INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
COMMISSION INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME

CIDH 40 años en defensa de los DERECHOS HUMANOS

OBSERVACIONES FINALES ESCRITAS
Caso 12.607
Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman Iruretagoyena
Uruguay

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana", "la Comisión" o "la CIDH") sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") la demanda en el caso número 12.607, *Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman* y *María Macarena Gelman García Iruretagoyena* (en adelante "las víctimas" o "la parte lesionada"), contra la República Oriental del Uruguay (en adelante "el Estado", "el Estado uruguayo" o "Uruguay"), por su responsabilidad en la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman; el nacimiento en cautiverio de su hija, María Macarena Gelman; la separación involuntaria de María Claudia y María Macarena; las consecuentes violaciones que produjo la entrega de María Macarena a una familia que no era su familia biológica y la falta de conocimiento de estos hechos por la misma[1]; la búsqueda incesante del paradero de María Claudia y de María Macarena por parte del señor Juan Gelman; así como la búsqueda infructuosa de verdad y justicia por parte de las víctimas. Este caso se presentó además por la omisión de las autoridades estatales de investigar a los responsables de la aplicación de una política sistemática de represión; omisión que ha permitido la prolongación del estado de impunidad en que se encuentra el caso y la falta de establecimiento de todos los hechos del mismo.

2. Al día de hoy, solamente es posible establecer que la ciudadana argentina María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y su esposo, Marcelo Ariel Gelman (que también estuvo desaparecido y cuyos restos fueron ubicados en Argentina), fueron detenidos en su residencia al amanecer del 24 de agosto de 1976. Posteriormente, ella –quien se encontraba en avanzado estado de embarazo- fue transferida al centro de detención clandestino conocido como Automotores Orletti, en Buenos Aires, Argentina. María Claudia fue trasladada al Uruguay la segunda semana de octubre de 1976 y fue alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa (SID). A fines de octubre o comienzos de noviembre, fue retirada del centro clandestino y trasladada al Hospital Militar, donde dio a luz a su hija, María Macarena Gelman García Iruretagoyena. Tras el parto, fue llevada con su hija al SID, donde siguió separada de los demás detenidos. A fines de diciembre de 1976, fue retirada del SID, junto con su hija, la que le fue sustraída para ser entregada a un funcionario policial, quien la inscribió como su hija. A 34 años de sucedidos estos hechos, no existe una versión oficial de lo sucedido a María Claudia a partir de ese momento.

3. Sin embargo, al día de hoy, sí es posible establecer que desde su desaparición, en 1976, los familiares del matrimonio Gelman Iruretagoyena iniciaron su búsqueda de verdad y justicia y que, fue hasta el año 2000, en que el abuelo paterno de María Macarena, el señor Juan Gelman, pudo establecer contacto con su nieta y confirmar su filiación e identidad. Es posible establecer, también, que las acciones penales iniciadas fueron archivadas, de

[1] Como lo son la supresión de su identidad y nacionalidad y, consecuentemente, la falta de protección de sus derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la protección de la honra y la dignidad, a la integridad personal y la falta de adopción de medidas especiales por su condición de niña

conformidad con la decisión del Poder Ejecutivo de aplicar la Ley N° 15.848 de 1986 *Ley de Caducidad Punitiva del Estado*[2] (en adelante "Ley de Caducidad" o "Ley de Amnistía") en el año 2003 y que, a pesar de que -también por decisión del Ejecutivo- éstas se reabrieron en el año 2005, las mismas se volvieron a archivar por solicitud del Ministerio Público del Uruguay. Una vez más, en el año 2008, se resolvió autorizar la reapertura de la causa que investiga el secuestro y desaparición forzada de María Claudia García de Gelman, mas ésta aún no ha arrojado resultado alguno sobre las eventuales responsabilidades en el caso[3].

4. Estos hechos tuvieron principio de ejecución en un contexto de violaciones sistemáticas a los derechos humanos y de cooperación y operaciones conjuntas entre los militares y servicios de inteligencia de Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay con el objetivo de eliminar a "terroristas subversivos", sobre el cual la Corte Interamericana ya ha tenido oportunidad de pronunciarse[4]. En ese sentido, para la época de los hechos, el gobierno militar que ocupó el poder de junio de 1973 a marzo de 1985, aplicó en Uruguay una política sistemática de represión que se caracterizó por un patrón de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas –de adultos, niñas y niños-, torturas y apropiación de niñas y niños[5], entre otras graves violaciones a los derechos humanos[6]

5. Durante el trámite del caso ante la Comisión, el Estado informó que, en relación con el cumplimiento de las recomendaciones de su informe de fondo[7], se había ordenado la

---

[2]Como se establece en el párrafo 86 de la demanda en el presente caso: El impacto de la Ley N° 15.848 o Ley de Caducidad fue hacer caducar la facultad del Estado de procesar y sancionar a los militares y policías responsables de la violación de los derechos humanos durante el período de la dictadura. El Parlamento, tras considerar anteriores proyectos de "amnistía" que habían sido rechazados, no podía legalmente usar el término "amnistía" nuevamente en un proyecto revisado durante la misma legislatura

[3]Sobre la falta de garantías de que se vuelva a aplicar la ley de "Caducidad Punitiva del Estado" al caso concreto, ver peritaje rendido por la Dra. Mirtha Guianze en audiencia pública ante la Corte el 15 de noviembre de 2010 en Quito, Ecuador

[4]Ver: Corte I.D.H., Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 61.8

[5]Ver: Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidos que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias (http://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/cap.5.htm) en que la CIDH recomendó: Un aumento de las penas para los delitos de supresión y suposición del estado civil y sustracción de menores, y la creación de una figura calificada o agravada para el caso en que tales delitos se cometan al amparo o con oportunidad de la desaparición forzada de los padres verdaderos; La revisión de las normas procesales en cada uno de los Estados miembros para facilitar el uso de aportes científicos para el esclarecimiento de estos caso, para agilizar los trámites de las acciones de filiación, y para facultar a los magistrados a adoptar medidas preventivas urgentes tendientes a evitar la fuga de personas, el ocultamiento de niños o la destrucción de evidencias; y La revisión, y en su caso la modificación, de las normas de fondo y de procedimiento sobre adopción, para adecuarlas a la realidad contemporánea y de ese modo contribuir a su mayor observancia en todos los países

[6]Una Comisión parlamentaria sobre la situación de los desaparecidos y sus causas informó en noviembre de 1986 que 164 uruguayos, incluidos ocho niños, habían "desaparecido" entre 1973 y 1982. Treinta y dos habían "desaparecido" tras su arresto en Uruguay, 127, tras su secuestro en Argentina, tres en Chile y dos en Paraguay, en circunstancias similares. La Comisión Parlamentaria señaló que tenía pruebas que implicaban a las fuerzas de seguridad uruguayas en esos delitos. Concluyó que "todos los adultos murieron tras el tratamiento brutal a que fueron sometidos o fueron directamente ejecutados." La conclusión de la Comisión parlamentaria de que todos los "desaparecidos" habían muerto equivale a una presunción, dado que no realizó una búsqueda de pruebas específicas en cada caso y no tenía facultades para investigar los registros u obtener testimonios de las Fuerzas Armadas. Ver: Informe de Americas Watch, *"Challenging Impunity: The Ley de Caducidad y the Referendum Campaign in Uruguay"*, 12 de marzo de 1989, pág. 25, Apéndice 4, donde se cita a Amnistía Internacional, INFORME DE AMNISTIA INTERNACIONAL 1986, págs. 202-3.

[7]El 18 de julio de 2008 la Comisión Interamericana aprobó el Informe N° 32/08 sobre el fondo del presente caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Convención Americana. En él, la CIDH formuló una serie de

reapertura de la causa, se había realizado un plebiscito para la anulación de la Ley de Caducidad [8], se había dado un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de inconstitucionalidad de la mencionada ley en un caso concreto (Sabalsagaray) y se había iniciado el tratamiento, por parte del Parlamento Nacional, del proyecto de ley de reparación integral a las víctimas del terrorismo de Estado, entre otros aspectos. La Comisión consideró la información proporcionada por las partes y, sin perjuicio de valorar el hecho de que la causa haya sido reabierta, así como las otras gestiones informadas por el Estado, determinó que el Estado uruguayo no había dado cumplimiento cabal y satisfactorio a las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 de la Convención Americana.

6. La remisión del caso a la Corte plantea importantes cuestiones acerca de la naturaleza de las obligaciones de un Estado democrático como sucesor de una dictadura y a la luz de uno de los períodos más graves que le tocó vivir a numerosos países de América Latina durante la década de los 70s y principios de los 80s en el marco de la "Operación Cóndor". Asimismo, plantea la problemática resultado del uso de normas excluyentes de responsabilidad por parte del Estado uruguayo, que renunció, mediante la Ley de Caducidad, a las pretensiones punitivas que debería tener respecto de las actuaciones de sus agentes –civiles o militares- hasta 1985, período en el que se dio la transición democrática en el Uruguay.

7. El presente caso plantea también violaciones que no solamente afectan a las víctimas del mismo sino, también, a millones de habitantes del continente americano que, de manera directa o indirecta, fueron víctimas de las atrocidades que cometieron aquéllos que creyeron tener el derecho sobre la vida y la integridad de los demás. Así, este caso involucra el interés público de todos los habitantes de las Américas, puesto que se relaciona con el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos fundamentales y evitar que éstas se repitan. Se relaciona, también, con la impunidad que gozan en la actualidad aquéllos que destruyeron en Uruguay la garantía principal para la defensa de los derechos humanos: el sistema democrático, el Estado de derecho.

8. Frentes a estas graves violaciones y ruptura democrática, tanto el Uruguay como otros países de la región, respondieron de la misma manera: garantizando la impunidad absoluta de los perpetradores de estos graves hechos. Como sucedió en Argentina, Perú y El Salvador, las leyes se sancionaron luego de la presión ejercida por el estamento militar frente al posible inicio de acciones judiciales con el objetivo de evitar que los militares comparecieran ante la justicia y el planteamiento de que el objetivo era el fortalecimiento

---

conclusiones y recomendaciones al Estado uruguayo. Dicho informe fue transmitido al Estado para que éste informara acerca de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones allí formuladas. A partir de ese momento, se otorgaron 3 prórrogas al Estado del Uruguay, ante la firme expresión de su voluntad de dar cumplimiento a las recomendaciones.

[8]Una de las recomendaciones emitidas por la CIDH al Estado en su informe de fondo, fue: "Adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la Ley N° 15 848 o *Ley de Caducidad*". Es pertinente mencionar que en el mismo tenor, bajo el mecanismo de la revisión periódica universal, el 11 de mayo de 2009 Naciones Unidas refirió a la vigencia de la Ley de Caducidad Punitiva del Estado y promovió la abolición de la misma para permitir la investigación y sanción de las violaciones de derechos humanos del pasado. Ver: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Highlights11May2009AM.aspx, donde se establece: "Additionally, Uruguay was encouraged to abolish the Expiry Law of the Punitive Powers of the State to allow for thorough investigation and prosecution of all human rights violations of the past; to examine measures needed to expedite trials and judgments [...]"

democrático[9]. En ese sentido, el artículo 1 de la propia *Ley de Caducidad Punitiva del Estado* establece lo siguiente:

> Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

9. La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de referirse también a la incompatibilidad de estas leyes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana) en los casos Barrios Altos, La Cantuta y Almonacid Arellano. No existe razón alguna en este caso para modificar esa jurisprudencia constante del sistema interamericano. Por el contrario, además de sostener la jurisprudencia pacífica sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía, este caso provee al Tribunal la posibilidad de pronunciarse y fortalecer aún más esa jurisprudencia.

10. Al respecto, el mismo Estado ha admitido ante la Comisión y la Corte la necesidad de proveer justicia y ha informado acerca de acciones asumidas con el objeto de superar los obstáculos que representa la Ley de Caducidad. En ese sentido, la Comisión reitera que reconoce la importancia del retorno a la democracia uruguaya hace un cuarto de siglo y de la aceptación de los hechos y de responsabilidad internacional efectuado por el Estado. Sin embargo, también reconoce que el retorno a la democracia no tuvo los efectos necesarios para provocar una transformación suficiente en el marco jurídico del Estado y que el sistema uruguayo de justicia continúa teniendo algunas heridas de su período dictatorial, interpretaciones y prácticas que mantienen la impunidad, e impiden la reparación a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Es necesario que esta posibilidad quede sin efecto de manera consolidada.

11. Por ello, la CIDH reitera sus consideraciones y conclusiones presentadas durante la tramitación del caso ante la Corte y en el presente escrito de observaciones finales enfatiza sus argumentos sobre la necesidad de proveer justicia a las víctimas y la incompatibilidad de la Ley de Amnistía con la Convención Americana; la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad* e improcedencia de excluyentes de responsabilidad –como la prescripción-en el presente caso; así como la limitación general que prohíbe iniciativas populares contrarias a normas internacionales de *jus cogens*.

12. Como lo determinó la Corte Interamericana,

> son inadmisibles las disposiciones de amnistía [...] [y] 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 extrajudiciales,

---

[9]Sobre la gestación de la ley de "Caducidad Punitiva del Estado" en Uruguay ver peritaje rendido por la Dra Mirtha Guianze en audiencia pública ante la Corte el 15 de noviembre de 2010 en Quito, Ecuador.

> sumarias extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional [...][10].

13. Asimismo, la Corte, en su sentencia en el *Caso Almonacid* sostuvo que la ley de amnistía chilena era incompatible con las obligaciones del Estado asumidas al ratificar la Convención y, además, declaró que el asesinato del señor Almonacid es un "delito de *lesa humanidad*"[11] Para el 2005, cuando la Corte de Apelaciones confirmó la aplicación de la Ley Nº 15.848 en el presente caso, Uruguay ya era Estado parte del Estatuto de Roma[12] que incluye dentro de la definición de "crímenes contra la humanidad" tanto "asesinato" como "desaparición forzada de personas".

14. En 1976, Uruguay estaba regido por un gobierno militar, había aproximadamente 6.000 presos políticos y más de 100 personas habían "desaparecido", habían sido asesinadas o eliminadas de alguna otra manera. En consecuencia, existen pruebas suficientes para afirmar razonablemente que lo sucedido a María Claudia, a manos de agentes del Estado que la tenían bajo custodia en el contexto de una política estatal que apuntaba a sectores de la población civil, era un delito de *lesa humanidad*[13] y, como tal, no opera la prescripción[14] ni su investigación puede depender de la voluntad política de un Estado. Sin embargo, como se mencionó en la audiencia pública del presente caso, existe la posibilidad de que opere la prescripción para éste, como para otros casos de la misma época, el 1 de noviembre de 2011.

15. En ese sentido, la Comisión considera en este caso, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, que es impermisible que estas violaciones masivas y sistemáticas permanezcan impunes y que los responsables caminen libres por las calles. Al respecto, el Estado ha insistido en que los gobiernos democráticos no han podido modificar ni revocar la Ley Nº 15.848, y que el Estado tiene que respetar la independencia y las decisiones adoptadas en un sistema con separación de poderes. Por otra parte, el Estado también ha sostenido que la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la norma en cuestión -con efectos únicamente para el caso concreto- en octubre de 2009 y noviembre de 2010, con independencia de los resultados del *referéndum* de 1989[15] y el plebiscito del año 2009[16].

---

[10] Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

[11] Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 90 y ss. La Corte determinó que en 1973, cuando el señor Almonacid murió, la comisión de delitos contra la humanidad, incluido el homicidio, estaba en violación de una norma vinculante del derecho internacional. Ver también: Corte I.D.H., *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

[12] Uruguay ratificó el Estatuto de Roma el 28 de junio de 2002.

[13] Además, como lo subrayó la Corte, los principios de derecho internacional de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, clasificaron el homicidio como delito de *lesa humanidad* desde 1950. Ver: ONU, Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

[14] La Corte ha declarado que, de acuerdo con el Artículo 2 de la Convención, los Estados deben adoptar las siguientes medidas: 1) anular las leyes y prácticas que puedan implicar la violación de los derechos protegidos por la Convención o 2) aprobar leyes y elaborar prácticas tendientes a lograr la observancia efectiva de tales garantías.

[15] En Uruguay el referéndum y el plebiscito son dos institutos diferentes. El referéndum está previsto en el inciso segundo del artículo 79 de la Constitución. Es un recurso contra las leyes que puede interponer, dentro del año de su promulgación, el 25% del total de inscriptos habilitados para votar. El referéndum está reglamentado por ley (ley 16.017 de enero de 1989, modificada por la ley 17.244).

16. Aunque la *Ley de Caducidad* es presentada por el Estado como producto de la transición y la reconciliación, dado que fue aprobada por el gobierno democrático y no por la dictadura militar, y luego fue confirmada en un *referéndum* y un plebiscito, queda claro para la CIDH que el Estado no contiende la necesidad de dejarla sin efecto (esta necesidad ha sido apoyada unánimemente por el Poder Judicial al mantener su inconstitucionalidad en los dos casos que se le han presentado en el último año y por la Cámara de Diputados del Poder Legislativo).

17. En ese sentido, las decisiones del caso Barrios Altos y Almonacid Arellano son perfectamente aplicables en el presente caso. Sin embargo, la CIDH reconoce el dilema planteado por el Estado, al igual que en algunos casos anteriores, sobre la mejor manera de dejar sin efecto la Ley de Amnistía. Muchos países de América Latina enfrentan un dilema similar al determinar qué valor legal atribuir a las leyes y decisiones legales emanadas de anteriores dictaduras militares y, de ser necesario y pertinente, cuál es el procedimiento idóneo para dejarlas sin efecto[17].

18. La CIDH estima de suma importancia un pronunciamiento preciso de la Corte sobre el mecanismo que debe ser seguido por parte del Estado para dejar sin efecto la *Ley de Caducidad Punitiva del Estado*. Cualquier procedimiento que se siga, debe tener aplicación general, no solamente para un caso individual; debe tener efectos retroactivos, debe permitir la reapertura de los casos archivados, no debe depender de la voluntad política de un gobierno, y debe garantizar la permanencia en el tiempo independientemente de los cambios regulares del sistema democrático.

