

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



24 IIDH

Julio - Diciembre 1996

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

ÍNDICE

DOCTRINA

LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA VERDAD EN LA ARGENTINA	11
Martín ABREGÜ	

LA IMPUNIDAD NO ES SOLO CUESTIÓN DE HECHO SOBRE LA PERSECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA	49
Perfecto Andrés IBÁÑEZ	

LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE AMNISTÍA PERUANA	63
César LANDA ARROYO	

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA –JUSTICIA PARA LA PAZ–	133
Elizabeth ODIO BENITO	

EL LARGO CAMINO DE LA VERDAD	157
Felipe MICHELINI	

GUATEMALA'S NATIONAL RECONCILIATION LAW: COMBATTING IMPUNITY OR CONTINUING IT?	173
Margaret POPKIN	

LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUNIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LAS NACIONES UNIDAS –NOTAS PARA LA REFLEXIÓN–	185
Wilder TAYLER	

AMICUS CURIAE

MEMORIAL EN DERECHO, EN CALIDAD DE <i>AMICI CURIAE</i> , DEL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), EL CENTRE FOR JUSTICE AND INTERNATIONAL LAW (CEJIL) S/LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CALUMNIAS E INJURIAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS	217
---	-----

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. --Nº1 (Enero/junio 1985).--
--San José, C.R.: El Instituto, 1985--
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1996, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramación, montaje electrónico de artes finales e impresión litográfica:
MARS Editores, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica.

Se solicita atenerse a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es preferible acompañar el envío con diskettes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf. y dirección postal). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30.00 Y DE US\$20.00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15.00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3.00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4.00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6.00. TODOS LOS PAGOS DEBEN DE SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DÓLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000) SAN JOSÉ, COSTA RICA.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS, INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE RECONCILIACIÓN NACIONAL PRESENTADO POR LA OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA	263
--	-----

COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LECCIONES DE LAS AMÉRICAS: LINEAMIENTOS PARA UNA RESPUESTA INTERNACIONAL ANTE LA AMNISTÍA DE ATROCIDADES	277
<i>Douglass CASSEL</i>	

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996	327
--	-----

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996	421
--	-----

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA ANTE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1996-I)	427
--	-----

PRESENTACIÓN

Esta nueva entrega de la publicación académica del IIDH se dedica por entero al tema de la impunidad por las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y los esfuerzos por superarla.

No es ciertamente un tema nuevo en nuestra región, ni tampoco lo es su tratamiento académico por el Instituto. Sin embargo no pierde actualidad, ya que la experiencia latinoamericana de los años 80 es objeto de atención en otras latitudes cuando sociedades que intentan dejar atrás sangrientos enfrentamientos buscan su propio camino para enfrentar el legado autoritario y superado definitivamente.

La atención del mundo se concentra en el trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, ejercicio que reconoce la validez de los antecedentes latinoamericanos y europeo-orientales y trata de implementar una fórmula que combina la búsqueda de la verdad, las demandas de la justicia y el objetivo insoslayable de la reconciliación.

Pero además las Naciones Unidas han tomado prestado de nuestras experiencias y proponen varias medidas destinadas a la consagración de principios universales. Los relatores especiales sobre reparaciones y sobre impunidad han elaborado informes de reconocida autoridad científica. Además, como lo señala el artículo de Wilder Tayler que incluimos en este número, se hallan en pleno debate proyectos de declaración sobre el tema. En sus operaciones en el terreno Naciones Unidas ha tenido ocasión de impulsar iniciativas sobre la verdad y la justicia en El Salvador, Guatemala, Haití, Cambodia y otros lugares.

El esfuerzo más importante que en este sentido impulsa la comunidad internacional es, sin duda, la creación de tribunales especiales sobre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad para la ex-Yugoslavia y Ruanda. El éxito final de estos esfuerzos es incierto aún; sin embargo, se puede afirmar sin exageración que el futuro de la protección eficaz de los

derechos humanos depende en gran medida de que ayudemos a esos tribunales a cumplir su cometido. En el IIDH tenemos la fortuna de contar en el Consejo Directivo con la Dra. Elizabeth Odio, jurista costarricense que integra el tribunal para la ex-Yugoslavia y que contribuye su visión de esa experiencia a este volumen.

La Dra. Odio, nuestro Presidente Pedro Nikken, y yo participamos en setiembre de 1997 en una importante conferencia sobre este tema en Siracusa, Italia, de la que el IIDH fue co-auspiciante. Un resultado importante de esa reunión fue el compromiso de los organizadores de elaborar criterios y líneas de acción derivados de las experiencias recientes y susceptibles de adopción por la comunidad internacional. El IIDH espera poder colaborar con ese esfuerzo.

Lo cierto es que la lucha contra la impunidad requiere nuevas formas aún en nuestra región. Guatemala se apresta a iniciar el trabajo de la Comisión de Esclarecimiento creada por los acuerdos de paz y en los próximos meses se dilucidará en los tribunales el verdadero alcance de la ley de amnistía de diciembre de 1996. De eso se ocupa el artículo de Margaret Popkin. Y la búsqueda de la verdad sobre el destino y paradero de los desaparecidos da origen a novedades judiciales de importancia en Argentina y Uruguay, descriptas y analizadas en los artículos de Martín Abregú y Felipe Michelini.

Aspiramos a que este número de la Revista haga un valioso aporte al examen actualizado de los principios jurídicos que rigen la lucha contra la impunidad.

Juan E. Méndez
Director Ejecutivo del IIDH

DOCTRINA

LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE AMNISTÍA PERUANA

César Landa Arroyo*

*“¿Quiénes son esos dueños invisibles de nuestros destinos?”
El Poder de los genios invisibles de la ciudad,
Guglielmo Ferrero*

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA

1.1. Costos sociales de la guerra

Con el restablecimiento del Estado democrático constitucional en 1980, paradójicamente Sendero Luminoso dio inicio a sus acciones terroristas contra dicho modo de unidad política y ordenamiento social. Poco tiempo después se inicia la legítima defensa del Estado mediante la reacción legal, pero también ilegal, de la policía y sobretodo de las Fuerzas Armadas en la represión del terrorismo, básicamente hasta la captura de Abimael Guzmán y de otros líderes terroristas en 1992.

El costo social de la violencia durante esa década perdida, ha sido estima en veintitrés mil millones de dólares en pérdidas económicas y alrededor de treinta mil muertos; de los cuales, más de once mil personas fueron víctimas civiles que no tomaron parte en ese enfrentamiento fratricida¹. Sin embargo, estuvieron en medio del fuego y del juego político y militar, tanto en Sendero Luminoso como de las fuerzas del orden, al margen del Estado de Derecho. En ese escenario de enfrentamiento militar

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 Cfr. Violencia Política. En PERUPAZ No. 29, Diciembre de 1994- Enero de 1995, Constitución y Sociedad Lima, 1995. Cfr. Jaime Carbajal y Percy Uriarte, *Economía y violencia, los costos ocasionados por el terrorismo: un marco teórico y un modelo de estimación. Constitución y Sociedad, Lima, 1993.*

de suma cero, donde todo lo que ganaba una parte era para derrota para el otro bando, prácticamente no existió un combate convencional –directo– entre dichas fuerzas, sino la indirecta o encubierta acción terrorista y en consecuencia la torpe reacción de las fuerzas represivas del Estado, no preparadas para este tipo de conflictos.

Es así que, alrededor del cuarentitrés por ciento (43%) de las víctimas de esta perversa forma de conflicto armado, no fueron los terroristas (47%), ni las fuerzas del orden (10%), sino hombres, mujeres, niños y ancianos, generalmente humildes y conscientes de que su suerte siempre había estado echada en el Perú. Pero, no por ello aliados naturales del terrorismo como lo creyó Sendero Luminoso y desde ya las Fuerzas Armadas, por lo que prácticamente ambos bandos los convirtieron en carne de cañón, sino que, miles de ellos fueron víctimas inocentes de un conflicto en el cual eran obligados a tomar parte en este enfrentamiento de suma cero. Lo que originó un éxodo masivo de alrededor de seiscientos mil personas (600.000) que se refugiaron en otras regiones y ciudades fuera de las zonas del conflicto armado central.

Pero, capturados los principales líderes terroristas en 1992 se desmonta y detiene la zozobra del país de la década de los ochenta, pero con un costo jurídico y social igualmente mayor. Así por ejemplo, se refuerzan los procesos judiciales contra los detenidos por los delitos de terrorismo y traición a la patria, con base en la llamada legislación penal de emergencia, que permite una justicia vindicativa, que se expresa en el juzgamiento de civiles en el fuero privativo militar, los tribunales sin rostro, las prolíficas condena a cadena perpetua o treinta años de prisión en procesos sumarísimos, entre otras medidas que vulneran el debido proceso y la tutela judicial².

Los resultados de ese ejercicio judicial pretoriano son los cientos de inocentes víctimas de la injusticia y el error judicial, convertidas en parte del sistema de administración de justicia ordinaria y sobre todo militar³; donde de los miles de presos por el delito de terrorismo, la justicia militar procesó entre 1992 y 1995, a 1074 personas, absolviendo sólo a 37; condenando a

2 Cfr. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, IDL, Lima, 1994, pp 79-86; este informe fue el resultado de un acuerdo de entendimiento entre el gobierno de los Estados Unidos y el gobierno del Perú, para que una comisión, presidida por el Profesor Robert Goldman, evalúe las características más importantes del sistema judicial y las reformas legales y constitucionales introducidas.

3 Cfr. Instituto de Defensa Legal *177 casos de injusticia y error judicial en el Perú*, Grafimace, Lima, 1994.

cadena perpetua a 284 y a penas entre quince y treinta años a 262, entre otras decisiones punitivas⁴.

Sin embargo, los responsables de las miles de víctimas de la represión ilegal del Estado, que cometieron delitos de *lesa humanidad*, como la ejecución extrajudicial, la detención-desaparición o la tortura, no fueron prácticamente procesadas ni condenadas, a pesar de las fundadas denuncias nacionales e internacionales de los organismos de defensa de los derechos humanos y de los familiares de las víctimas. Más aún, patéticamente el propio Poder Judicial y el fuero privativo militar, entendieron que las violaciones de los derechos humanos atribuibles al personal militar y policial –secuestros, ejecuciones extrajudiciales, torturas e incluso violaciones sexuales e incineración de cadáveres– cometidas contra civiles, constituían delitos de función y en el mejor de los casos abuso de autoridad.

1.2. Autogolpe de Estado y autoamnistía

A raíz del autogolpe de Estado de Fujimori del 5 de abril de 1992, sostenido por las Fuerzas Armadas⁵, se inicia una escalada terrorista sin precedentes, en particular en Lima, que alcanza su punto máximo en el mes de julio de ese año, por un lado, con la explosión del coche-bomba en la calle Tarata de Miraflores, con el dantesco resultado de decenas de víctimas inocentes y, por otro lado, con el asesinato de la destacada lidereza de Villa El Salvador, María Elena Moyano, a manos también de sicarios de Sendero Luminoso.

Días después de estos atentados y en un ambiente de participación política de las Fuerzas Armadas en el autogolpe de Fujimori, se conoce que un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle –La Cantuta– habían sido detenidos-desaparecidos por un grupo presumiblemente de militares. En el mes de agosto, estudiantes universitarios de Huancayo empezaron a ser detenidos-desaparecidos o simplemente a encontrar sus cadáveres a las afueras de la ciudad, acción que fue atribuida también a militares.

Este panorama de ejecuciones extrajudiciales a manos de las fuerzas de seguridad no fueron investigadas ni juzgadas; sin embargo, trascendieron

4 Cfr. Justicia Militar, Contribución a la paz y el desarrollo, suplemento especial del diario Expreso, Lima, 13'8'95, pág 7. Asimismo, revisar Enrique Bernalles, La Constitución de 1993 y la justicia militar, en *Thémis* revista de Derecho, segunda época No. 31, Lima pags, 199-207.

5 Cfr. Domingo García Belaúnde y Pedro Planas, La Constitución traicionada, Lima 1993; Comisión Andina de Juristas, *Del golpe de estado a la nueva Constitución*, Lecturas sobre Temas Constitucionales 9 CAJ, Lima 1993; CEPEL, *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú* (E. Ferrero, editor), Lima 1992.

a la opinión pública, a raíz de las denuncias que formulara en abril de 1993, el Gral. Rodolfo Robles, responsabilizando de dichas muertes a un escuadrón vinculado al Servicio de Inteligencia Nacional; así como, también de la matanza de Barrios Altos –Lima– debido a que, “la investigación de la matanza de 17 personas en noviembre de 1991 en la zona de Barrios Altos fue realizada brevemente por autoridades civiles y luego archivada debido a la falta de pruebas”⁶.

Dicha denuncia fue motivo de una acuciosa investigación periodística que logró aportar evidencias a la Fiscal de la Nación; quien investigó el caso por más de un año, para finalmente formular denuncia penal y el Poder Judicial a abrir instrucción –recién en abril de 1995– contra cinco militares del denominado grupo Colina, por los delitos contra la vida y la salud –asesinato y lesiones graves.

En todo este período ya se había condenado extraordinariamente en el fuero privativo militar a un grupo de militares por el caso La Cantuta, algunos de los cuales volvían a ser denunciados por la masacre de Barrios Altos; asimismo, vendrían muchos otros juicios, por violaciones a los derechos humanos. En esas circunstancias, la cúpula militar en el poder logra que el gobierno, a través de su mayoría parlamentaria de Cambio 90-Nueva Mayoría, dicte una ley de amnistía para ellos; lo cual también les permitía resolver el conflicto militar interno que habían generado al procesar y condenar a ex-comandantes generales del Ejército y a generales –retirados– que manifestaron públicamente sus puntos de vista discrepantes con la conducción y politización de las Fuerzas Armadas, así como también, que pretendieron ejercer el derecho de insurgencia contra el gobierno de facto de entonces⁷.

Es así que, el 15 de junio de 1995 se publica la Ley No. 26479 del Congreso Constituyente Democrático mediante la cual en el artículo 1° se otorga amnistía general a los militares, policías o civiles que se encontrasen denunciados, procesados o condenados, en el fuero común y en el fuero privativo, por cualquier hecho que se vinculase con la lucha contra el terrorismo, ya sea que se hubiese cometido de manera individual o por grupos paramilitares, desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995. “La aprobación

6 Embajada de los Estados Unidos de América, *Informe anual sobre derechos humanos en el Perú, emitido por el Departamento de Estado de los EE.UU.*, 1993, en *USIS DOCUMENTO*, Lima, mimeo, 1994, pág. 5.

7 Cfr. César Landa, *La vigencia del derecho procesal constitucional en el fuero privativo militar*, en *Diálogo con la jurisprudencia* Año I, No. 1, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, págs. 11-32.

cadena perpetua a 284 y a penas entre quince y treinta años a 262, entre otras decisiones punitivas⁴.

Sin embargo, los responsables de las miles de víctimas de la represión ilegal del Estado, que cometieron delitos de *lesa humanidad*, como la ejecución extrajudicial, la detención-desaparición o la tortura, no fueron prácticamente procesadas ni condenadas, a pesar de las fundadas denuncias nacionales e internacionales de los organismos de defensa de los derechos humanos y de los familiares de las víctimas. Más aún, patéticamente el propio Poder Judicial y el fuero privativo militar, entendieron que las violaciones de los derechos humanos atribuibles al personal militar y policial –secuestros, ejecuciones extrajudiciales, torturas e incluso violaciones sexuales e incineración de cadáveres– cometidas contra civiles, constituían delitos de función y en el mejor de los casos abuso de autoridad.

1.2. Autogolpe de Estado y autoamnistía

A raíz del autogolpe de Estado de Fujimori del 5 de abril de 1992, sostenido por las Fuerzas Armadas⁵, se inicia una escalada terrorista sin precedentes, en particular en Lima, que alcanza su punto máximo en el mes de julio de ese año, por un lado, con la explosión del coche-bomba en la calle Tarata de Miraflores, con el dantesco resultado de decenas de víctimas inocentes y, por otro lado, con el asesinato de la destacada lidereza de Villa El Salvador, María Elena Moyano, a manos también de sicarios de Sendero Luminoso.

Días después de estos atentados y en un ambiente de participación política de las Fuerzas Armadas en el autogolpe de Fujimori, se conoce que un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle –La Cantuta– habían sido detenidos-desaparecidos por un grupo presumiblemente de militares. En el mes de agosto, estudiantes universitarios de Huancayo empezaron a ser detenidos-desaparecidos o simplemente a encontrar sus cadáveres a las afueras de la ciudad, acción que fue atribuida también a militares.

Este panorama de ejecuciones extrajudiciales a manos de las fuerzas de seguridad no fueron investigadas ni juzgadas; sin embargo, trascendieron

4 Cfr. Justicia Militar, Contribución a la paz y el desarrollo, suplemento especial del diario Expreso, Lima, 13'8'95, pág 7. Asimismo, revisar Enrique Bernalles, La Constitución de 1993 y la justicia militar, en *Thémis* revista de Derecho, segunda época No. 31, Lima pags, 199-207.

5 Cfr. Domingo García Belaúnde y Pedro Planas, La Constitución traicionada, Lima 1993; Comisión Andina de Juristas, *Del golpe de estado a la nueva Constitución*, Lecturas sobre Temas Constitucionales 9 CAJ, Lima 1993; CEPEL, *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú* (E. Ferrero, editor), Lima 1992.

a la opinión pública, a raíz de las denuncias que formulara en abril de 1993, el Gral. Rodolfo Robles, responsabilizando de dichas muertes a un escuadrón vinculado al Servicio de Inteligencia Nacional; así como, también de la matanza de Barrios Altos –Lima– debido a que, “la investigación de la matanza de 17 personas en noviembre de 1991 en la zona de Barrios Altos fue realizada brevemente por autoridades civiles y luego archivada debido a la falta de pruebas”⁶.

Dicha denuncia fue motivo de una acuciosa investigación periodística que logró aportar evidencias a la Fiscal de la Nación; quien investigó el caso por más de un año, para finalmente formular denuncia penal y el Poder Judicial a abrir instrucción –recién en abril de 1995– contra cinco militares del denominado grupo Colina, por los delitos contra la vida y la salud –asesinato y lesiones graves.

En todo este período ya se había condenado extraordinariamente en el fuero privativo militar a un grupo de militares por el caso La Cantuta, algunos de los cuales volvían a ser denunciados por la masacre de Barrios Altos; asimismo, vendrían muchos otros juicios, por violaciones a los derechos humanos. En esas circunstancias, la cúpula militar en el poder logra que el gobierno, a través de su mayoría parlamentaria de Cambio 90-Nueva Mayoría, dicte una ley de amnistía para ellos; lo cual también les permitía resolver el conflicto militar interno que habían generado al procesar y condenar a ex-comandantes generales del Ejército y a generales –retirados– que manifestaron públicamente sus puntos de vista discrepantes con la conducción y politización de las Fuerzas Armadas, así como también, que pretendieron ejercer el derecho de insurgencia contra el gobierno de facto de entonces⁷.

Es así que, el 15 de junio de 1995 se publica la Ley No. 26479 del Congreso Constituyente Democrático mediante la cual en el artículo 1° se otorga amnistía general a los militares, policías o civiles que se encontrasen denunciados, procesados o condenados, en el fuero común y en el fuero privativo, por cualquier hecho que se vinculase con la lucha contra el terrorismo, ya sea que se hubiese cometido de manera individual o por grupos paramilitares, desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995. “La aprobación

6 Embajada de los Estados Unidos de América, *Informe anual sobre derechos humanos en el Perú, emitido por el Departamento de Estado de los EE.UU.*, 1993, en USIS DOCUMENTO, Lima, mimeo, 1994, pág. 5.

7 Cfr. César Landa, *La vigencia del derecho procesal constitucional en el fuero privativo militar*, en *Diálogo con la jurisprudencia* Año I, No. 1, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, págs. 11-32.

de esta ley el 14 de junio creó una considerable preocupación sobre la impunidad militar y policial por los abusos cometidos"⁸.

Asimismo, se concede amnistía a los militares que cumplían condena por el intento de restablecer el orden constitucional el 13 de noviembre de 1993 y a los militares con el Ecuador en los primeros meses de 1995.

La instrumentalización de la amnistía de los opositores al gobierno condenados por cortes militares, para asegurar la amnistía a los militares que habían cometido delitos de *lesa humanidad*, desnaturalizó el contenido esencial de la misma, por cuanto, "las amnistías fueron diseñadas tradicionalmente en conexión con los crímenes contra la soberanía del estado, con el fin de abolir u olvidar los crímenes cometidos por opositores al régimen imperante, como un mecanismo de pacificación. En consecuencia, los sujetos favorecidos por dichas amnistías no eran agentes del estado, sino muy por el contrario, adversarios del mismo, usualmente en el contexto de una rebelión o de una guerra civil"⁹.

1.3. Respuesta judicial y legislativa

Como quiera que los familiares de las víctimas de la masacre de Barrios Altos, pidieron a la jueza penal Antonia Saquicuray que se encontraba instruyendo el caso, que no se aplique la ley de amnistía para los militares encausados por los delitos contra los derechos humanos; ésta emitió una resolución judicial el 16 de junio, declarando inaplicable el artículo 1° de la Ley No. 26479, al considerar que los jueces prefieren la Constitución sobre la ley en caso de incompatibilidad entre ambas, según dispone el artículo 138° de la Constitución de 1993. Es decir que la jueza realizó el llamado control difuso de constitucionalidad que faculta nuestro sistema mixto de justicia constitucional¹⁰.

Esta decisión judicial fue apelada por la defensa de los paramilitares, debiendo ser resuelta por la Sala Penal de la Corte Superior. Sin embargo,

8 U.S. House of Representatives, U.S. and Department of State, *Country report on human rights practices for 1995*, Joint committee print, Washington, 1996, pág. 504. Asimismo, revisar Human Rights Watch/Americas, *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en el mundo 1996*, Human Rights Watch, Washington, 1996, págs. 71-74.

9 Felipe González Morales, *Leyes de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos*, en el colectivo *Leyes de Amnistía* (autores varios), Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1996 en prensa.

10 Cfr. Domingo García Belaúnde, *Sobre la jurisdicción constitucional*, en *Sobre la jurisdicción constitucional*, (AA.VV.), Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, págs. 25-64. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

ante el fallo de la jueza Saquicuray inaplicando la ley de amnistía, el gobierno toma la decisión de que su mayoría en el Congreso dicte una ley interpretativa de la misma, que evite su inaplicación por parte de los jueces, antes de la expedición de la segunda resolución de la Corte Superior.

