

VOTO CONCURRENTENTE DE JUEZ EDUARDO VIO GROSSI
CASO GELMAN VS.URUGUAY
SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2011
(Fondo y Reparaciones)

Formulo el presente voto concurrente con la citada sentencia llamando la atención con respecto a ciertos aspectos abordados en ella.

El primero dice relación con la estrecha relación entre la situación de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y la de su hija, María Macarena Gelman García, las que, en definitiva, podrían configurar una unidad. Así, la desaparición forzada de la primera y, en ese contexto, el nacimiento de la segunda y su posterior separación, sustracción y entrega a terceros, se explicarían conjunta y recíprocamente. Una no lo sería al margen de la otra. Considerar de ese modo los hechos de la causa conllevaría, entonces, a estimar lo acontecido a María Macarena Gelman también como una desaparición forzada, por lo que su esclarecimiento estaría íntimamente unido al relativo de lo ocurrido a de su madre, María Claudia García. En tal sentido, la situación en cuestión sería precisamente una de las que contempla el artículo II de CISDFP al considerar, entre los elementos del concepto de desaparición forzada de personas, *"la privación de la libertad de una o más personas", "la falta de información sobre el paradero de la persona"* y que con ello *"se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes"*¹. Sería evidente, por ende, que, en el presente caso, se trataría de la privación de libertad de dos personas y que la falta de información acerca del paradero de una de ellas le impediría a la otra ejercer los recursos legales y garantías procesales pertinentes. Por lo mismo, entonces, ambas realidades constituirían fundamentalmente un solo ilícito internacional, aunque evidentemente afectaría a varios derechos consagrados en la Convención y las víctimas de la violación de éstos serían varias, principalmente, María Macarena Gelman y su abuelo Juan Gelman. Y de allí, pues, que igualmente se podría estimar que mientras la desaparición forzada de María Claudia García no cese, tampoco finalizaría la de María Macarena Gelman, aún cuando actualmente no se encuentre privada de su libertad y su identidad haya sido establecida. Tal vez lo señalado se podría haber apreciado mejor si en la sentencia se hubiese contado con una única relación de los hechos de la causa expuesta en forma previa a los fundamentos de derecho invocados para determinar cada una de las correspondientes violaciones de las pertinentes disposiciones convencionales.

¹ Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: *"Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes."*

Un segundo aspecto del fallo en comento que valdría la pena destacar, es el reconocimiento parcial formulado por el Estado. Ciertamente, ese hecho, que se valora, posibilitaba un tratamiento del caso en forma más precisa, puesto que, en mérito del mismo, los hechos de la causa podrían dividirse en dos etapas. La primera incluyendo aquellos acontecidos durante la dictadura militar, vale decir, hasta febrero de 1985 y la segunda, los que han tenido lugar desde entonces a la fecha. Por tanto, dicho reconocimiento permitiría distinguir con mayor claridad los hechos no controvertidos de la causa y, por ende, darlos por probados, máxime cuando algunos de ellos, particularmente los referidos al contexto en que se desarrollaron los pertinentes a María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García, son, a estas alturas del desarrollo histórico, "hechos públicos y notorios" y, por tanto, sin necesidad de ser demostrados ni reiterados o desarrollados en autos. Probablemente también una única relación de los hechos en la sentencia en comento y, además, efectuada en forma previa a ese reconocimiento parcial formulado por el Estado, habría permitido precisar más exactamente aquellos acontecidos antes del mes indicado como efectivamente reconocidos, ponderando mejor el alcance de tal acto unilateral.

Lo anterior conduce a la tercera observación, a saber, que ese reconocimiento centraría la discusión básicamente en lo ocurrido durante los gobiernos democráticos que el Estado ha tenido desde 1985 a la actualidad y, en especial, en cuanto a la aplicación, en el caso en cuestión y en parte de esa época, de la Ley de Caducidad. En esta perspectiva, es que se debe tener presente que, con respecto al origen de las leyes y a su eventual ilicitud internacional, determinada conforme al Derecho Internacional y, en consecuencia, con prescindencia de lo que disponga el Derecho Nacional², el Estado incurre en responsabilidad internacional por todo hecho que le sea atribuible y que constituya una violación de una de sus obligaciones internacionales y a tales propósitos se considera hecho del Estado según el Derecho Internacional, en especial, la costumbre internacional³, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas ejecutivas, judiciales o de otra índole⁴. De ello se desprende, en consecuencia, que

² Artículo 3 del Proyecto de Artículos preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, acogido por Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2). 2 Ibid., párrs. 72 y 73.: "Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno."

Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: *El derecho interno y la observancia de los tratados*. "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

³ Expresada en la especie en el referido Proyecto de Artículos Preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

⁴ Artículo 4.1 del mismo texto: "Comportamiento de los órganos del Estado. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado."

para que un hecho considerado internacionalmente ilícito sea atribuible al Estado, se atiende únicamente a que corresponda al comportamiento de uno de sus órganos, contemplando entre éstos a los que ejercen funciones legislativas, por lo que los pronunciamientos directos de la ciudadanía relativos a la aprobación o ratificación de una ley podrían ser estimados como parte de esas funciones y, por ende, que aquella, en el ejercicio de esa facultad, integra el órgano legislativo pertinente. A mayor abundamiento y siempre a que, a los efectos de atribuir el respectivo comportamiento al Estado, el órgano pertinente puede incluso ejercer funciones de "*cualquier otra índole*", esto es, distintas, por tanto, a las ejecutivas, legislativas o judiciales, con lo que podría incluirse entre aquellas funciones, entre otras, las que corresponden a la democracia directa. Por tanto, también la ciudadanía toda, en el ejercicio sea de ésta sea de la función legislativa, podría infringir una norma de Derecho Internacional y, consecuentemente, comprometer la responsabilidad internacional del Estado⁵. Es por tal razón que se estima que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así ha sido, por lo demás, considerado por la propia Carta Democrática Interamericana⁶, la que si bien señala en su artículo 3º que el respeto de los derechos humanos es un elemento esencial de la democracia y en su artículo 7º, que ésta es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, igualmente reitera en su artículo 8º, el derecho de toda persona que considere que sus derechos humanos han sido violados a interponer las denuncias o peticiones pertinentes ante el sistema interamericano de derechos humanos, con lo que excluiría, para estos casos, el recurso ante los órganos políticos interamericanos encargados de velar por el ejercicio efectivo de la democracia representativa.