19. El hecho de que la Ley de Caducidad no haya sido aplicada por la justicia uruguaya en varios casos no basta para satisfacer los requisitos del artículo 2 de la Convención[18]. El Estado no sólo no anuló la ley de amnistía ni la dejó sin efecto por ser incompatible con las obligaciones que le impone la Convención, sino que tampoco ofrece un recurso judicial (la facultad es ejecutiva, según el artículo 3 de la misma) que permita reanudar las actuaciones judiciales archivadas en virtud de dicha Ley de Caducidad. Las decisiones por las que se impide la reanudación de las investigaciones, deben supeditarse a un recurso judicial que

---

[16] En Uruguay no existe una ley reglamentaria del plebiscito. Éste está regulado en el artículo 331 de la Constitución que establece los cuatro procedimientos para reformar la Constitución. Todos ellos terminan en un plebiscito. El mecanismo utilizado en el plebiscito para la anulación de la Ley de Caducidad del 25 oct 09 fue el primero:

> *Artículo 331.- La presente Constitución podrá ser reformada, total o parcialmente, conforme a los siguientes procedimientos:*
> *Por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional, presentando un proyecto articulado que se elevará al Presidente de la Asamblea General, debiendo ser sometido a la decisión popular, en la elección más inmediata.*
>
> *La Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras, podrá formular proyectos sustitutivos que someterá a la decisión plebiscitaria, juntamente con la iniciativa popular*

[17] En ese sentido, según la legislación uruguaya, los poderes están separados y son independientes. Desde el punto de vista internacional, sin embargo, deben ser considerados como una única entidad a los efectos de determinar la responsabilidad por la violación de normas internacionales. Ver: Parte III de la Convencion de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 63 A.J.I.L. 875 (1969)

[18] Ver: Corte I.D.H. *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. párr. 121.

permita la reconsideración de una decisión considerada *cosa juzgada*, cuando están en cuestión crímenes de *lesa humanidad*[19].

20. En ese sentido, la CIDH refiere a lo establecido por la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia 04-03 que indica:

> en virtud del principio de complementariedad en la sanción de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, [...], y por la integración al bloque de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario [...], aquellas decisiones de [las] instancias internacionales de derechos humanos, aceptadas formalmente por [el] país, que constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado [...] de investigar en forma seria e imparcial las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, permiten igualmente la acción de revisión contra decisiones absolutorias que hayan hecho formalmente tránsito a cosa juzgada. En efectos, esas decisiones internacionales, adelantadas por organismos imparciales [...] muestran que la cosa juzgada no era más que aparente, pues el proceso investigativo no había sido adelantado con la seriedad que exigen la Constitución y los tratados de derechos humanos.

21. Por otra parte, en numerosas oportunidades el Estado ha hecho referencia a las dos consultas populares que tuvieron lugar en relación con la ley de amnistía. En ese sentido, la CIDH observa que precisamente la dificultad planteada por el Estado en relación con la consulta popular y sus características, hace que se torne fundamental que el Tribunal aproveche la oportunidad histórica para referirse a la limitación general que prohíbe iniciativas populares contrarias a normas internacionales de *jus cogens*[20], y establezca claramente que estos derechos se encuentran fuera del ámbito de la democracia directa. La soberanía popular no puede ir en contra de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Es decir, el respeto de las reglas imperativas del derecho internacional se impone a las iniciativas populares, ya que ningún Estado de derecho puede sustraerse de dichas normas.

22. En efecto, la tutela de los derechos fundamentales como la vida y libertad personal, caen fuera de los límites de la decisión de la mayoría, como fue establecido por el mismo Estado del Uruguay a través de su sentencia proferida en el caso Sabalsagaray, cuya sentencia establece:

> la Corporación considera que la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar.
> [...]

---

[19] Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia 04-03. párr. 35 Ver también Argentina (Mazzeo), Chile (primer fallo después de Almonacid). Perú (Santiago Martín Rivas) .

[20] Ver al respecto decisión del Consejo Federal suizo (*Rapport du Conseil fédéral: la relation entre droit international et droit interne*, 5 de marzo de 2010; disponible en http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/cintla.Par.0052.File.tmp/La%20relation%20entre%20droit%20international%20et%20droit%20interne.pdf)

> Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada *"ab origine"* por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la "democracia sustancial", que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (*Democracia y garantismo*, p. 32).El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría [. .]
>
> 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[21].

23. Jurisprudencia en similar sentido ha sido emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la cual prohibió someter a consulta popular un proyecto de ley de unión civil entre personas del mismo sexo que se encontraba en trámite ante el Congreso del país, por cuanto consideró que la figura del *referéndum* no podía ser usada para decidir sobre derechos humanos garantizados en tratados internacionales, según la Constitución Política de Costa Rica[22].