En tal sentido, el Congreso Constituyente Democrático aprueba el 28 de junio la Ley No. 26492, disponiendo que se entienda que la ley de amnistía no vulnera la independencia del Poder Judicial, no viola los derechos humanos, ni contraviene la Convención Americana de los Derechos Humanos; de otro lado, manda que dicha amnistía no pueda ser revisada judicialmente y, en consecuencia, sea de cumplimiento obligatorio por el Poder Judicial. Asimismo, el ámbito de la impunidad de la primera ley –en cuanto al plazo de mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995– fue ampliado, señalando que alcanzaría también a quienes no hubiesen sido denunciados todavía; es decir que el eventual descubrimiento de los autores de las violaciones de los derechos humanos, de acuerdo con la ley ya no serían pasibles de investigación y sanción judicial.

Con esta nueva ley, la Sala Penal de la Corte Superior por mayoría de votos declara nula la resolución de la jueza Saquicuray, bajo la idea de que los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes del Congreso, porque sería quebrar el principio de la separación de poderes; asimismo, mandó que sea investigada la jueza Saquicuray por el organismo judicial de control interno, por haber interpretado las normas equivocadamente. La decisión judicial de la Corte Superior fue recurrida en queja ante la Sala Penal de la Corte Suprema; la misma que en un anodino lenguaje confirmó la resolución superior, sin argumentos propios. Consagrando judicialmente la amnistía para los militares procesados por violación a los derechos humanos.

1.4. Dilemas constitucionales

A propósito de estos acontecimientos legislativos y judiciales, se han puesto sobre el tapete, una serie de interrogantes jurídico-políticas que inciden en uno de los aspectos más frecuentes de la sociedad peruana de los últimos años: la intolerancia y la injusticia. Pero, traducidos esos problemas político-sociales en términos jurídicos, a propósito de la ley de amnistía y las sentencias judiciales mencionadas, se pueden formular las siguientes interrogantes:

¿El control difuso de constitucionalidad consagrado en la Constitución es una potestad judicial o un mandato de obligatorio cumplimiento? ¿Puede el Poder Legislativo reglamentar el mandato constitucional del control constitucional difuso, dejando a salvo a dicho control a las propias leyes que dicta el Congreso?

¿Tiene límites la función legislativa del Congreso o éste puede regular cualquier materia en virtud de la reserva de ley? ¿Dentro de ese margen la reserva de ley, el Congreso puede expedir leyes que por su contenido predeterminan resoluciones que correspondería a los jueces dictar? ¿El Congreso podría aprobar por ley un acto que haya sido declarado inconstitucional por los magistrados? ¿En qué medida la independencia y exclusividad de la función judicial, configura una reserva de jurisdicción de la administración de justicia, como núcleo intangible que no puede ser vulnerado por otros poderes del Estado?

¿Aún cuando no haya límites taxativos a la potestad legislativa de otorgar amnistía, los valores constitucionales y en particular los derechos fundamentales, pueden constituir una barrera de protección, contra los excesos legislativos de las transitorias mayorías parlamentarias? ¿Si bien los derechos fundamentales cumplen también una función social, pero permite preferir el interés público gubernamental de la *pax romana* al interés privado de los derechos fundamentales?

¿La resolución de este dilema, supone el recíproco condicionamiento de ambos intereses, esto es equilibrarlos a partir de valores y principios generales, que vayan definiendo los contenidos esenciales y sus límites, o; las restricciones de los derechos fundamentales en virtud de la ley de amnistía se explican, a partir de las facultades legales extraordinarias e ilegales que gozaron o asumieron los agentes del Estado que llevaron a cabo la derrota del terrorismo? ¿En ese marco en qué posición quedan los derechos fundamentales a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, el derecho a la vida y el derecho a la justicia?

¿Si los tratados internacionales forman parte del derecho nacional, se puede sostener que en caso de conflicto entre la Convención Americana de Derechos Humanos –que es un tratado internacional– y la ley de amnistía del Congreso, prevalece el primero en función de la materia de derechos humanos que regula? ¿Para los jueces peruanos la Convención Americana es sólo una fuente de interpretación jurídica no vinculante? ¿En otras palabras, cuál es la posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho en la nueva Constitución de 1993?

Con base en las respuestas que se den a estas interrogantes, se tratará de contestar al siguiente planteamiento concreto: ¿si la amnistía es un derecho de gracia del Congreso –como el indulto del Poder Ejecutivo–, por esta razón la amnistía se convierte en una excepción al principio de la división de poderes, independencia judicial e imperio de la ley, sin límite constitucional alguno?

El desarrollo a estas cuestiones constitucionales, se realizarán a través del análisis de las resoluciones judiciales mencionadas, así como también con base en el aporte de la teoría constitucional contemporánea sobre el control difuso, de los derechos fundamentales frente a la ley y la función de la reserva de jurisdicción como límite de la reserva de ley. Planteamientos que requieren de una interpretación constitucional que a continuación se postula.

2. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE AMNISTÍA¹¹

La Constitución de 1993 ha consagrado el principio de la supremacía constitucional, al establecer en el Artículo 51° que ésta prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Asimismo, la Constitución ha establecido un sistema de control constitucional mixto. Por un lado, el control abstracto de constitucionalidad de las normas con rango de ley, mediante la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas legales que sean contrarias a la Constitución por el fondo o por la forma, según dispone el Artículo 200° inciso 4) de la Carta Magna. Por otro lado, el control difuso de constitucionalidad de las normas legales, en virtud del cual en todo proceso en caso de conflicto entre una norma constitucional y una norma legal el juez preferirá la primera, según dispone el artículo 138° de la Constitución.

Bajo este paraguas constitucional, se habilita tanto al Tribunal Constitucional a declarar como inconstitucionales y con efectos *erga omnes*, a las leyes que sean contrarias a la Constitución, como se faculta al Poder Judicial a inaplicar el caso concreto que se ventila, las leyes que sean consideradas también como contrarias a la Constitución. Esta potestad de control constitucional, en particular la relativa al control difuso, también se extiende a los demás órganos jurisdiccionales que la Constitución reconoce explícita e implícitamente, como a la justicia militar, arbitral o a la justicia electoral; esto sin perjuicio que en los procesos administrativos contenciosos o no, que se encuentran sometidos directamente al principio de legalidad y en consecuencia al principio de constitucionalidad, también se pueda realizar de manera excepcional el control difuso de constitucionalidad de las normas administrativas que sean contrarias a la Carta Magna.

11 Cfr. César Landa, *El Control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales, a propósito de la sentencia de la jueza Saquicuray*, en *Ius et Veritas* No. 11, Lima, 1995, págs. 171-179. Asimismo, revisar Ronald Gamarra y Robert Meza, *Ley de amnistía (impunidad). Constitución y derechos humanos*, documento de trabajo, IDL, Lima, 1995.

2.1. Sentencia del Juzgado Penal

Ahora bien, en lo que respecta a la sentencia de primera instancia, la jueza Saquicuray dispuso que "...estando a que la función jurisdiccional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes como reza el artículo ciento treintiocho de la Constitución que en caso de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y una norma legal, los Jueces preferirán la primera como se anota en el segundo párrafo de dicho numeral, encontrándose en su función sólo sujeta a la Constitución y a la Ley, como contempla el artículo ciento cuarentiséis inciso primero del mismo cuerpo de leyes, concordante con el numeral Décimo Cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por todo lo expuesto la juez que suscribe, **DECLARA:** inaplicable el artículo primero de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve al proceso seguido contra Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goycochea...".

Es evidente que la actuación de la juez fue jurídicamente impecable y sorprendente, debido a que es inusual en la mentalidad de los jueces ordinarios, sometidos a la soberanía legislativa del Congreso, que ejerzan la potestad jurídico-política de inaplicación legislativa, a pesar que la Constitución faculta a todos los jueces del país de preferir la Constitución sobre la ley, en caso de conflicto. Discutibles en cambio son sus fundamentos, para determinar en el caso concreto cuáles fueron las incompatibilidades entre la ley de amnistía y la Constitución; pero, ello no enerva la condición primera de estar habilitada constitucionalmente para inaplicar una ley de amnistía para violadores de los derechos humanos, que en juicio de razonabilidad constitucional, era contraria a los valores democráticos del derecho a la vida y dignidad de la persona, así como a los principios y derechos a la justicia. En tal sentido, "el principio de justicia, se dice, lleva a extremar la preocupación por el caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado, como en el presente caso, de un procedimiento en el curso del cual hayan sido ignorados"¹².

Asimismo, en su juicio la razonabilidad de la ley de amnistía, la jueza Saquicuray intuitivamente apeló a la idea de las garantías institucionales de la Constitución, según la cual, las leyes de desarrollo de la norma suprema, como es el caso de la amnistía dada por el Congreso, no deben violar los preceptos consagrados en la Carta Magna.

En efecto, si bien la Constitución confiere al Congreso la potestad de dictar leyes y en particular ejercer el derecho de amnistía –artículo 102°

12 Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Tecnos Madrid, 1986, pp. 147-148.

incisos 1) y 6)–, esto no faculta a la mayoría parlamentaria a violentar el sentimiento constitucional –*Verfassungsgefühl*– de rechazo a la injusticia, que supuso consagrar la impunidad para los violadores de derechos fundamentales. Sobre todo, si la Constitución busca garantizar especialmente a la institución de la justicia en todas sus dimensiones; entonces su supresión por vía legislativa es imposible a riesgo de ser inconstitucional. La garantía institucional de la justicia se basa, pues, en el reconocimiento que de ella se hace en la Constitución, y como tal es una institución jurídicamente reconocida y delimitada, al servicio de los fines de los valores democrático-constitucionales, que no pueden ser contradichos por el legislador¹³.

Entonces, la ley de amnistía no puede examinarse desde una perspectiva limitada del derecho de gracia, sino que debe entenderse como una razón derogatoria retroactiva de unas normas y de los efectos punitivos derivados de las mismas, que deben responder a una razón de justicia. En tal sentido, el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 63/1983 del 20 de julio, se adscribe a “la nueva concepción de que la amnistía se tiene en los modernos Estados de Derecho, como instrumento de corrección del Derecho más que como manifestación de una potestad de gracia que excepciona el orden legal”¹⁴.

En consecuencia, desde el punto de vista del derecho objetivo era ineludible que la jueza Saquicuray prefiriese la norma constitucional sobre la norma legal, por el principio general de supremacía constitucional. De modo que, la jueza estaba facultada para evaluar los actos legislativos del Congreso y cualquier otra norma de rango legal, en función de su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Con las consecuencias que supone que los jueces puedan inaplicar dichas normas legales, sean expedidas por el Congreso, el Poder Ejecutivo o las Municipalidades. Esto supone que, mediante el control difuso de la Constitución, los jueces se convierten en los supervisores de la constitucionalidad de los actos legislativos de cualquiera de los poderes públicos.

2.2. Sentencia de la Corte Superior

Uno de los principales pilares fundamentales del Estado de Derecho reposa en la función de control de la Constitución que realizan los jueces,

13 Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos S.A., Madrid, 1982, pp 175-177.

14 Blanca Lozano, *El indulto y la amnistía ante la Constitución*, en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II. De los Derechos y Deberes Fundamentales, Sebastián Martín-Retortillo (coordinador), Civitas, Madrid, 1991, pág. 1038.

mediante el control difuso; de allí que, se hable contemporáneamente ya no del Estado de partidos sino del Estado de los jueces o más comúnmente del gobierno de los jueces. En tal entendido, la dación de la Ley No. 26492, luego de la expedición de la sentencia de la jueza Saquicury, obligando a los jueces a abdicar de su atribución constitucional de inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales, constituye una clara violación a la Carta Magna; por cuanto, mediante dicha ley ordinaria se pretende modificar el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución de 1993, autoexcluyéndose el Congreso del control difuso de constitucionalidad de los jueces.

En tal entendido, la Ley No. 26492 es una norma inconstitucional, porque reforma la Constitución mediante un mecanismo no previsto en el artículo 206° de la norma suprema; lo cual se aprecia sobre todo en el artículo 3° de la ley cuando señala que: "interpretase el Artículo 1° de la Ley No. 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales...". La interpretación de la mayoría oficialista del Congreso Constituyente Democrático, del actual Congreso o de los jueces y vocales no es libre, porque en el Estado democrático-constitucional no existen poderes absolutos, sino que siempre están sometidos institucional y normativamente a la Constitución¹⁵.

Asimismo, la dación de esta ley complementaria a la de amnistía ha superado los límites de la interpretación legislativa de las leyes, llegando a la infracción constitucional: porque la Constitución escrita—segundo párrafo del Artículo 138° de la norma suprema— es un límite infranqueable de la interpretación de la ley. "La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución. Dicha función admite la posibilidad de un cambio constitucional (*Verfassungswandel*) por medio de la interpretación; pero excluye el quebrantamiento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*)—desviación del texto al caso concreto— y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación"¹⁶.

No obstante lo señalado, por mayoría los vocales Castillo Dávila y Hurtado Herrera, de la Décimo Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, resolvieron el 14 de julio de 1995, declarar aplicable la Ley N° 26479 a los paramilitares autores de la masacre de Barrios Altos, además dispusieron la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales de los mismos, y mandaron archivar definitivamente la instrucción abierta por los

15 Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, págs 148-150.

16 Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1983, pág. 54.

delitos contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de asesinato y lesiones graves en agravio de Luis León Borja y otros. Salvó su voto la vocal Luisa Napa Lévano, pidiendo que se confirme la resolución de la jueza Saquicuray, pero declarando que es improcedente y no inaplicable la Ley de Amnistía, para los militares involucrados “al no darse los presupuestos requisitos exigidos por la referida Ley al caso concreto, debiendo continuar la tramitación de la causa según su estado y ordenando que la jueza cumpla con tramitar la contienda de competencia planteada...”

El razonamiento de los vocales superiores Castillo y Hurtado se basa en la tradicionalista idea de que los jueces son la *bouche de la loi*, es decir que son meros aplicadores de los mandatos legislativos del Congreso. Esta mentalidad judicial decimonónica supone que los jueces no pueden razonar más allá de lo que la propia ley señala, obviando que por encima de la ley y antes de que ella los jueces se encuentran obligados a respetar la ley suprema constitucional.

Esta mirada estrecha del derecho la consagran los vocales en la sentencia en mayoría al establecer que “...la anotada Ley N° 26479 y la ley interpretativa N° 26492 comportan el ejercicio de una potestad constitucional privada del Congreso Constituyente Democrático con el propósito de lograr un clima de paz, concordia y reconciliación nacional: que no es propio de la actividad orgánica del Poder Judicial valorar y menos con sentido discrepante de los motivos que determinaron al legislador a tomar esa decisión de carácter esencialmente política...”

De modo que, la histórica obsecuencia de la función jurisdiccional al poder político, hace que el Poder Judicial abdique de operar como otro poder del Estado¹⁷ y que incumpla con su función de administrar justicia incluso frente a las leyes del Congreso, lo cual es un valor fundamental en todo Estado democrático-constitucional. Por el contrario, los jueces ante leyes límites o de aplicación dubitable deben interpretar constitucionalmente la norma, que supone recrearla al caso concreto, sin pretender por ello suplir la función legislativa de los poderes y organismos constitucionales facultados para ello¹⁸.

2.3 Resolución de la Corte Suprema

Contra la resolución de la Décimo Primera Sala Penal de la Corte Superior que revocó la sentencia de la jueza Saquicuray, en el sentido que

17 Cfr. Luis Pásara. *Jueces, justicia y poder en el Perú*, CEDYS, Lima 1983.

18 Cfr. Róger Cotterrell, *The politics of jurisprudence*, University of Pennsylvania PRESS, Philadelphia, 1989, págs. 150-181

declaró como de cumplimiento obligatorio para el Poder Judicial la ley de amnistía, la defensa de las víctimas planteó un recurso de nulidad, el mismo que fue declarado improcedente por dicha Sala. Contra esta resolución los abogados de la parte civil interpusieron un recurso de queja por denegatoria del recurso de nulidad, de conformidad con el art. 292° último párrafo y art. 297° del Código de Procedimientos Penales.

La defensa entendía que la resolución expedida por la Sala no era una sentencia que ponía término a un proceso, sino que sólo era un auto contra el cual se podía interponer recurso de nulidad; en tanto resolvía discutiblemente un hecho procesal, más no había decidido sobre el fondo del asunto denunciado, es decir la responsabilidad por los delitos contra la vida, el cuerdo y la salud –homicidio calificado y lesiones– luego del debate en juicio oral y valoración de pruebas.

En efecto, “contra los autos o resoluciones definitivas que extingan la acción o pongan final al procedimiento o la Instancia” procede el recurso de nulidad, señala el art. 292° del Código Procesal Penal. La denegación que este recurso por parte de la Sala Penal de la Corte Superior, supuso que su decisión era inexpugnable, es decir, que no podía ser revisada por la instancia judicial suprema, manifestando así una vocación de concentración y de usurpación de atribuciones jurisdiccionales de la Corte Suprema. Más aún, al negar este recurso la Corte Superior violó la garantía y el derecho jurisdiccional de la pluralidad de instancias, que reconoce el Art. 139° inciso 6) de la Constitución.

Pero, interpuesta la queja, pasó a la Sala Penal de la Corte Suprema, a fin de que revise la resolución de la Sala Penal de la Corte Superior, en tanto que había denegado el recurso de nulidad, en la excepción de inconstitucionalidad para la inaplicación de la ley de amnistía, que era contraria a la Constitución y a la Convención Americana.

El Fiscal Supremo emite un dictamen sin fundamentos razonables, al señalar que la ley de amnistía ha sido expedida al amparo de la facultad estatuida en el Art. 102° inciso 6) de la Constitución del Perú, estableciendo que “esta atribución es genérica y sin límite alguno constituyendo una excepción a nuestro ordenamiento jurídico que no transgrede el principio de independencia del ejercicio de la función jurisdiccional contemplado en el Art. 139° inciso 2) de nuestra carta magna...”. Pero, no subsume los hechos denunciados a la norma constitucional, tampoco interpreta la potestad constitucional de otorgar amnistías, salvo por el inconstitucional argumento de asumir que una norma, porque reconoce en la amnistía una excepción a las garantías y derechos jurisdiccionales, no vaya a tener límite alguno. Precisamente, cuando la naturaleza extraordinaria de la amnistía hace que sea delimitada o interpretada restrictivamente.

El Fiscal Supremo también evacúa en su dictamen la opinión, según la cual la ley de amnistía y su ampliatoria no resultan opuestas a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que el Perú ha suscrito y ratificado, sin realizar el menor análisis jurídico para fundamentar su amnistía vulnera los artículos 3°, 10° y 11° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 6° y 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 4°, 8° y 25° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, relativos al derecho a la vida, garantías judiciales y protección judicial de las personas.

Con todos estos elementos, los vocales supremos de la Sala Penal, ignoraron las argumentaciones de la defensa y sin realizar consideraciones jurídicas necesarias para resolver un proceso jurídico-político de trascendencia nacional e internacional, resolvieron declarar infundada la queja de derecho formulada por las víctimas de represión ilegal del Estado; dejando sin lugar a que continúe el proceso penal abierto contra Julio Salazar Monroe y otros militares por los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, en agravio de Luis Antonio León y otros habitantes de Barrios Altos.

Los vocales Ibérico, Montes de Oca, Almenara, Sánchez Palacios y Villafuerte sostuvieron su resolución en que "de las copias que forman el presente cuaderno (de queja) no se advierten irregularidades de carácter procesal o que se haya violado mandato constitucional alguno que amerite la elevación de los de la materia a esta Suprema Sala Penal: declararon INFUNDADA la queja...". Asimismo, el vocal Sánchez Palacios fundamentó su voto en que "de conformidad con el dictamen fiscal y considerando que, conforme al inciso décimo tercero del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, la amnistía produce los efectos de la cosa juzgada".

Con esta resolución se ha sentado un precedente judicial supremo, que establece visos de constitucionalidad a la ley de amnistía y ampliatoria, abriendo así la incertidumbre jurídica sobre el destino de otros procesos judiciales de inaplicación de la ley de amnistía, que han sido declarados fundados por algunos juzgados de las provincias del interior del país. A pesar que, a través del control difuso de constitucionalidad del artículo 138° de la Constitución "se ha entregado a los tribunales la responsabilidad última de cuidar y defender el orden constitucional de valores"¹⁹, los vocales abdicar de su función.

19 Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pág. 42. Asimismo, revisar Mauro Cappelletti, *Juizes irresponsáveis*, Fabris editor, Porto Alegre, 1989, págs. 15-34.

No obstante las resoluciones superior y suprema, el poder jurisdiccional que ejercen los jueces por mandato del artículo 138° de la Constitución, como un límite a las normas legales del Presidente de la República y del Congreso, está siendo puesto en cuestión por la mayoría parlamentaria, habida cuenta que se ha aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso un proceso de ley –suscrito por los congresistas Torres y Torres Lara y Chirinos Soto–, impidiendo a los jueces preferir la Constitución a la ley, a establecer que en esos casos deberán plantear de oficio la cuestión a la Fiscal de la Nación, para que ésta interponga una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, la misma que deberá contar con seis votos de siete conformes unánimemente, para que se declare la inconstitucionalidad de la ley cuestionada.

Como es de apreciar, en la resolución de la Corte Suprema y también de la Corte Superior, así como en el proyecto de ley arriba mencionado, se deja de lado cuando menos dos preguntas que resultan incómodas para la ideología jurídica gubernamental aplicada: Primero, ¿cómo se condice el argumento de que no es propio de los jueces valorar y menos discrepar con los actos legislativos del legislador, si los jueces tienen la obligación constitucional de preferir la norma constitucional sobre la norma legal del Congreso? Segundo, ¿cómo concebir que quienes se encargan de administrar justicia en nombre del pueblo, subordine el valor vida y el derecho a la justicia de pacíficos ciudadanos al de la amnistía de quienes han cometido delitos de *lesa humanidad*, que son imprescriptibles en las sociedades democráticas y en el derecho comparado?²⁰.

3. LA RESERVA DE JURISDICCIÓN Y LA GARANTÍA INSTITUCIONAL COMO LÍMITES A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.²¹

3.1. Autolimitación legislativa y reserva jurisdiccional

Siempre se ha señalado que “el poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración”²², debido a que el hombre con poder cuando no está limitado se excede; en última instancia es un ser egoísta con los demás. De ahí que las personas con poder –público o privado– deban estar controladas, mediante la Constitución y la ley. Pero precisamente son los poderes –públicos y también privados– quienes se encargan de hacer u orientar el conte-

20 Cfr. Luis Joinet, *Análisis metodológico de los procesos de amnistías*, en *Boletín* N°3, CAJ, Lima, 1983, págs. 68-76.

21 Cfr. César Landa. *Límites constitucionales de la función legislativa a propósito de la sentencia de la jueza Saquicuray*, en *Diálogo con la Jurisprudencia* Año II, N° 3, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1996, págs. 9-19

22 Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 28.

nido de las normas, a través de los organismos de representación constitucionales, sistema en crisis que no evidencia la autolimitación ni la transparencia del poder.

En particular, en el Congreso la práctica parlamentaria, por lo general ha dado lugar a una legislación unilateral de la mayoría, en temas claves de la vida política y jurídica nacional. Pero, si bien el mandato de la mayoría parlamentaria está basado en la voluntad ciudadana, a través del voto, lo que no puede la mayoría gobernante es legislar vulnerando los mandatos constitucionales y desconociendo las opiniones de la minoría parlamentaria. Por esto, "la infracción del Reglamento parlamentario produce un vicio invalidante siempre y solamente cuando supone una ruptura del principio constitucional del que el pluralismo político es una proyección: el principio democrático"²³.

Es cierto, por otro lado, que la Constitución de 1993 establece una nomenclatura jurídica abierta, es decir que en sus disposiciones normativas no se definen expresamente los alcances de sus mandatos, dejando al Parlamento la tarea del desarrollo legislativo de las mismas, bajo el principio de reserva de ley. Lo que viene siendo interpretado, a partir de una idea conservadora del significado y alcances de la mayoría parlamentaria, como la potestad absoluta de definir por ejemplo los alcances de la amnistía, sin considerar que se pueden estar afectando contenidos esenciales de la Constitución, como la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

En este sentido, si bien "el derecho del estado de abolir u olvidar los crímenes de aquellos que han infringido su soberanía mediante la rebelión o de otra forma, emana del papel del estado como víctima. En tales casos el estado puede hallar que sus intereses, tales como la reconciliación y otros, son mejor servidos por una amnistía. Sin embargo, el estado no debería tener la prerrogativa de abolir u olvidar sus propios crímenes o los de sus agentes cometidos contra sus propios ciudadanos, ese derecho sólo pertenece a las propias víctimas"²⁴.

Frente a estos supuestos, la Constitución de 1993 faculta dos mecanismos de justiciabilidad de las leyes de amnistía, Uno, a través de control constitucional directo que realice el Tribunal Constitucional, mediante la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la leyes de amnistía si violan la Constitución por el fondo o por la forma, cuando así lo de-

23 Paloma Biglino, *Los vicios en el procedimiento parlamentario*, en *El parlamento y sus transformaciones actuales* (A. Garrorena, editor), Tecnos, Madrid, 1990, pág. 199.

24 Robert Goldman, *La decisión de la ley uruguaya de caducidad con el Pacto de San José (Convención Americana)*, mimeo, s/f, pag. 3.

manden quienes tienen legitimidad procesal activa²⁵. Otro, a través del control difuso constitucional que realizó la jueza Saquicuray al inaplicar la ley de amnistía por estimar que era contraria al Constitución o el que realizaron los vocales de la Corte Superior y de la Corte Suprema pero encontrando a la ley de amnistía conforme a la Constitución.

En este sentido, los procesos de justicia constitucional son mecanismos de control judiciales posteriores, necesarios pero no suficientes, por cuanto, en la democracias pluralistas donde la mayoría respeta la opinión de la minoría parlamentaria, se autolimita (*self restraint*) en función de la Constitución. Pero, como ello no ocurre en el Congreso peruano, se está gestando el "vaciamiento" de los contenidos esenciales del texto constitucional, al legislar en contra o fuera del marco de los valores principios y garantías institucionales que contienen los derechos fundamentales²⁶.

Si bien, poder legislativo justifica su función legislativa con base en la doctrina política de la soberanía de la representación del Congreso, éste se halla supeditado también a la doctrina jurídica según la cual "la materia propia de la ley, se dice, es la norma de derecho"²⁷, que tiene límites de naturaleza constitucional; que imposibiliten a la mayoría parlamentaria regular ilimitadamente en virtud de la reserva de ley, materias de una trascendencia jurídico-político como la amnistía, que están más allá de la siempre efímera mayoría. Dicho en otras palabras esto significa que los contenidos de las leyes de amnistía deben supeditarse lealmente a los mandatos constitucionales que garantizan la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.

Ahora bien, la primera barrera de la autolimitación parlamentaria en función de la Constitución no es un límite certero, en épocas como la presente caracterizada por la falta de concentración política entre la mayoría y las minorías parlamentarias, cuando los valores supremos constitucionales son violentados a través de la tesis de la reserva de ley, según la cual en el caso concreto: la ley de amnistía no viola la Constitución por que aquella está de acuerdo con la voluntad política parlamentaria predominante.

25 Cfr. Artículo 203° de la Constitución peruana: están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: el Presidente de la República; el Fiscal de la Nación; el Defensor del Pueblo; treinta congresistas; cinco mil ciudadanos; los colegios profesionales en materia de su especialidad; los alcaldes provinciales o los presidentes de las regiones, con el acuerdo previo de sus órganos deliberativos, en las materias de su competencia.

26 Cfr. Peter Haberle, *La libertà fondamentali nello stato costituzionale*, NIS, Roma, 1993, págs.146-152.

27 Raymond Carré de Malberg, *La loi expresion de la volonté générale*, préface de Georges Burdeau, Economica, Paris, 1984, pág. 6.

Frente a este raciocinio político que encubre jurídicamente un uso autoritario del poder, cabe plantear una segunda barrera con la reserva de jurisdicción; que se apoya en la idea de un Poder Judicial independiente en la medida en que las leyes sean generales; en el sentido que, "el juez es independiente porque depende sólo de la ley, pero no podrá decirse que lo es si la ley pudiera contener previsiones concretas que se conformen como mandatos dirigidos al juez, que contengan instrucciones dirigidas al mismo. El juez está en una posición objetiva e independiente precisamente porque adopta sus decisiones apoyándose en regulaciones generales y abstractas"²⁸. Tal fue el caso de la ley de interpretación de la ley de amnistía, que obligaba a los jueces a abdicar del control difuso de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, la reserva de jurisdicción halla en el principio de legalidad un soporte fundamental, pero que deriva del propio mandato constitucional; en tanto que, la Constitución faculta al Poder Judicial administrar justicia en nombre del pueblo y con base en el derecho. Fundamento que habilita a los jueces a administrar justicia sin que pueda violarse ese ámbito de competencia que les corresponde constitucionalmente. Si bien la administración de justicia en nuestra cultura jurídica la ejercen los jueces en función del sistema de normas, éste no se origina en la ley, sino en la Constitución. De modo que los jueces fundamentalmente administran justicia no en base a la ley, sino en base a la Constitución; ya sea como norma de aplicación directa o de aplicación diferida. Incluso, cuando la ley es la que crea un derecho y no existe norma constitucional alguna, la aplicación de la ley deberá ser acorde con la voluntad de la Constitución.

Sin embargo, en el caso de la amnistía si bien la Constitución de 1993 reconoce el derecho de gracia del Congreso de otorgar amnistías y del Poder Ejecutivo de otorgar indultos, estas facultades lo que nunca van a significar es a su vez violar otros contenidos constitucionales; más aún, si se trata de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la justicia, el derecho a la libertad y seguridad personal; en definitiva la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que consagran los valores supremos democráticos. En este sentido, la interpretación judicial integra elementos materiales y formales; "la Constitución en sentido material, recordamos, fija las <líneas maestras del ordenamiento> y se configura como la fuente primigenia del derecho; en otras palabras, el conjunto de postulados básicos del funcionamiento de la Constitución formal"²⁹.

28 Cfr. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, pág. 51.

29 Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid, 1988, pág. 261.

En tal sentido, es ejemplificadora la sentencia de la jueza Saquicuray, mediante la cual inaplicó el Art. 1° de la Ley No. 26479, denegando la amnistía para los paramilitares procesados por delitos contra los derechos humanos, en virtud de que dicha norma desconocía la protección de los derechos a la vida y a la justicia, consagrados en la Constitución del Perú de 1993 y en la Convención Americana de los Derechos Humanos y en otros tratados internacionales que forman parte del derecho nacional. Sentencia que hizo efectiva la reserva de jurisdicción al resolver al amparo de las facultades constitucionales de la autonomía de la materia jurisdiccional a favor de los jueces.

Sin embargo, esta resolución fue cuestionada y contradicha por el Congreso mediante la Ley No. 26492, que como se ha señalado sometía a los jueces de la Sala Penal a resolver la apelación de la sentencia de la jueza de Primera Instancia, en el sentido que la mayoría del Congreso había resuelto; es decir que obligaba los vocales a resolver sin ejercer un control de razonabilidad constitucional que el Art. 183° de la Constitución dispone. En tal sentido, los vocales de la Corte Superior abdicaron de su competencia de administración judicial ante el poder político y éste ante el poder militar, ratificando la impunidad judicial establecida en la ley de la amnistía para los militares procesados. Este antidemocrático "concepto hobbesiano de la ley se explica por la misión atribuida al soberano, que es asegurar la paz entre los ciudadanos"³⁰.

Así, en un ejercicio legislativo absolutista, la mayoría parlamentaria de Cambio 90-Nueva Mayoría y adláteres, predeterminaron anteladamente mediante la Ley No. 26492 el contenido de las resoluciones que los vocales de la Sala Penal y de la Corte Suprema debían resolver. El voluntarismo político del gobierno de amnistiar a cualquier precio a los militares involucrados en la violación de derechos humanos, significó que la ley de amnistía, por un lado, no sea sometida al control judicial constitucional difuso del Poder Judicial, sino que los jueces actúen como la boca de la ley y, por otro lado, quebrántese el principio constitucional en virtud del cual el Congreso no puede abocarse causas judiciales pendientes, más aún cuando la ley de amnistía había sido rechazada por una instancia del Poder Judicial.

En tal entendido, el rol de los vocales de la Corte Superior y Suprema cuando resuelven materia constitucional, no puede ser el de unos fríos aplicadores de las leyes, sino la de unos guardianes de los derechos constitucionales, tarea para la cual no se encuentran entrenados, salvo excepciones como las resoluciones declaradas fundadas en materia de amparo inter-

30 Christian Stack, *El concepto de la ley en la constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 205.

puestas contra resoluciones judiciales que violan el debido proceso y la tutela judicial³¹.

Con estas consideraciones, se puede señalar que las leyes de amnistía deben encontrar en la reserva de jurisdicción –exclusividad de la función judicial– una segunda barrera constitucional, que configura un núcleo jurisdiccional intangible, contra las disposiciones legislativas que vulneran las disposiciones constitucionales; por un lado sustantiva, como los derechos humanos y, por otro lado, formal, como la reserva material de jurisdicción; sin embargo, en el caso peruano se ha roto esta segunda barrera constitucional.