Relacionado con lo precedente y que asimismo merece la pena resaltar, es la actitud asumida por el Estado, a partir del 23 de junio de 2005, de excluir el presente caso de la aplicación de la Ley de Caducidad. En ese día el gobierno del Presidente Sr. Tabaré Vázquez informó a la Corte Suprema de Uruguay que los hechos concernientes a la causa en comento no estaban comprendidos por la referida Ley, permitiendo, de ese modo, la reanudación del procedimiento judicial tendiente a investigar los hechos y eventualmente la sanción de los responsables. Así, este cuerpo normativo dejó de ser, a partir de esa fecha y como se señala en la sentencia, un obstáculo para ello. De manera, por ende, que dicho acto del Estado generó una nueva situación consistente en que, al menos en lo relativo al presente caso, dejó de estar violando la correspondiente obligación internacional de investigar y ajustó, en ese aspecto, su conducta al Derecho Internacional, quedando pendiente, empero, la oportunidad del ejercicio de la justicia y su resolución definitiva en la especie.

⁵ Ello sería más evidente aún cuando la norma de Derecho Internacional infringida es *jus cogens*, esto es, al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que también recoge la costumbre en la materia, norma imperativa de Derecho Internacional general y, por tanto, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

⁶ Resolución de la Asamblea General de la OEA aprobada el 11 de septiembre de 2001.

Igualmente un comentario aparte merece la referencia que autos se hace a la participación de la República Argentina en los hechos en cuestión. Si bien es cierto que la demanda el presente caso fue presentada única y exclusivamente con relación a la República Oriental del Uruguay y que, en los alegatos, la Comisión reiteró lo anterior, excluyendo a aquél de la acción entablada, por lo que la Corte carece de competencia sobre el particular⁷, no es menos cierto que el Derecho Internacional contempla la situación en que un tercer Estado ha cooperado con el autor del hecho ilícito⁸, por lo que tal vez hubiese sido más conveniente dejar expresa circunstancia de esta circunstancia a los efectos que las instituciones correspondientes tomaran, si lo tuviesen a bien, las acciones que consideraran adecuadas a fin de permitir el total esclarecimiento de los hechos de autos y se exigieran todas las responsabilidades que eventualmente procedieren.

Vale la pena asimismo subrayar, finalmente, el tratamiento que en la sentencia en comento se le da a la violación de los derechos de María Macarena Gelman García referentes a la supresión y sustitución de su identidad, consagrados en el Pacto de San José. En la resolución se alude al "*Derecho a la Identidad*", aunque expresamente reconoce que no se encuentra expresamente contemplado en esa Convención. Tal vez por tal motivo es que en su parte resolutive, la sentencia no expresó que el Estado había violado ese derecho. Y es que aunque él incluiría los derechos previstos en dicho texto normativo, asimismo comprendería otros no contemplados en el mismo. El *Derecho a la Identidad* sería, por tanto, más amplio que la suma de los derechos a la familia, al nombre, a la nacionalidad y a los de los niños y niñas aludidos en la Convención Americana de Derechos Humanos⁹. Por eso es que la alusión que hace la sentencia en cuestión al referido derecho se debería entender o insertar precisamente con relación a la función de la jurisprudencia de la Corte, que, como fuente auxiliar del Derecho Internacional, no es crear derecho, sino interpretar el sentido y alcance del establecido por una fuente autónoma, sea tratado, costumbre, principio general de derecho o acto jurídico unilateral¹⁰. Y en tal sentido, lo que ella hace con esa alusión debería ser entendido como un estímulo para que los órganos competentes de la Organización de los Estados

⁷ Art 61.1 de la Convención: "*Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.*"

⁸ Artículo 16, Proyecto de Artículos Preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. "*Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito. El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:*

a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia."⁸

Artículo 47 del mismo texto. "*Pluralidad de Estados responsables. 1. Cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho.*"

⁹ CJI/RES.137 (LXXI-O/07). El alcance del Derecho a la Identidad.

¹⁰ Artículo 38.1.d. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. "*1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ... d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.*"

Americanos (OEA) o aún los propios Estados partes de la Convención, si así lo estiman, expresa y convencionalmente consagren y desarrollen tal derecho, posibilitando, entonces, que en el futuro y siempre que la norma pertinente presente un aspecto oscuro o dudoso y, por tanto, sea susceptible de varias alternativas de aplicación en el concreto caso de que se trate, la jurisprudencia de la Corte la interprete, fijando su verdadero sentido y alcance. En suma, se debe tener presente, al respecto, que a la Corte no le corresponde fallar exclusiva ni principalmente conforme a su propia jurisprudencia, sino de acuerdo a lo que se establezca en la correspondiente norma jurídica internacional, establecida por un tratado, la costumbre, un principio general de derecho o un acto jurídico unilateral, vigente para el Estado parte de la pertinente causa. De allí se deduce, consecuentemente, la relevancia de citar y aún reproducir, en los fallos de la Corte, las normas aplicables y que son objeto de su interpretación.

EVG.

Eduardo Vio Grossi
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario