

Temas en Debate

Reconocimiento y justicia penal en el caso *Gelman*

Este artículo se encuentra disponible para su descarga gratuita en www.anuariodch.uchile.cl

Leonardo Filippini

Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Máster en Derecho por la Universidad de Palermo y LL.M. por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho en las Universidades de Palermo y de Buenos Aires.
leonardo.filippini@gmail.com

RESUMEN

Este artículo reflexiona sobre dos aspectos centrales del caso *Gelman vs. Uruguay* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: por un lado, la importancia del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado Uruguayo y, por otro, el papel de la justicia penal en la decisión. El reconocimiento estatal de responsabilidad, sostiene el autor, revela la existencia de un nuevo piso de marcha para debatir sobre el pasado violento y las necesidades actuales de la democracia, y es el prisma a través del cual se deberían comprender las demás conclusiones del fallo. Con relación al tratamiento otorgado a la justicia penal en la sentencia, en particular en lo relativo a la validez de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, el autor señala que ello ratifica la vigencia del debate sobre el lugar del castigo penal en las transiciones tardías y sobre los límites del tribunal interamericano frente a decisiones mayoritarias de las comunidades nacionales, de cara al cual la decisión de la Corte no puede ser evaluada adecuadamente con prescindencia del contexto histórico y normativo en el cual se inscribe.

Palabras clave: Reconocimiento – Verdad – Justicia – Ley de Caducidad – Uruguay

SUMMARY

This article examines two central aspects of the Inter-American Court of Human Rights judgment in the Case of *Gelman v. Uruguay*: on the one hand, the importance of the Uruguayan State's recognition of responsibility and, on the other, the role played by criminal justice in the ruling. The author holds that the State's recognition of responsibility reveals the existence of a new starting point in discussions about violent pasts and the current requirements of democracy, and is the lens through which the remaining conclusions contained in the ruling should be viewed. With regards to the way in which criminal justice is dealt with in the ruling – particularly the validity of the Uruguayan Amnesty Law – the author argues that the reasoning underlines the active nature of the debate on the role of criminal punishment in late transitions and on the limitations of the Inter-American Court when faced with majoritarian decisions made by domestic communities. In the face of this consideration, the Court's decision cannot be properly evaluated without taking into account the historical and normative context in which it is inserted.

Key words: Recognition – Truth – Justice – Amnesty Law – Uruguay

Introducción

El fallo *Gelman* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹ ofrece la oportunidad de resaltar dos cuestiones de principal interés respecto de los esfuerzos de una comunidad

¹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

por superar un pasado violento. Por un lado, la Corte IDH aceptó el reconocimiento del Estado uruguayo de su responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo su jurisdicción. Este allanamiento indica por sí solo un estado de cosas impensable años atrás en ese país y en la región, y la significación del fallo no puede ser tasada sin consideración de ello. Tal vez, me atrevería a decir, hasta resulte el aspecto más destacable del caso. Por otro lado, la Corte IDH restó valor y efectos jurídicos a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, de un modo amplio y general. Y con ello no solo expresó una condena a la impunidad de ciertos crímenes, sino que reavivó las preguntas sobre el lugar del castigo penal en las transiciones tardías y sobre los límites del tribunal interamericano frente a decisiones mayoritarias de las comunidades nacionales, pues Uruguay había celebrado dos procesos de consulta popular en los cuales la ley cuestionada por el tribunal internacional no había sido revertida. Muy brevemente, intentaré compartir en estas páginas una lectura posible del fallo que pone el acento en el mayor valor del primero de los dos aspectos indicados.

1. El reconocimiento del Estado uruguayo

Parece un hecho innegablemente auspicioso que nuestras principales discusiones se centren hoy en torno a cuál debería ser la reacción debida frente a ciertas conductas propiciadas o perpetradas desde el poder político. No hace tanto, esto era inimaginable y hoy, en cambio, ya existe un importante grupo de casos regionales que lidian con la cuestión de los crímenes cometidos.

Ubicar la decisión del caso *Gelman*, primero, en este contexto, sirve no para darnos por satisfechos, sino para reflexionar acerca de cómo hemos logrado, finalmente, llegar hasta aquí y cómo podríamos avanzar sin comprometer los acuerdos básicos alcanzados. De un modo u otro, las comunidades de la región hemos logrado consolidar un estadio de convicción extendidamente compartido respecto de la brutalidad de las aberraciones políticas cometidas y sufridas, y resulta todo un desafío consolidar esa visión para construir sobre ella un futuro libre de regresiones.

La condena actual a la tortura y la desaparición forzada de personas puede parecer, ciertamente, muy poco. Pero si pensamos de modo emblemático en la dificultad para clausurar Guantánamo, o en los padecimientos sufridos por el soldado que ofreció datos a *Wikileaks*, veremos que la tortura mantiene su completa vigencia como práctica de seguridad e investigación en las potencias líderes. Y a poco que revisemos el funcionamiento de nuestros sistemas policiales, penales y penitenciarios, confirmaremos que en los bordes también se tortura. De la misma forma, aunque las ideas de igualdad racial, de género, o política, parecen adquiridas, su ejercicio plantea desafíos todavía urgentes.

Bajo esta luz, en la lectura que propongo, aparece lo mejor de *Gelman*. Su previsible condena a los actos del terrorismo estatal es sumamente valiosa pues es, sobre todas las cosas, un pronunciamiento conjunto de la comunidad nacional y de un órgano internacional acerca de la valoración vigente de lo ocurrido y la expresión de un compromiso cierto por la verdad y la justicia, en el país y la región.

Nuestras limitadas instituciones políticas que todavía generan, o como mínimo toleran, la pobreza, la desigualdad y la muerte, al menos, en *Gelman*, logran alinearse con algún pudor para coincidir en la expresión de un conjunto de valores que ponen al bienestar de la persona humana en el centro de sus preocupaciones. Parece poco, pero visto el tiempo que insumió llegar a ello, no lo es.

La propia Corte IDH notó en su fallo que:

El reconocimiento parcial de responsabilidad [por parte del Estado uruguayo] es una contribución positiva al desarrollo de este proceso, a la vigencia de los principios que

inspiran la Convención Americana y a la conducta a la que están obligados los Estados en esta materia [...] dicho reconocimiento produce plenos efectos jurídicos de acuerdo con las referidas disposiciones reglamentarias y tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares².

Como es sabido, luego de la sentencia se colocó una placa en el ex Servicio de Información y Defensa, y el presidente de la República Oriental del Uruguay, José Mujica, en un acto público en la sala de la Asamblea General del Parlamento y en presencia del vicepresidente Danilo Astori, del presidente de la Suprema Corte de Justicia, Daniel Gutiérrez, y de Macarena y Juan Gelman, reconoció públicamente la responsabilidad institucional del Estado en los hechos de violación de los derechos humanos de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, su hija María Macarena Gelman Iruretagoyena y de Juan Gelman, y con ello dio cumplimiento a uno de los puntos dispositivos de la sentencia³.

Mujica se pronunció “en representación del Estado uruguayo” en su carácter de Presidente, jefe de Estado y mando superior de las Fuerzas Armadas, y dijo que el Estado reconocía su responsabilidad por las acciones violatorias de los derechos humanos ocurridas “al amparo de la doctrina de la seguridad nacional”. Reconoció que el Estado “implementó una política sistemática de represión a las organizaciones sociales, sindicales y políticas, así como la persecución de sus integrantes y control de la sociedad civil”, y admitió la responsabilidad por la violación a las garantías judiciales por la falta de investigación efectiva, juzgamiento y sanción de los responsables en perjuicio de Juan y Macarena Gelman, “como consecuencia de la interpretación y aplicación que el Estado dio a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”⁴.

Para algunos observadores este reconocimiento padece no obstante de “hemiplejia moral” al omitir una condena más amplia a toda la violencia política ocurrida en el país y abusa de la memoria histórica de un pueblo al apelar a ella con “finés actuales”⁵. También fue criticado por ofrecer una señal divergente del camino de paz y reconciliación que Uruguay debía recorrer⁶. Y se dijo que la sentencia de la Corte IDH era “de imposible cumplimiento”, pues implica que un gobierno legítimo debe hacerse responsable de actos delictivos cometidos “por usurpadores y violadores de la Constitución” y que Mujica no podía hablar en representación de todos los uruguayos⁷.

Pero no parece, empero, que *Gelman* venga a opacar la reflexión sobre la violencia. Más bien hace foco sobre el lugar crítico del Estado en cualquier proceso violento, remarcando la responsabilidad calificada que supone la violencia ejercida como manifestación del poder político frente a otras formas de manifestación posibles. David Luban, en un texto que incidentalmente ha

² Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párrs. 29 y 30.

³ Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., punto resolutivo número 12 de la sentencia: “El Estado debe realizar, en el plazo de un año, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso”.

⁴ “Palabras del Presidente Mujica en acto público del 21 de marzo”. 21 de marzo de 2012. Secretaría de Comunicación. Presidencia de la República. [en línea] <<http://www.presidencia.gub.uy/wps/wcm/connect/presidencia/portalpresidencia/comunicacion/comunicacionnoticias/discurso-mujica-21-de-marzo>> [consulta: 7 abril 2012].

⁵ “Hemiplejia moral”. Editorial de *Correo de los viernes*. Publicación oficial de la Secretaría de Prensa del Foro Batllista. 23 de marzo de 2012. [en línea] <<http://www.correodelosviernes.com.uy/Hemiplejia-Moral.asp>> [consulta: 7 abril 2012].

⁶ CASTELLS MENDÍVIL, Adolfo. “El show del perdón”. *Correo de los viernes*. Publicación oficial de la Secretaría de Prensa del Foro Batllista. 23 de marzo de 2012. [en línea] <<http://www.correodelosviernes.com.uy/hprint.aspx?137>> [consulta: 7 abril 2012].

⁷ LACALLE HERRERA, Luis Alberto. “Por qué no”. *La Patria. Semanario Digital*. 23 de marzo de 2012. [en línea] <<http://patria.com.uy/2012/03/23/por-que-no/>> [consulta: 7 abril 2012].

colaborado en algunas discusiones judiciales similares en la Argentina⁸, en este sentido advierte que el ser humano no puede vivir sin una organización política, incluso cuando la constitución de un orden institucional crea el riesgo y la amenaza constante de que se vuelva en contra del hombre. Y por ello, para Luban, los crímenes de lesa humanidad podrían expresar nuestra manera dominante de identificar y reaccionar frente a la realización concreta de la peor de esas amenazas: la organización política, el Estado, atacando masivamente a quienes, en cambio, debía cobijar⁹.

Tampoco me parece crucial la crítica al acto del Presidente uruguayo sobre la base de un olvido cuestionable de una porción del problema. La apelación a supuestos equilibrios en la violencia pasada, a partes o bandos en pugna y, consecuentemente, a obligaciones igualmente simétricas de responder y recordar supone una cierta simplificación de procesos más complejos y del debido papel estatal. Al menos en el contexto del Cono Sur, hablar de una manifestación de violencia estatal, claramente separable y enfrentada a una violencia equiparable guerrillera, o como se la llame, tiene un muy disputable correlato histórico, por un lado, y siquiera da cuenta de la existencia de un sujeto estatal claramente distinguible en sus obligaciones propias de las organizaciones que pudieron haber cometido crímenes, por otro. La Corte IDH revisa el comportamiento de los Estados sometidos a su jurisdicción y si afirma y acepta el reconocimiento estatal de responsabilidad en *Gelman*, es forzado achacarle al fallo, o a sus secuelas, algún olvido relevante. El foco sobre el Estado, al contrario, ilumina una dimensión relevante sin invalidar ninguna reflexión ulterior. El reclamo por una memoria completa o balanceada, desnudo de mayores reflexiones, solo puede ser fructífero si asume también algunos distingos necesarios. De lo contrario, se arriesga a parificar toda violencia en estanques espejados antes que a una revisión responsable de un pasado conflictivo.

Las obligaciones y las interpretaciones sobre las voces y actos públicos siempre podrán ser controvertidas bajo la luz de una idea de representatividad exigente, que pretenda, por ejemplo, que sea la misma comunidad la que hable en la voz del funcionario electo. Hay inexorablemente comunicaciones mediadas por los representantes y por órganos. Frente a *Gelman* me parece más apropiado asumir la finitud de ciertas posibilidades de representación política y reconstruir más bien el discurso en clave de valores y principios. Si el Presidente logró expresar, de un modo significativo para la comunidad a la que representa, un principio de respeto a la dignidad humana y de vergüenza por las atrocidades ocurridas, en torno a los cuales es posible reunirnos hoy, no deja de ser un acto valioso, aun cuando no pase el riguroso examen de expresar exactamente lo que todos y cada uno piensa.

Reacciones críticas como las señaladas más bien potencian el valor del fallo y del reconocimiento, como actos que suscitan una discusión aún viva. El fallo consolida un nuevo piso de marcha para debatir sobre el pasado violento y las necesidades actuales de la democracia. Uno sobre el cual el poder político es encarnado por personas capaces de compartir el mismo recinto con quienes fueron víctimas de la violencia estatal y pueden poner en palabras un primer gesto de reconocimiento a partir del cual continuar la discusión.

A diferencia de los críticos, por ello, no advierto un uso espurio de la memoria histórica, sino, más llanamente, la respuesta de la comunidad política, a través de sus órganos, a las necesidades actuales de quienes fueron perseguidos desde el poder.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. D. 1682. XL. Recurso de Hecho. "Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal". Causa No. 24.079. La Corte argentina distinguió el alcance de los crímenes contra la humanidad por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación que contenía una profusa cita del trabajo de Luban.

⁹ LUBAN, David. "A Theory of Crimes against Humanity". *Yale Journal of International Law* No. 29, 2004, pp. 85 y ss.

El error, creo, sería confundir *Gelman* con el final forzado de un proceso que, en cambio, sigue vigente. Antes bien, una lectura alternativa sugiere de modo mucho más simple pero no menos relevante que se trató esencialmente de un paso más en un largo proceso hacia la verdad. Y en tanto se trata de un paso a favor del esclarecimiento y expresa un compromiso moral del sujeto colectivo con la condena a las violaciones de derechos humanos, es refrescante.

El poeta Juan Gelman, por cierto, dijo que le había parecido “reconfortante” el reconocimiento y que era una prueba de coraje que un Presidente, víctima él mismo de la dictadura, haya reconocido en nombre del Estado y cumpliendo el fallo de la Corte IDH, la responsabilidad de sus victimarios¹⁰. Macarena Gelman agregó que el recordatorio en el ex centro clandestino de detención representaba “el pedacito de verdad” que le quedaba¹¹.

Esto es lo central en *Gelman*, en definitiva. El atisbo de un cambio de actitud de una comunidad política en otro tiempo sumida en la barbarie que intenta, tras largos años, una respuesta frente a los abusos, tomando en serio los derechos de las personas que padecieron la persecución del Estado y buscando evitar la reiteración de los abusos. Todo lo demás que podamos decir pierde vigor si olvidamos este prisma.

2. La respuesta penal

El segundo aspecto sobre el que me quiero detener es el relativo a la obligación de reanudar la investigación y juicio penal de las violaciones ocurridas. La Corte IDH se pronunció sobre la Ley de Caducidad uruguaya, dictada en 1985¹² y declaró, en línea con los casos *Barrios Altos vs. Perú* (2001), *La Cantuta vs. Perú* (2006), *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y *Gomes Lund vs. Brasil* (2010)¹³, que la Ley de Caducidad carecía de efectos jurídicos y no podía impedir la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos, ni seguir representando un obstáculo para la investigación de ningún otro caso de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención que pudieran haber ocurrido en el Uruguay.

La Corte IDH –al igual que el presidente Mujica en su mensaje posterior– entendió que la interpretación y aplicación de la Ley de Caducidad habían obstaculizado la investigación y el esclarecimiento del caso *Gelman*¹⁴ y, sobre la base de una detallada reseña de los avances y muchos retrocesos en décadas, observó que, en definitiva:

¹⁰ “El acto me trajo la presencia de mi hijo”. Entrevista a Juan Gelman en *Página/12*, Buenos Aires. 25 de marzo de 2012 [en línea] <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-190380-2012-03-25.html>> [consulta: 7 abril 2012].