24. Asimismo, el Consejo Federal suizo refirió al tema de los límites de la democracia directa a raíz de una iniciativa popular para restablecer la pena de muerte. En ese sentido, la propuesta para restablecer la pena de muerte revivió un debate sobre cuáles son los derechos considerados de *jus cogens*. A raíz de este debate, en marzo de 2010 el Consejo Federal Suizo publicó un informe sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, donde trata el tema de qué derechos están por encima de la democracia directa. En él, estableció que la Constitución suiza prohíbe las iniciativas populares contrarias a normas internacionales de *jus cogens*[23]. Otro antecedente en Suiza fue una iniciativa

---

[21] Sentencia No. 365, págs. 29-33, disponible en: http://www.espectador.com/documentos/scj_caducidad.pdf.

[22] Ver decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 9 de agosto de 2010.

[23] Ver al respecto decisión del Consejo Federal suizo (*Rapport du Conseil fédéral: la relation entre droit international et droit interne*, 5 de marzo de 2010; disponible en http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/cintla.Par.0052.File.tmp/La%20relation%20entre%20droit%20international%20et%20droit%20interne.pdf) A continuación, la Secretaría de la CIDH ofrece una traducción libre de las partes pertinentes de la misma:

8.7.1. Iniciativas populares contrarias a las reglas imperativas del derecho internacional

8.7.1.1. Reglas imperativas del derecho internacional

En el derecho constitucional actual, solamente las iniciativas populares contrarias a las reglas imperativas del derecho internacional pueden ser invalidadas (art. 139, al. 2, Cst.). Por lo tanto, la interpretación del término "reglas imperativas de derecho internacional" reviste una importancia crucial.

Según la práctica de las autoridades federales, esta noción se refiere principalmente a la noción internacional de *jus cogens*, definida en el artículo 53 de la Convención de Viena.

En su mensaje del 20 de noviembre de 1996 relativo a una nueva constitución federal, el Consejo Federal se pronunció sobre las normas que considera como normas imperativas del derecho internacional. Según el Consejo, pertenecen a estas normas principalmente la prohibición del uso de la fuerza entre Estados, las prohibiciones en materia de tortura, de genocidio y de esclavitud, así como el núcleo del derecho internacional humanitario (prohibiciones de atentado a la vida y a la integridad física, toma de rehenes, atentados a la dignidad de las personas y ejecución efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal regularmente constituido) y las garantías intangibles del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Éstas últimas son disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagrando derechos inderogables establecidos en el artículo 15: prohibición de privación arbitraria de la vida, de la tortura, de la esclavitud, de la servidumbre, del trabajo forzado, y del principio de *nulla poena sine lege*. El Consejo Federal ha confirmado consistentemente esta postura al establecer que las garantías inderogables del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) son también parte de las reglas imperativas del derecho internacional.

Al igual que el artículo 15 del Convenio Europeo, el artículo 4.2 del PIDCP contiene una lista de derechos intangibles que no abarcan sin embargo los mismos derechos consagrados en el Convenio. El Consejo Federal se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el carácter generalmente imperativo de los derechos intangibles del artículo 4.2 del Pacto. La respuesta no ha sido necesariamente positiva. En otros términos, los artículos 6, 7, 8.1, 8.2, 11, 15, 16 y 18 del Pacto no son parte de las reglas imperativas del derecho internacional. Por ejemplo, la libertad de religión, mencionada en el artículo 4.2 está relativizada por el artículo 18 del Pacto. El párrafo 3 de esta disposición precisa que la libertad de manifestar la religión puede ser objeto de restricciones. Tal puede ser el caso de otras garantías fundamentales del PIDCP. La intangibilidad de estos derechos fundamentales debe ser examinada caso a caso a la luz de la interpretación del Pacto.

Asimismo, según la práctica de las autoridades federales, la noción de reglas imperativas del derecho internacional comprende actualmente en particular la prohibición del recurso a la fuerza entre Estados, la prohibición de la tortura, del genocidio, de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo forzado, de la privación arbitraria de la vida, los principios *nulla poena sine lege* y *ne bis in idem*, la dimensión interior de la libertad religiosa (derecho de desarrollar su propia creencia religiosa y de cambiar de convicción) y el núcleo del derecho internacional humanitario. Por lo tanto, se constata que la noción de reglas imperativas del derecho internacional es más amplia que la de *jus cogens* consagrada por la Convención de Viena dado que abarca también garantías intangibles del Convenio Europeo.

Dado que las reglas imperativas del derecho internacional son una noción de nuestro derecho interno, una interpretación más amplia podría ser también considerada. En el mensaje relativo a una nueva constitución federal, el consejo Federal expuso que incumbía a la jurisprudencia clarificar al máximo el alcance de esta noción teniendo en cuenta la doctrina.