Frente a ello, es bueno plantear el problema no sólo en su consecuencia irreparable, sino en su causa gobernable es decir incorporando a la doctrina y práctica constitucionales peruanas, una vieja institución: la garantía institucional, como una suerte de una tercera barrera frente a la violación constitucional, a través de la ley.

3.2. Garantía institucional de los valores constitucionales

La garantía institucional aparece en la doctrina constitucional alemana, que se desarrolló a partir de la Constitución de Weimar de 1919, debido a que la regulación de las libertades públicas y las organizaciones constitucionales básicas quedaron establecidas débilmente en un entresijo de derechos, garantías y órganos, sin asegurar medidas protectoras que les diesen eficacia a los contenidos constitucionales, frente a las disposiciones del legislador ordinario que las desvirtuasen. En efecto, "el surgimiento de la doctrina estudiada –garantía institucional– la proporcionó la irrupción del conflicto entre derechos fundamentales y libertades públicas y la razón de Estado legitimada democráticamente"³².

Sin embargo, es preciso distinguir a las garantías institucionales de los derechos fundamentales; porque, mediante la garantía institucional se puede asegurar una especial protección a ciertas instituciones, haciendo

31 Cfr. César Landa, *Constitutional justice in Peru*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, neue Folge/Band 44, Herausgegeben von Peter Haberle, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996, pág. 591.

32 W. Leisner, *Der Eigentümer als Organ der Wirtschaftsverfassung*, en revista *Die Öffentliche Verwaltung*, 1975, pág. 73. Asimismo, revisar a Alfredo Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local, opinión pública)*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Civitas, 1994, págs. 23-60, donde realiza una caracterización del desarrollo alemán de la garantía institucional y su recepción en España.

imposible la supresión de una institución vía la legislación ordinaria. En tal sentido, la garantía institucional "no es derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característico de la garantía institucional"³³.

El punto de partida será entonces, lo inadmisibile de una ley que lleve a la supresión o "vaciamiento" del contenido constitucional de los valores y derechos fundamentales, como la defensa de la personal humano y el respeto de su dignidad y de determinadas instituciones de la democracia, como la independencia de la administración de justicia o la autonomía en el caso de municipalidades y regiones.

Pero si bien, la garantía institucional no tiene por objeto salvaguardar los derechos fundamentales mismo, que ya están protegidos por las garantías constitucionales del art. 200° de la Constitución, cabe plantearse la interrogante de cómo garantizar el respeto a los valores e instituciones constitucionales, por parte de los poder públicos encargados de regularlas o hacerlas cumplir, más aún cuando son la base de la defensa de dichas libertades y autonomías.

De lo que se trata entonces, es de visualizar que en el edificio constitucional, no sólo se encuentran derechos y garantías, competencias y atribuciones, sino un conjunto de valores, principios y disposiciones constitucionales fundamentales que son los cimientos y las estructuras en las que se debe asentar el desarrollo legislativo y jurisprudencial. Sin embargo, la base y las vigas maestras de la Constitución están siendo corroídas progresivamente con la dación de discutibles leyes, como la de ley de amnistía y la ley de interpretación de la de amnistía, que sin perjuicio que sean incoadas antes el Tribunal Constitucional, se requiere del manejo de nuevos conceptos garantías que protejan los pilares básicos del sistema constitucional democrático que se pretende construir.

Esta labor de ingeniería constitucional, se plantea como objetivo central desarrollar nuevas formas eficaces de protección normativa de los valores, principios y disposiciones constitucionales, en tanto elementos fundantes de todo el sistema constitucional, pero desprotegidos directamente por las clásicas garantías constitucionales que la norma suprema establece, ante la eventual vulneración por el legislador ordinario de las mismas o de su contenido esencial. En tal sentido, recuperamos esta vieja institución, en tanto "la finalidad de la garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y

33 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1982, pág. 177.

típicas características de una institución, en la medida en que éstas han pasado a ser esenciales e identificativas de la misma"³⁴.

Es decir, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son valores y principios, además de los pilares fundamentales de los derechos constitucionales básicos, se puede afirmar que la persona y su dignidad en tanto valor y principio son pasibles de protección constitucional, a través de la garantía institucional. Pero, la perceptiva de la garantía institucional tampoco es una panacea para controlar al poder político, incontinente de las transitorias mayorías parlamentarias, sino una vía de racionalización del ejercicio de la función legislativa; y como tal permitirá al Tribunal Constitucional ejercer un control de razonabilidad constitucional de la ley, baso en conceptos jurídicos imperativos y vinculados al as necesidades concretas de demás de justicia ciudadanas y de democratización del sistema policial y no en una jurisprudencia positivista, exégesis semántica de artículos, desvinculados de la realidad.

Esto supone, asumir un caudal conceptual en el cual "La categoría de la garantía institucional arbitra una protección análoga a la de los derechos fundamentales para complejos normativos carentes de la condición de tales"³⁵. En tal sentido, junto a la técnica de las clásicas y nuevas garantías constitucionales y de sus respectivos procesos constitucionales, aparece pues la técnica de la garantía institucional; la misma que favorece una análisis sistemático de la norma constitucional en su desarrollo legislativo, por cuanto apela a los calores, principios y normas fundamentales del texto constitucional; que se hacen exigibles en función de los derechos de autonomía organizacional, a través de las garantías constitucionales objetivas, o; en conexión con los derechos fundamentales, mediante sus mecanismos de protección jurisdiccional constitucionales.

Ahora, si bien el Congreso tiene la atribución de ejercer el derecho de amnistiar, es decir olvidar el delito cometido por determinadas personas, lo que produce los efectos de la cosa juzgada, según los Arts. 102° inciso 6) y 139° inciso 13) de la Constitución, y sin perjuicio que no se hayan definido a nivel constitucional límites expresos al alcance de la amnistía; esto no significa que el Congreso pueda albergar en la amnistía a delitos de lesa humanidad, como el secuestro, tortura y ejecución sumarias subsecuentes de las personas; por cuanto, la legitimidad de la Constitución reposa en la defensa

34 Luciano Parejo, *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, IEAL, Madrid, 1981, pág. 23.

35 Edzard Schmid-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*. 1979, pág. 63.

de la persona humana y en el respeto a su dignidad, como fin supremo de la sociedad y del estado, según se señala en el Art. 1° de la Constitución.

Estos valores y principios funcionales constituyen normas jurídicas que contienen mandatos obligatorios, que se hacen efectivos, tanto en conexión con el ejercicio de los derechos fundamentales y los particulares, como en el cumplimiento de las funciones de las autoridades estatales³⁶. Precisamente, por esto, la facultad legislativa del Congreso no es ilimitada, ya que la soberanía del poder constituido que ejerce no puede vulnerar los principios y valores en que se funda la obra del poder constituyente; por el contrario, corresponde al poder legislativo la aprobación de una ley orgánica que las desarrolle. En este sentido, "la ley orgánica sería, en conclusión, un mecanismo de protección reforzada de algunos derechos fundamentales"³⁷.

Junto a ello, las normas programáticas de la Constitución, como la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, cuentan con una garantía constitucional, que obliga al Congreso a cumplir con sus funciones –incluida la de amnistiar– en el marco de protección a la persona y su dignidad, que la Constitución ha concebido como fundamental y absoluto.

Más aún, las extrañas circunstancias históricas de vivir en democracia y con Constitución, pero a su vez percibir que hay vaciamiento de los contenidos esenciales de las mismas, nos hace prever la necesidad de contar con nuevos instrumentos constitucionales, que pongan a buen recaudo las instituciones democráticas fundamentales que la Carta Magna consagra, ante eventuales violaciones constitucionales intrasistemáticas que afectan al sistema democrático en sí mismo. Estas actitudes son propias de las pasiones políticas de las mayorías parlamentarias y de su caudillos carismáticos, que son siempre transitorios. Es frente a estas situaciones que, "la teoría de las garantías institucionales ha surgido históricamente, no en función de la tutela instrumental de las libertades individuales, sino de la protección de las instituciones en sí misma, para la tutela de su existencia (*Bestehen*)"³⁸.

36 Cfr. Constantino Mortati, *Costituzione dello stato*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol XI, Giuffré, 1962, Roma, pág 147. Asimismo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1988, págs 99-100.

37 Enrique Linde Paniagua, *Leyes orgánicas*, Linde editores, Madrid, 1990, pág 96, Frente a esta tesis extensiva, también encontramos posiciones restrictivas, que identifican la ley orgánica en términos analíticos antes que materiales, al respecto revisar José Chofre Sirvent, *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994, págs, 107-123.

38 Paolo Ridola, Introducción a *La libertà fondamentali nello stato costituzional...*, op.cit., pág 17.

En este sentido, se puede afirmar que la Constitución de 1993 asegura mediante garantías institucionales, ciertos derechos subjetivos de los individuos o las competencias de las entidades constitucionales. Estas disposiciones, contienen una garantía institucional, en tanto se hallan premunidas de un mandato constitucional de protección, que hace de la labor parlamentaria un instrumentos de realización de las mismas y no de su vulneración, mediante su reglamentación legislativa o interpretación, vaciando del contenido esencial a las normas constitucionales.

3.3. Características jurídicas de la garantía institucional

Para perfilar las características jurídicas que las garantías institucionales contienen—siguiendo a Schmidt-Jortzig³⁹, se va a proceder a condensar sus rasgos comunes, para clarificar luego los contenidos de la amnistía en el marco de la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad. En tal sentido, la garantía institucional cuenta con ciertas características básicas tales como:

- a) Que exista una estructura normativa de carácter jurídico-público formada, es decir, delimitada y diferenciable.
- b) Que exista un sujeto de derecho titular, ya sea un ciudadano o una institución, lo cual facilita su reconocimiento, pero no constituye un prerequisite del mismo.
- c) El reconocimiento de derechos subjetivo no es incompatible con la garantía institucional.
- d) La garantía al proteger la zona nuclear (*Kernbereich*) de la Constitución, tiene un grado de eficacia que toda la lesión de ésta es un ataque a la Constitución misma.

Pero, "no basta el tenor literal o el contenido significativo de las expresiones empleadas"⁴⁰. Esto supone que, se descompongan las características de la garantía institucional en los siguientes elementos:

39 Cfr. Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien...*, op. cit., págs 23-68.

40 Luciano Parejo, *Garantía institucional...*, op. cit., pág. 31.

3.3.1. Estructura normativa

a.- Identificación del objetivo a proteger

Se trata de delimitar la amnistía en relación a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad que son el fin supremo de la sociedad y del Estado; en tanto que, en el texto constitucional existan mandatos que están preservados o garantizados especialmente, debido a los valores superiores que encaman, según la voluntad del constituyente originariamente.

De modo que, habría que diferenciar entre la amnistía que es un precepto garantizado de manera simple y la persona humana y su dignidad que están premunidos de una garantía reforzada, en tanto es obligación del Estado y la sociedad defenderlas y respetarlas. Pero, el criterio fundamental para la intangibilidad de la institución por parte del legislador, no se asegura con un simple reconocimiento reforzado; sino que, en dicha recepción constitucional se asigne a un sujeto constitucional determinadas funciones.

Vale decir que si la defensa de persona humana y el respeto de su dignidad son fundamentales para la sociedad y el Estado, se está atribuyendo funciones y obligaciones concretas a sujetos determinados como el Congreso; que, en consecuencia, deber asegurar la eficacia de la institución constitucional protegida, en el desarrollo de sus atribuciones legislativas, como la de otorgar amnistías. Lo que constituye para el legislador un mandato de prohibición de supresión, eliminación o "vaciamiento", a través de la amnistía de la protección a la persona humana y su dignidad, garantizando por el constituyente originario⁴¹.

b. Referencia a la protección de una institución

El objeto de la norma debe garantizar una institución, por lo que cabe hacer una referencia sobre la misma. La institución será aquella norma que tenga un claro y reconocible impacto sobre la delimitación y desarrollo de la libertad. Tal es el caso de la defensa de la persona y de su dignidad, por cuanto de ella se derivan obligaciones de hacer y de no hacer en relación a los derechos fundamentales; pero, también, se puede señalar de la amnistía que genera los mismos efectos de la cosa juzgada. En virtud de lo cual se pueden distinguir dos supuestos.

41 Cfr. Tomás Quintana, *El control jurisdiccional de las decisiones parlamentarias*, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo III, Sebastián Martín-Retortillo (coordinador), Civitas, Madrid, 1991, págs. 2075-2091.

Primero, que las normas constitucionales hayan establecido derechos fundamentales a ser protegidos específicamente por las llamadas garantías constitucionales. De donde se puede señalar que la dignidad de la persona humana es un derecho fundamental básico para todo el sistema político y jurídico; mientras que la amnistía es un derecho de gracia del Congreso y no un derecho de los particulares a solicitarla.

Segundo, que las normas constitucionales expresen valores que son útiles en conexión con otras normas; pero, por su propio contenido valorativo abstracto carecen de una eficacia directa (*self-executing*) salvo como principios organizativos del ordenamiento constitucional total. Tal es el supuesto de la defensa de la dignidad de la persona humana, por cuanto se hace accionable de manera clara y directa cuando se le vincula con el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, al derecho a la justicia⁴²; mientras que no es el caso de la amnistía, que es un mandato de aplicación directa.

De modo que, la institución puede diferenciarse no sólo por la negación de lo que no es, es decir, utilizar la amnistía para exonerar de investigación y de la sanción judicial al secuestro, la tortura, y la subsecuente ejecución sumaria, no supone la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, sino que, por oposición a dicha negación adquiere un perfil positivo propio dicha instrucción, que supone prohibir la impunidad de los delitos de *lesa humanidad* y asignar una razonable integración de la amnistía a la defensa de la dignidad de la persona, sin afectar el contenido esencial de la misma.

Se puede señalar, entonces, que la institución de la protección de la persona humana es un elemento de la realidad, reconocido jurídicamente por la Constitución y dotado de una función ordenadora del Estado y la sociedad. Sobre esta base conceptual y en el contexto constitucional peruano, entonces la institución se puede caracterizar por:

- i. La institución de la dignidad de la persona humana adquiere fuerza normativa constitucional⁴³, en su fase de desarrollo infraconstitucional como negación de la ley de amnistía; pero, esto no significa que se identifique necesariamente a las organizaciones e instituciones estatales, como el Congreso, la Presidencia de la República, el Poder Judicial o las Fuerzas Armadas, como negadoras de la defensa de la persona humana y su dignidad.

42 Cfr. Hermann Heller, *Teoría del Estado*, FCE, México, 1985, págs. 274-278.

43 Cfr. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1983, págs. 59-84.

- ii. La institución de la dignidad de la persona humana tampoco se identifica o sustituye a los derechos y libertades fundamentales, como el derecho a la vida y el derechos a la justicia, que tienen un reconocimiento de su posición activa en el ordenamiento constitucional, mediante la inmediata interposición de las clásicas garantías constitucionales.
- iii. La institución de la dignidad de la persona humana se diferencia a su vez de los sujetos quienes pueden ser sus titulares, por que son los sujetos más bien los agentes encargados de actualizar los contenidos institucionales, a través de las entidades estatales y sociales.

c. Determinación de la categoría

En una perspectiva positiva la garantía institucional consiste en el establecimiento a nivel constitucional (aspecto formal) de determinados elementos jurídico-reales, como la existencia de las personas y el respeto de su dignidad, con la finalidad fundamental de asegurar el ordenamiento de la comunidad política (aspecto-sustantivo) en tanto que las personas vivan y se respeten el núcleo intangible de sus derechos –vida, integridad y dignidad–, es decir que como regla básica, la comunidad –Estado, sociedad y economía– están al servicio del hombre y no a la inversa.

3.3.2. Efectos jurídicos de la protección

a. Sujetos de quien protegerse

La garantía institucional de la dignidad de la persona humana, busca proteger sus contenidos constitucionales de la intolerancia normativa del legislador ordinario⁴⁴ y por conexión, de las autoridades del Estado⁴⁵, fuente potencial de inconstitucionalidades. Siguiendo el principio del paralelismo de las formas, si los derechos fundamentales, tienen por objetivos proteger de las violaciones que cometa el Estado y los particulares, a través de su eficacia frente a terceros (*Drittwirkung*)⁴⁶, también las garantías institucionales podrían ir más allá del ámbito puramente estatal en tanto sean vulneradas por los poderes privados.

44 Cfr. César Landa, *La tolerancia política en el quehacer parlamentario*, en *Pensamiento Constitucional* 1994, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, págs.37-41.

45 Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *El examen de constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*, en *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Epoca) N° 7, Madrid, págs. 189-199.

46 Cfr. Pedro de Vega, *La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung der Grundrechte*, en *DERECHO* N° 46, PUCP, Lima, 1992, págs. 357-375.

Por ejemplo, el hecho de que la ley de impunidad de los delitos de *lesa humanidad* beneficie no sólo a militares sino civiles, afecta igualmente la dignidad de la persona humana, tanto de los familiares de las víctimas de los delitos contra los derechos humanos, como vulnera los pilares básicos de la sociedad peruana: paz y justicia. En este supuesto, se busca preservar la institución de la persona humana ante la deformación de la amnistía, que está amparada por las garantías constitucionales.

b. Intensidad de la protección

Si bien la garantía institucional fundamentalmente pretende ser una técnica de control de la reserva de ley de las mayorías legislativas, se orienta frente a aquellas medidas legislativas que tiendan a la desaparición o degradación de los institutos constitucionales. De ahí que, la regulación de las amnistías o la reforma de la Constitución no sea contraria intrínsecamente a la salvaguarda de la persona humana.

Pero, cabe precisar que la garantía institucional de la dignidad de la persona humana, presenta un núcleo o contenido esencial irreductible y una zona exterior con elementos complementarios que su extinción no pone en peligro a la garantía institucional. De modo que, los elementos exteriores de la garantía institucional constituyen el ámbito propio de la regulación en virtud de la reserva de ley, pero no de manera incondicionada; sino que, está en relación al núcleo duro de la garantía institucional, que es el origen y proyección del límite de la reserva de ley.

El núcleo vital de la garantía institucional, en consecuencia ocupa un rol creador de la misma; pero, está formada no abstractamente sino en un proceso histórico y jurídico concreto, en tanto que la norma constitucional es una norma de apertura y transformación⁴⁷; de ahí que, para cada institución habrá que analizar, cuál es el contenido esencial de cada una. Sin embargo, el hecho de que la garantía institucional de la defensa de la persona humana y del respeto de su dignidad, sean puestas en términos históricos, no supone una peligrosa relativización del concepto, sujeto a las concepciones de las transitorias mayorías parlamentarias; sino que, partiendo de la *imago mundi* del momento histórico de la actuación del poder constituyente y del estado de conciencia colectiva actual de la población, se halla la eficacia sustantiva del contenido esencial de la dignidad de la persona humana.

Precisamente, la opinión social otorga sentido jurídico a las concepciones constitucionales del poder constituyente; porque la regulación consti-

47 Cfr. Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, tomo IV, Tecnos, Madrid, 1984, págs 349-360.

tucional de las garantías institucionales no pueden ser consideradas como realidades abstractas, sino como realidades producto del desarrollo histórico de la vida social. De ahí que, la tendencia nacional y universal sea la protección y la promoción de la persona humana y no a limitar las garantías institucionales que la tutelan. En donde, "lo esencial para la realización de los derechos fundamentales debe y pueden ser obra del legislador parlamentario, en la misma medida en aquél mismo puede también amenazar la libertad"⁴⁸.

De donde se desprende que la ley de amnistía y su ampliativo no sólo afectan el orden constitucional y democrático establecido, sino también a la ética ciudadana que se ha expresado en un rechazo mayoritario a la decisión gubernamental de no investigar y castigar a los militares y civiles que ha cometido delito de *lesa humanidad*. En efecto, el recuerdo traumático de las miles de víctimas inocentes, atribuibles al terrorismo, motivo por el cual sus autores se encuentran en las cárceles, se revivió con el mismo dolor que causaran las fuerzas del orden, sin que por esto hayan sido castigadas por la ley. Lo cual contribuye a afirmar en el sentido común ciudadano, que la justicia en el Perú no es para los débiles, sino que siempre está a favor de los más poderosos.

En esa lógica conceptual el Tribunal Constitucional debe asumir el desafío de ayudar a transformar esa realidad jurídica y social, mediante el control constitucional que haga de las leyes de amnistía, en cuanto le planteen la acción de inconstitucionalidad correspondiente. Insertarse como un operador de ese proceso de cambio jurídico y social, supone que el Tribunal Constitucional realice un análisis de razonabilidad de las leyes de amnistía; incorporando los intereses trascendentales de país, a la luz del proceso democrático histórico y la conciencia social, que tienen amparo constitucional.

Ello no supone que la amnistía sea un instituto únicamente dependiente de la defensa de la persona humana, sino que también hay que encontrar en su propio *corpus iuris* los elementos constitutivos de la misma. Así, en el caso concreto de la Ley de Amnistía, la institución de la amnistía no pueden ser definida en su núcleo central de manera abstracta o unilateral, debido a que en la misma tiene una importancia decisiva el proceso de formación histórica de su contenido esencial. En efecto, la amnistía en el Perú tiene un núcleo esencial que hace posible su reconocimiento, en virtud a que en su origen y desarrollo histórico se ha centrado en otorgar libertad a quienes se

48 Peter Haberle, *Contenidos significativos y funciones de la ley parlamentaria*, en *Democracia representativa y parlamentarismo* (A. López Pina, editor), Secretaría General del Senado, Madrid, 1994, pág. 76.

encontraban privados de la misma, debido a condenas judiciales por la imputación de los delitos político-sociales que afectaban la seguridad del Estado, como ha ocurrido en otras latitudes del mundo, como en España⁴⁹ o en Alemania⁵⁰.

c. *Dimensión temporal de la protección*

La garantía institucional se manifiesta como una técnica de control tanto represiva como preventiva. Represiva a través del Tribunal Constitucional que se erige como el intérprete supremo de la Constitución, para efectos del control posterior de las leyes y; preventiva, en el seno del Congreso, a efectos de que en función del principio del *self-restraint* de los representantes, deroguen o modifiquen las leyes de amnistía, en función de los límites que les impone el contenido esencial de las garantías institucionales de la persona humana y su dignidad.

La autolimitación de los legisladores es un postulado que responde al estado de conciencia ciudadana y al contenido esencial de las instituciones constitucionales, sin embargo, operan con un flanco débil; en tanto que en última instancia se encuentran a merced de la mayoría parlamentaria de Cambio 90-Nueva Mayoría, por cuanto depende de ésta respetar la pluralidad de la opinión pública y ser tolerante con las minorías parlamentarias, quienes tienen el derecho de convertirse en mayorías⁵¹.