¹¹ “Este lugar es el pedacito de verdad que me queda”, dijo Macarena Gelman”. 21 de marzo de 2012. Secretaría de Comunicación. Presidencia de la República. [en línea] <<http://www.presidencia.gub.uy/wps/wcm/connect/Presidencia/PortalPresidencia/Comunicacion/comunicacionNoticias/macarena-gelman-placa-homenaje-maria-claudia>> [consulta: 7 abril 2012].

¹² Ley No. 15.848 sobre Funcionarios Militares y Policiales. Se Reconoce que ha Caducado el Ejercicio de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de los Delitos Cometidos hasta el 1° de marzo de 1985. Poder Legislativo, República Oriental del Uruguay, 28 de diciembre de 1986. En adelante “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, o “Ley de Caducidad”.

¹³ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

¹⁴ Ver el mensaje presidencial citado (*supra* nota 4) y el fallo de la Corte IDH en tanto concluyó que: “La forma en la que, por lo menos durante un tiempo, ha sido interpretada y aplicada la Ley de Caducidad [...] ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a la desaparición forzada de María Claudia García y de María Macarena Gelman, y respecto de la segunda en razón de su sustracción y ocultamiento de identidad, al impedir que los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez [...]”

La causa se encuentra en investigación presumarial y no hay mayores avances en la investigación, no hay ninguna persona formalmente acusada ni sancionada, ni se ha logrado determinar el paradero de María Claudia García¹⁵.

Para la Corte IDH, en consecuencia, está claro que el modo en que el Estado uruguayo ha aplicado la Ley de Caducidad fue y es, en sí mismo, un obstáculo a la averiguación de la verdad. Ello no constituye una aseveración problemática en tanto se limita a denunciar una mala interpretación legal incompatible con la Convención, que el propio Estado reconoció.

El fallo, sin embargo, fue un poco más allá y rechazó de plano el valor de la impunidad uruguaya como salida global frente al conflicto, ordenando a la justicia una actuación activa para la investigación y reproche de las violaciones ocurridas. Al hacerlo, afirmó también la necesidad de perseguir el castigo penal. Con ello naturalmente reeditó una serie de asunciones sobre la función de la pena que tal vez a estas alturas del desarrollo regional podrían merecer algún tipo de matiz por parte de los órganos de los sistemas de protección de los derechos humanos. En lo esencial, el discurso legal –y el de la Corte IDH no es la excepción– continúa asimilando con facilidad las ideas de reproche, sanción y castigo, naturalizando, en gran medida, que la prisión es la forma de referencia para expresar la máxima reprobación social en una comunidad. Tal vez, *Gelman* y otros casos similares, podrían haber traído algo nuevo en una discusión bastante gastada ya.

La conclusión de la Corte IDH, de tal modo, no deja espacio, en la práctica, a ninguna posibilidad de interpretación alternativa sobre la Ley de Caducidad. Para la Corte IDH los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención¹⁶ y si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación queda impune, incumple su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de derechos a las personas sujetas a su jurisdicción¹⁷.

La justicia, dice la Corte IDH, para ser tal, debe lograr el efecto útil que se espera con su accionar y, por tratarse de un caso de graves violaciones de derechos humanos, “debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables”¹⁸.

Todo ello, para la Corte IDH conduce a invalidar no solo la interpretación y aplicación erradas de la Ley de Caducidad, sino la ley misma:

Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay¹⁹.

Al igual que en los otros precedentes citados, la Corte IDH tiende a ver en la operación del derecho penal una oportunidad o exigencia para hacer efectivos el derecho a la verdad y la expresión social de reproche frente a ciertas conductas. Para llegar a esta conclusión, no obstante, la Corte IDH no

y recibieran protección judicial [...] precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos [...]”. Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párr. 230.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Gelman*, op. cit., párr. 182.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 190.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 191.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 194.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 232.

hizo mayores distingos entre los otros casos de la región citados y el uruguayo, aun cuando éste invitaba a argumentar con más solidez acerca del valor de los procesos de construcción de decisiones, vistas las votaciones celebradas en Uruguay en torno a la vigencia de la Ley de Caducidad.

En efecto, el 16 de abril de 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos-desaparecidos había reunido las firmas de más del 25% de los electores uruguayos para interponer un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, pero éste no fue aprobado, ya que el 42,4% de los votantes que se pronunció a favor de hacer lugar al recurso no fue suficiente²⁰. Dos décadas más tarde, el 25 de octubre de 2009 se sometió a la ciudadanía un proyecto de reforma constitucional para anular la Ley de Caducidad, pero la propuesta, realizada en conjunto con una elección nacional de autoridades, alcanzó el 47,7% de los votos emitidos y tampoco logró ser aprobada²¹.

A pesar de ambas consultas y de sus resultados, la Corte IDH estimó que la incompatibilidad de las amnistías frente a la Convención debía decidirse sobre la base de un criterio sustantivo y no por su origen, pues la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención “no deriva de una cuestión formal [...] sino del aspecto material” en cuanto violan los derechos consagrados por la Convención²². Para la Corte IDH:

La participación de la ciudadanía [...] utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia [...] se debe considerar [...] como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél²³.

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos [...] de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que [...] 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 [...]²⁴.

La solución es muy discutible para quienes asignan a la democracia mayores exigencias deliberativas. Desde esta visión, el origen de las normas, a diferencia de lo afirmado por la Corte IDH debe tener un peso mayor y el argumento del fallo lo desestima erradamente al clasificarlo únicamente como una cuestión formal²⁵.

El escaso interés que la Corte IDH parece haber dedicado a este aspecto, en efecto, es cuestionable. Es cierto que, como regla, desde la perspectiva del derecho internacional, un plebiscito o un acto unilateral del Poder Ejecutivo son igualmente hechos del Estado obligado. Pero no es menos cierto que uno y otro tienen distintas implicancias para las personas directamente interesadas y que tales implicancias deberían ser ponderadas por un sistema de protección de derechos subsidiario y dirigido, precisamente, a la satisfacción de los derechos de esa misma comunidad.

La cuestión, con todo, está lejos de poder saldarse rápidamente. A poco que se considere la objeción deliberativa se hace posible, o necesario, incorporar también mayores precisiones acerca de

²⁰ *Ibidem*, párr. 147.

²¹ *Ibidem*, párr. 149.

²² *Ibidem*, párr. 229.

²³ *Ibidem*, párr. 238.

²⁴ *Ibidem*, párr. 239.

²⁵ La crítica a este aspecto particular del fallo es expuesta con mucha claridad por GARGARELLA, Roberto. “5 Comentarios sobre la decisión de la Corte Interamericana en *Gelman*”. En: *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*. 7 de junio de 2011. [en línea] <<http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>> [consulta: 7 abril 2012].

las calidades de los procedimientos que dieron origen tanto a la Ley de Caducidad como al fallo internacional que la invalida. Por ejemplo, acerca del modo en que se dictó la ley y el contexto político de la transición uruguaya; la forma y oportunidad de cada consulta; el valor otorgado en cada oportunidad a las ajustadas mayorías y minorías; o el grado de información y discusión previo a cada votación. Y todo ello, además confrontado al hecho mismo de que también fue un proceso deliberativo nacional el que decidió la sujeción del Estado uruguayo a un mecanismo de supervisión internacional y que fueron las propias autoridades democráticamente elegidas las que también asumieron las falencias de la amnistía.

Como resalté en el primer punto, además, creo que la tensión deliberativa se circunscribe a un punto: la posibilidad (¿obligatoriedad?) de reaccionar penalmente frente a ciertas conductas. Sin embargo, en casi todos los demás aspectos, existe una amplia coincidencia entre el Estado y la Corte IDH: hay acuerdo tanto en los aspectos fácticos –la efectiva ocurrencia de las violaciones a derechos humanos– como en las principales consecuencias que estos hechos acarrearán, tales como el deber de investigar, de reparar a quienes fueron víctimas, de preservar la memoria histórica y de aprender del horror para la construcción de un futuro democrático.

¿Cuál sería, entonces, el aspecto positivo del fallo interamericano en torno a la Ley de Caducidad? Es decir, si en efecto mi lectura es apropiada y hay un cierto acuerdo generalizado para condenar al terrorismo de estado ¿por qué o para qué habría la Corte IDH de censurar también una posible interpretación de la Ley de Caducidad que solo limitara la reacción penal, pero sin comprometer la realización de todas las otras medidas?

Una posible respuesta indica que los juicios penales que ordena *Gelman* no expresan únicamente el repudio a los hechos del terrorismo de Estado, sino también un juicio y la reversión expresa de las salidas pactadas en la inmediatez de la recuperación democrática. La justicia penal que reclama *Gelman*, tardía o demorada, bajo esta luz, implica no tanto una decisión acerca de cómo reaccionar frente a los hechos del terrorismo de Estado –un camino facilitado, por cierto, por el tiempo transcurrido desde los sucesos–, sino, sobre todo, respecto del valor de las primeras soluciones adoptadas para la superación del pasado.

Lo mismo ocurrió y ocurre en Argentina, Chile, Colombia o Brasil, donde se debate, luego de décadas, la calidad, validez y efectos de los primeros mecanismos elegidos para superar el pasado. La Argentina, por caso, revisa en la actualidad su pasado violento a través del prisma de la justicia penal. Y para ello revisó primero las decisiones que se habían adoptado poco tiempo después de superado el conflicto.

La condena a la impunidad en *Gelman*, luego, debe ser analizada en este contexto. Es un fallo que se inscribe en un contexto ya fuertemente limitado por la impunidad generada por las presiones antidemocráticas del inicio. *Gelman*, bajo esta luz, anula la Ley de Caducidad porque la Ley de Caducidad expresó la impunidad, y no una salida auténticamente consensuada. *Gelman*, así, no se trataría tanto de una reacción diseñada únicamente para hacer frente a los crímenes del pasado, sino, sobre todo, como respuesta a la impunidad de esos crímenes decretada en los ochenta. Me parece un error ubicar la cuestión fuera de este marco histórico, desatendiendo a que el sentido último de un proceso penal actual no puede aprehenderse sin una adecuada comprensión de que aquél supera también la frustración de muchos intentos fallidos anteriores.

Los juicios penales, por todo ello, podrían materializar, en parte, y de un modo difícil de sustituir a través de otras intervenciones, las exigencias de justicia negadas por leyes que, incluso aprobadas en democracia, fueron de pobre factura republicana, en tanto desconocieron los derechos, intereses y deseos relevantes de un enorme colectivo y, especialmente, los del grupo perseguido.

A ello se suma el hecho innegable del castigo penal como reacción social dominante en todas nuestras comunidades para la condena de hechos graves. Cuesta imaginar un fallo interamericano desapegado de la propia construcción del Tribunal desde el inaugural caso *Velásquez Rodríguez*, en 1988²⁶, o demasiado divergente de la práctica efectiva del derecho penal en los Estados del sistema, incluso frente a conductas mucho menos graves.

Conclusión

Los procesos penales que augura *Gelman* por supuesto acarrearán todos los problemas propios de la respuesta penal ante un conflicto social profundo. Pero, aun así, no es difícil reconocer una vocación por rechazar la impunidad irrestricta como salida colectiva frente a un pasado doloroso, antes que la imposición de un mandato supranacional por encima de decisiones locales superadoras. Es difícil asegurar que alguna otra herramienta institucional efectivamente disponible, distinta de la reanudación de los mismos procesos cancelados –tales como comisiones de la verdad u otros sistemas de responsabilidad–, hubiese permitido expresar lo mismo.

No debemos dejar de imaginar soluciones institucionales mejores, pero tampoco podemos obviar que el conjunto de materiales disponibles para el tribunal internacional y la propia historia del conflicto estaban fuertemente ligados a la obstaculización de la justicia penal. Las posibles críticas a la dimensión punitiva del fallo, en consecuencia, no pueden empañar la visión de lo que *Gelman* efectivamente significa para la verdad y la justicia en Uruguay y la región. Y el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado aceptado por la Corte IDH es por ello su mejor aporte.

²⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.