Según el razonamiento de las autoridades federales, el respeto de las reglas imperativas del derecho internacional se impone a las iniciativas populares, ya que ningún Estado de derecho puede sustraerse de dichas normas. El pueblo y los cantones no gozarían de una verdadera libertad de voto si debieran pronunciarse sobre una iniciativa violatoria de dichos principios. Se trataría por el contrario de un "simulacro de democracia".

8.7.1.2. Interpretación conforme

Antes de invalidar una iniciativa popular contraria a las reglas imperativas del derecho internacional, la práctica de las autoridades federales es la de evitar, en lo posible, el conflicto por la vía de la interpretación, inspirándose en los principios de la materia desarrollados por el Tribunal Federal en el contexto de las iniciativas populares cantonales (Ver ch. 8.5)[23]. Se trata, en particular, del principio de la interpretación conforme al derecho superior y del principio *in dubio pro populo*.

El principio de la interpretación conforme al derecho superior exige que, cuando un acto en cuestión se presta a una interpretación que lo hace parecer como conforme al derecho superior- en este caso al derecho internacional-, tiene que ser declarado válido y, si se trata de una iniciativa, tiene que ser sometida a votación. Por su parte, el principio *in dubio pro populo* significa que las iniciativas populares deben ser siempre interpretadas de manera a evitar que éstas sean declaradas nulas.

popular que proponía introducir un artículo a la Constitución mediante el cual se limitara el derecho de solicitar refugio. La iniciativa fue anulada con base en la referida disposición constitucional.

25. Por otra parte, la CIDH enfatiza la importancia del control de convencionalidad, ya que como lo manifestó la Corte en el caso Almonacid, a pesar de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las

---

Para determinar el sentido de una iniciativa y apreciar su validez, aplicamos los métodos usuales de interpretación (literal, sistemática, histórica y teleológica), que se fundamentan en primer lugar en el texto de la iniciativa- la voluntad de los autores de la iniciativa no juega sino un rol secundario, pero de todos modos debe tomarse en consideración, por ejemplo en el marco de la interpretación histórica. Cuando la aplicación de estos métodos usuales abre paso a varias interpretaciones posibles, el principio de interpretación conforme al derecho superior y el principio *in dubio pro populo* imponen escoger aquella que permita declarar válida la iniciativa o, dicho de otra manera, aquella que haga aparecer la iniciativa como conforme al derecho internacional, respetando su sentido y finalidad.[23]

8.7.1.3. **Invalidez parcial y elaboración de un contraproyecto.**

Después de la reforma de 1999, la Constitución federal ofrece la posibilidad de invalidar una iniciativa popular solo parcialmente (art. 139, al. 2, Cst.). En el plano federal, ninguna iniciativa popular ha sido objeto hasta ahora de una invalidación parcial. Por el contrario, en el plano cantonal se han presentado ya varios casos. El Tribunal federal ha desarrollado, en relación a las iniciativas populares cantonales, una serie de criterios a los cuales está subordinada la posibilidad de una invalidación parcial. Es necesario, por un lado, que la parte invalidada no concierna un aspecto esencial de la iniciativa y, de otro lado, que la parte restante respete las condiciones de validez, que conserve un sentido y corresponda todavía a la voluntad de los autores de la iniciativa y a los signatarios. Siguiendo el tenor de la iniciativa, la invalidación parcial permite a la vez respetar el derecho internacional imperativo y salvaguardar en la medida de los posibles los derechos populares.

Además, la Asamblea federal puede hacer uso de la posibilidad de la que dispone de elaborar un contraproyecto directo para "corregir", de cierta forma, el texto de la iniciativa y proponer así a los ciudadanos, a título de alternativa, una versión conforme al derecho internacional (art. 139, al.3, Cst).

8.7.1.4. **Iniciativas populares contrarias al derecho internacional no imperativo**

Si una iniciativa popular es solo contraria al derecho internacional no imperativo, esta debe ser declarada válida y sometida al voto del pueblo y de los cantones. Hasta la hora actual, una docena de iniciativas populares han sido sometidas a votación aunque posaban problemas de compatibilidad con disposiciones internacionales no imperativas. Dentro de estas iniciativas, solamente tres – la iniciativa "para la protección de las regiones alpinas contra el tráfico de tránsito", la iniciativa de "Internamiento de por vida para delincuentes sexuales o violentos muy peligrosos y no recuperables" y la iniciativa "contra la construcción de minaretes"- fueron aceptados por el pueblo y los cantones. En los dos primeros casos, las autoridades federales se esforzaron por poner en marcha la nueva disposición constitucional de manera conforme al derecho internacional pertinente aun cuando, al hacerlo, las intenciones de sus autores no fueron enteramente respetadas. Ello bien podría ser imposible en lo que se refiere a la tercera iniciativa, que es directamente aplicable.

