal y los apremios físicos en perjuicio de Jorge Mazzarovich y determinó entre otras cuestiones "Recomendar al Gobierno que investigue los hechos denunciados, y en su caso, sancione a los responsables y se sirva comunicar la decisión que adopte a la Comisión dentro del plazo máximo de 60 días."

4.- Sin perjuicio de tales pronunciamientos entre Junio de 1987 y Abril de 1989 la Comisión Interamericana de DDHH recibió diversas denuncias presentadas por ciudadanos uruguayos, que pusieron en su conocimiento, los delitos de homicidio, desaparición forzada y torturas sufridas en el período de la dictadura cívico militar que aconteciera en nuestro país.

Ante tales denuncias, dicha Comisión elaboró el Informe 29/1992 sobre Uruguay, donde concluyó que al socaire de la Ley 15.848, nuestro país violó los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de DDHH por cuanto mediante dicha norma se impidió dar respuesta al reclamo de las víctimas.

En tanto, a los efectos de constatar la vulneración del art. 1.1 de la Convención, transcribió parte de la Sentencia del caso Velásquez Rodríguez, Vs. Honduras (Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987) y así sostuvo "La Corte al interpretar el alcance del artículo 1.1 la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que "la segunda obligación de los Estados partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción...Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención..."

5.- Por su parte, la Corte Interamericana de DDHH en la paradigmática sentencia del caso Gelman vs. Uruguay, trató los distintos temas abordados supra, desde que en ella reitera su posición respecto de la obligación para Uruguay de proceder a la investigación, juzgamiento y condena de quienes hayan violado los derechos humanos. De igual modo, reconoció el derecho de las víctimas al conocimiento de la verdad y como consecuencia de ello, la imposibilidad de admitir institutos que viabilicen la impunidad de tales conductas.



Así sostuvo, “Esta Corte ha establecido que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

En ese sentido, las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1 y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos.

En especial, las leyes de amnistías afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención.

A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los

términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos.” Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Gelman vs. Uruguay Sentencia de 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) Párrs. 225 a 228

Y tales conceptos son reiterados en el transcurso de la Sentencia pues posteriormente consideró “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 aquella 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.

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. Caso Gelman vs. Uruguay Sentencia de 24 de Febrero de 2011 Párrs. 253 y 254

Y tales consideraciones son de extrema relevancia, por cuanto se deben concatenar con el punto 11 de la parte dispositiva de la sentencia que remite expresamente a los párrafos 253 y 254. “El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia”.



A partir de ello Risso ha sostenido (en posición que se comparte por éste pretensor) que necesariamente el punto 11 de la Sentencia Gelman vs. Uruguay, no se circunscribe únicamente a dicho caso, sino que se irradia a todos las denuncias de violaciones a los derechos humanos de similares características y que hayan ocurrido en el lapso comprendido en la Ley de caducidad 15.848. (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 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año 2013 págs. 639 a 654)

COSA JUZGADA Y COSA JUZGADA APARENTE O FRAUDULENTA

La sentencia del Tribunal de Apelaciones de 2º turno, estableció que “existió cosa juzgada respecto de Sergio Caubarrere 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 detuvo en especial sobre ese punto.

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 al respecto.

Ello es el principio non bis in idem previsto en el art. 3 del C.P.P. art. 8.4 de la CADDHH y 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 -principalmente extranjera- que se ha planteado el problema 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 acción 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 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 internacionales 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 eximente 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 alegarse la excepción de cosa juzgada.

Aún cuando no se lo explicita, se debe inferir que la sentencia N° 125 del Tribunal de Apelaciones de 2° turno (por la que se consideró que existió cosa juzgada respecto de Sergio Caubarrere) tomó en consideración las resultancias de la “Justicia Militar”.

En tal sentido destacó “El ciudadano Caubarrere 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 Caubarrere, 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 5° turno en la causa 11/984 y así como las consideraciones jurídicas desarrolladas en la causa 263/986 por el Juzgado Militar de 1ra. Instancia de 4° turno, se verá que nos encontramos

frente a una típica situación de cosa juzgada aparente o fraudulenta.

En efecto.

A poco que se analice las causas referenciadas se verá:

1.- Que tanto el instructor como el decisor fue un Juez Militar y por ende no guarda las mínimas exigencias requerida por los acuerdos Internacionales en materia de Juez Natural.

2.- Que lo instruido y resuelto encuadra plasticamente 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 jefes de la unidad y división, declaran los oficiales que estuvieron 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, Pirez Da Silva, Jacina y Balachir 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 imputaran.

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

3.- 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 Gonzalo Zuasti, el Médico de Sanidad Policial Of. Sub AYTE (PT) Dr. Adolfo Montauban y el Médico de Servicio Público Comisario (P.T) Dr. Anibal Mojoli fue conteste en afirmar que :

"1° No se dispone del protocolo de la primera autopsia.



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

3° 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 todos los vasos hacen presumir la existencia de una anemia aguda.

4° Se constatan además signos directos e indirectos de asfixia, tales como manchas de Tardieu subpleurales, peritricas 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 asfíctico

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. José A. Mautone (Jefe del Servicio de Anatomía Patológica del S.S.F.F. A.A.) y Augusto Soiza (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 autopsicos 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 Caubarrere se expidió el Dr. Carlos Maggi Cárdenas 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 Nral. 1º) y por cometerse en el marco de otros delitos (art. 312 Nral. 5º) Figura penal que posee una pena mínima de quince (15) años y que por ende lo vuelve inexcusable.

4.- No obstante ello, el entonces Mayor Sergio Hector Caubarrere Barron fue condenado por el Juez Militar de 1era Instancia de 2º turno, el Coronel Av. Oscar Vilche, 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)

5.- Pese a ello, Caubarrere 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 fuera sometidos Roslik no eran precisamente jurídicamente indiferentes, sino todo lo contrario, desde que se constituían 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 años de reclusión.

De esa forma, la situación de autos se adecua 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.

A fortiori, no se pueden soslayar las enormes diferencias que existen con otros casos similares:

- 1.- En la causa IUE 97-397/2004 ante Penal 10° turno, donde se investigó la muerte por torturas de Nibia Sabalsagaray, el responsable de la misma fue condenado por Homicidio intencional muy especialmente agravado (art. 312 Nrales 1° y 5| del C. Penal) a una pena de 28 años.
- 2.- En la causa IUE 88-97/2010 ante Penal 7° turno, los responsables de la muerte de Ubagesner Chavez Sosa fueron condenados por Homicidio muy especialmente agravado calificado como crimen de lesa humanidad a las penas de 19 y 17 años respectivamente.
- 3.- En la causa 90-10462/2002 ante Penal 2° turno, los responsables de la muerte de María Claudia Garcia de Gelman fueron condenados por Homicidio especial y muy especialmente agravado (arts. 311 Nral. 2 y 312 Nral. 5) a la pena de 30 años de penitenciaría.
- 4.- En la causa 2-53193/2010 el presunto responsable de la muerte de Aldo Perrini fue procesado por un delito de Homicidio político y en la actualidad

recayó acusación por la cual se solicita responsabilidad por Homicidio muy especialmente agravado (art. 312 Nrales 1 y 5) a una pena de 22 años.

5.- En la causa IUE 96-10504/1986 ante Penal 4° el responsable de la muerte de Gerardo Alter fue condenado por el delito de Homicidio muy especialmente agravado (art. 313 Nral. 1°) a la pena de 21 años.

ARCHIVO DISPUESTO EN AUTOS Y SENTENCIA DEL TAP DE 2° TURNO

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 2° turno archive las presentes actuaciones ..." (fs. 509)

En tanto, como ya relatáramos el Tribunal había resuelto que "b) existió cosa juzgada respecto de Sergio Caubarrere 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)

Ya analizamos lo atinente a la cosa juzgada, ahora se debe analizar lo referente a la prescripción resuelta en autos.

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.- como se señalara supra, el decreto que dispuso el archivo de los presentes, no hace ninguna referencia a los hechos que motivaran el mismo.

b.- la sentencia del Tribunal en que se basara el decreto anterior, tampoco hace un relato detallado de los hechos motivante de las actuaciones, luego, de la prescripción.

En resumidas cuentas, más allá de la fundada resolución del Tribunal, desconocemos sobre qué 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. Eduardo Saiz Pedrini, 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 entendible que la prescripción alcanzó unicamente tales entuentos.

En atención a lo que viene de verse, a criterio de la Fiscalía correspondería acceder a lo peticionado. Y ello, a los efectos de instruir en debida forma, la



detención ilegítima y los apremios físicos a los que fuera sometido el Dr. Vladimir Roslik en el año 1980, así como la muerte de éste en dependencias del Batallón de Infantería N.º 9 acaecida en el año 1984.

Montevideo, 17 de diciembre de
2018

Firma: _____