En caso de adopción, por el pueblo y los cantones, de una iniciativa contraria al derecho internacional no imperativo, los problemas se plantean en la etapa de la puesta en marcha por el legislador. Si la puesta en marcha conforme al derecho internacional es imposible, se debe considerar, como último recurso, la denuncia del tratado internacional.

Si es manifiesto que la iniciativa tiene como objetivo mismo el de derogar el derecho internacional no imperativo, o si la nueva disposición constitucional no se presta para implementarla de manera conforme, el Consejo federal considera tradicionalmente que su aceptación por el pueblo y los cantones debe comprenderse como una obligación de denunciar los compromisos internacionales que sean un obstáculo para su realización. Sin embargo, no todos los tratados pueden ser denunciados, ya sea porque existe un impedimento jurídico o sea porque la denuncia parece difícil de ser considerada por razones políticas. Examinaremos en el capítulo 9 cómo proceder en un caso tal.

disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte, intérprete última de la Convención.

26. Asimismo, es importante destacar, como lo ha hecho la Corte, que –aunque la CIDH reconoce e impulsa la necesidad de medidas de justicia- el derecho de acceso a la justicia no se agota con que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar una decisión en un plazo razonable. Por otra parte, la falta de conocimiento de la verdad y de juzgamiento de los perpetradores de los hechos del caso contribuye a prolongar el sufrimiento causado por la violación de los derechos fundamentales en perjuicio de las víctimas a pesar del deber del Estado de proporcionar una respuesta judicial y una reparación adecuada.

27. En las presentes observaciones finales, la Comisión reitera la necesidad de hacer justicia para las víctimas y de ofrecerles una reparación adecuada de acuerdo con los estándares internacionales, así como en la oportunidad que ofrece al Sistema Interamericano de manifestarse sobre un caso emblemático de impunidad y aportar al fortalecimiento de las instituciones democráticas en el Uruguay.

28. En ese sentido, la Comisión solicita a la Corte Interamericana que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los siguientes derechos humanos:

a. el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y artículos 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) en perjuicio de Juan Gelman, María Claudia García de Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares;

b. el derecho a la vida, la libertad personal, la integridad personal, la personalidad jurídica y la obligación de sancionar estas violaciones en forma seria y efectiva (artículos 3, 4, 5, 7 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y artículos 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) en perjuicio de María Claudia García de Gelman;

c. el derecho a la integridad personal (artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana) respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares; y

d. el derecho a medidas especiales de protección de los niños, al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, a la protección de la honra y de la dignidad y a la nacionalidad (artículos 3, 11, 18, 19 y 20 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) respecto de María Macarena Gelman; así como el derecho a la protección de la familia (artículos 1.1 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas), respecto de Juan Gelman, María Macarena Gelman y sus familiares.

29. Asimismo la CIDH entiende como fundamental para el interés público interamericano que la Corte determine las violaciones del caso y ordene la adopción de medidas de reparación que incluyan:

- Determinar la responsabilidad por la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman y la sustracción de su hija recién nacida, María Macarena Gelman, mediante el debido proceso de la ley y una investigación judicial completa e imparcial de los hechos, a fin de identificar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos referidas en el presente caso para que los culpables puedan ser debidamente sancionados.

- Adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que, de acuerdo con sus procesos constitucionales y las disposiciones de la Convención Americana, quede sin efecto la Ley Nº 15.848 o Ley de Caducidad.

- Entregar la información y archivos sobre las actividades de terrorismo de Estado por parte de los Estados que participaron en la Operación Cóndor, de modo que las investigaciones pertinentes puedan realizarse contando con acceso a esta información que debe ser de carácter público.

- Crear un mecanismo interno efectivo, con poderes jurídicos vinculantes y autoridad sobre todos los órganos del Estado, para asegurar el cumplimiento cabal de lo que ordene la Corte en su sentencia; y

- Otorgar una reparación plena a las víctimas que incluya, no sólo una indemnización por los daños materiales y morales y las costas y costos del litigio, a nivel nacional e internacional, sino también la celebración de ciertos actos de importancia simbólica que garanticen la no reiteración de los delitos cometidos en el presente caso, actos que sólo pueden ser determinados a través de negociaciones entre los peticionarios y el Estado, como la celebración de un día anual de conmemoración y memoria de las víctimas del gobierno de facto.

Washington, D.C.
10 de diciembre de 2010