En cualquier caso, la dimensión temporal de la protección de la persona humana llevaría a postular un cambio legislativo de las leyes de amnistía, que de acuerdo a la teoría de los hechos cumplidos, tendría efectos a partir de la entrada en vigencia de la ley y para todos los supuestos que en ella se contemplen, por ejemplo como sólo conceder la amnistía para los delitos comunes o de función que no sena de *lesa humanidad*.

49 Cfr. Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ariel, Barcelona, 1989, pág. 412, donde señala que la amnistía "se ha dado en especial respecto de los delitos políticos al darse un cambio en el sistema político...".

50 Cfr. Helmut Quaritsch, *Über Bürgerkriegs- und Feind Amnestien*, en *Der Staat Zeitschrift für Staatslehre Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Herausgegeben von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Rolf Crawertm Fritz Ossenbühl, Helumt Quaristsch, Rainer Whal, Eberhard Weis, Bernard Willms, Verlag Duncker Humblot, Berlin, 1992, págs. 389-418, donde se hace un breve recuento histórico de las amnistías en la Europa continental y la amnistía decretada contra altos ex-funcionarios de la ex-República Democrática Alemana al incorporarse ésta a la República Federal de Alemania.

51 Cfr. Angel Sánchez Navarro, *Las minorías en la estructura parlamentaria*, CEC, Madrid, 1995, págs. 42-46; asimismo, Juan Fernando López Aguilar, *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, CEC, Madrid, 1988, págs. 100-164 y César Landa, *Derecho político del gobierno y la oposición democrática*, Fondo Editorial de la Pontificia Universal Católica del Perú, Lima 1990, págs. 111-123.

Si bien en el estado de conciencia ciudadana, aceptar el perdón para los militares supone abrir la puerta del perdón también para los terroristas, esto se ha realizado en la práctica con la vigencia temporal de la Ley de Arrepentimiento Terrorista, que ya caducó, que exculpaba la responsabilidad penal a quien habían cometido delitos de "terrorismo blanco". Pero, sigue latente la falta de la defensa o reparación de las víctimas inocentes de las inclemencias de la guerra sucia del terrorismo y de los paramilitares, las mismas que han sido soslayadas con dichas leyes provenientes del gobierno y en particular de su mayoría parlamentaria.

Esta ruptura de la pacífica transformación y entendimiento de la amnistía hacen saltar los mecanismos de protección coercitivos penales⁵² como medio para proveer seguridad jurídica, pero en función de los límites constitucionales del contenido esencial de la amnistía, que han sido vulnerados al haberla otorgado ilegítimamente. Es del caso precisar, que la operación vedada al legislador se produce por la violación de criterios objetivos de protección, no sólo del contenido esencial de la amnistía, sino también del principio de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales a la vida y en particular a la justicia, que son vaciarlos de contenido.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES A LA FUNCIÓN LEGISLATIVA

En la perspectiva establecida según la cual no existen poderes absolutos del legislador ordinario, han sido los teóricos de los derechos fundamentales, quienes más han avanzado directamente en esa línea, lo que resulta aleccionador en tanto que la principal barrera a las violaciones constitucionales la han construido de los derechos fundamentales. Así se puede considerar:

- a. Teoría institucional de los derechos fundamentales.- Caracterizada por el pensamiento de Mauricio Hauriou⁵³, para quien "el elemento más importante de toda institución corporativa es el de la idea de la obra a realizar en toda agrupación social"; de donde se puede colegir que los derechos fundamentales son "principios de ordenamiento" del conjunto de derechos constitucionales; de aquí que, sean parámetros permanentes en el desarrollo legislativo que realiza el Congreso, a través de

52 Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal, parte general*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1980, págs. 58-68; asimismo, José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal, parte general*, Eddili, Lima, 1987, págs. 35-55.

53 Mauricio Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación*, Editorial Surco, Buenos Aires, 1947, pág. 4.

la reserva de ley. En este sentido, se puede señalar que los derechos fundamentales tienen un doble carácter: individual e institucional: por que "aparecen desde el punto de vista del titular como derechos subjetivos y desde la perspectiva de las condiciones de vida como institutos. Poseen pues una impronta personal y un sello objetivo-institucional"⁵⁴.

- b. Teoría de los valores de los derechos fundamentales.- Expresada en el pensamiento jurisdiccional de los tribunales constitucionales⁵⁵, según el cual los derechos fundamentales son normas básicas o principios decorosos de los valores y de los medios necesarios para la configuración del Estado democrático; donde la jurisprudencia constitucional juega el rol de catalizador de esos valores superiores.
- c. Teoría social de los derechos fundamentales.- Afirmada por el Tribunal Constitucional Alemán, en la sentencia sobre el *numerus clausus*⁵⁶, en la que establece el goce absoluto de los derechos y libertades públicos y en la necesidad del Estado de financiar programas sociales para el goce de ciertos derechos constitucionales.

Todas estas teorías han contribuido a afirmar la idea de que los derechos fundamentales constituyen el *ethos político* de una comunidad democrática; en tal sentido, son los poderes públicos y privados los responsables no sólo de respetarlos, según la antigua doctrina liberal de los derechos negativos de libertad, sino también de afirmarlo, mediante prestaciones directas a los particulares, en lo que se ha venido a denominar derechos activos o sociales. Pero, siguiendo a Bockenforde, "cada Constitución formula un orden jurídico determinado y sólo puede establecerse una teoría general sobre los derechos reconocidos en la misma a partir de los parámetros formulados en el propio texto constitucional"⁵⁷.

En esta línea de pensamiento y para los efectos prácticos del caso peruano de las leyes de amnistía en estudio, dichas teorías resultan comple-

54 Peter Haberle, *La Libertà fondamentali nello stato costituzionale...* op. cit. Pág. 116.

55 Dieter Grimm y Paul Kirchhof, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Studienauswahl 1 und 2*, donde con el apoyo de Michael Eichberger se acopia la doctrina del Tribunal de Karlsruhe, fundada en la teoría de los valores, Tübingen, 1993. AA VV., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.

56 Cfr. Jürgen Schwabe, *Entscheidungen des Bunderverfassungsgerichts, studienauswahl (Band 1-83)*, Hamburg 1991, págs. 251-261.

57 Teresa Freixes, *Constitución y derechos fundamentales, I Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española en 1978*, PPU, Barcelona, 1992, pág. 52.

mentarias entre sí; ponderándolas en función de la realidad peruana bajo análisis. En tal sentido, se puede afirmar que los derechos fundamentales constituyen límites a la potestad legislativa ordinaria, de acuerdo con el Art. 1° de la Constitución del Perú que: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Si bien la norma constitucional es el inicio y el final de la reflexión constitucional, no se queda circunscrita a ella; sino que, por el contrario, es producto del estado de conciencia individual y colectivo de la comunidad en un momento determinado.

De donde se colige que, el planteamiento para el análisis de los derechos fundamentales como límites a la ley de amnistía, se basa en acercar el mundo real a las normas jurídicas constitucionales. Pero, no sólo relativas a la dignidad de la persona humana, sino también las que abordan tanto el derecho a la vida y el derecho a la justicia de las personas, pero siempre también en función del derecho del Congreso de otorgar amnistías.

4.1. Dignidad de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, consagrados en el Artículo 1° de la Constitución, como fines supremos de la sociedad y del Estado, no sólo constituyen principios informadores de los derechos fundamentales de las personas, sino que constituyen soportes estructurales del edificio constitucional, del modelo político y del modelo económico constitucional⁵⁸.

En tal sentido, el Artículo 1° establece los fundamentos y a su vez los límites de los alcances jurídicos y axiológicos de las disposiciones y actuaciones relativas al régimen político y económico, respectivamente.

4.4.1. Defensa de la persona humana

El Artículo 1° está inserto en el Título I De la persona y de la sociedad y en el Capítulo I Derechos fundamentales de las personas. Postula una concepción liberal clásica de los derechos del hombre, en tanto que se consagra un status negativo de los derechos; es decir, que el Estado y la sociedad deben abstenerse de intervenir en el desarrollo de la persona humana y su dignidad. Esa postura estática, propia de la primera etapa del constitucionalismo abstencionista del Estado (*abwerecht*), supone que la persona

58 Cfr. Teresa Freixes y José Remotti, *Los valores y principios en la interpretación constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12 N° 35, Madrid, 1992, pág 97. Asimismo, Mijail Mendoza, Aspectos preliminares sobre los principios constitucionales. Ponencia presentada a la I Convención Latinoamericana de Derecho (20-24 de Noviembre, 1995, Ica-Perú), p. 21.

humana autónomamente, en el seno de la sociedad, cuenta con las posibilidades y capacidades para materializar por sí misma el ejercicio de sus derechos fundamentales.

En suma "la explicación liberal y racionalista de los derechos humanos constituye una interpretación de los valores de dignidad, libertad e igualdad..."⁵⁹, que le otorga a los derechos personales una supremacía frente a la ley. En efecto, esta teoría del *preferred freedoms*, fue formulada en Estados Unidos por vez primera en 1945 en el caso *Thomas vs. Collins*, con la afirmación de que la normal presunción de constitucionalidad de las leyes cede ante la preferencia en nuestro sistema de grandes e indispensables libertades garantizadas por la primera enmienda⁶⁰. Esta concepción es propia de los derechos de primera generación, que son derechos naturales contra el Estado; que exigen una autolimitación y no injerencia de los poderes públicos en la esfera individual.

En este entendido, la ley de amnistía y su ley ampliatoria vulneran frontalmente el postulado constitucional de la defensa de la persona humana, por cuanto, el gobierno -Congreso y Poder Ejecutivo- habilitan el Poder Judicial a que no investigue ni procese y libere a quienes están condenados, por cometer delitos graves contra la vida, la integridad física, la libertad y el derecho a la justicia. ¿Acaso los órganos del Estado pueden señalar que están defendiendo a la persona humana, cuando aseguran la impunidad para quienes la violan? Más aún, la ley faculta amnistiar no a cualquier ciudadano, sino fundamentalmente a militares y policías, que tienen una mayor responsabilidad en el cumplimiento de la Constitución y las leyes, por cuanto, son funcionarios públicos que se encuentran sometidos a la Constitución y la ley para actuar y, segundo, porque las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional, según dispone el art. 169° de la Constitución.

Desde el ámbito de la persona humana, se puede señalar, de acuerdo con el principio de distribución de Schmitt, que la esfera de los derechos fundamentales constituyen un dato anterior al Estado, "quedando la libertad del hombre ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado de invadirla es limitada en principio"⁶¹. De donde se colige que, ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda, ni está impedido de hacer lo que ella no prohíbe, según reza el Art. 2° Inciso 24)- a de la Constitución.

59 Luis Prieto Sanchis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pág. 44.

60 Cfr. John Nowak y Ronald Rotunda, *Constitutional law*, West Publishing, United States, 1991, págs. 1130-1131.

61 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, op. cit., pág. 138.

Por ende, el gobierno sólo podía actuar en el marco de la Constitución y la restricción de la defensa de la persona humana que tenga que realizar –dentro del ámbito de la Constitución– será excepcional, sólo con la finalidad de garantizar el orden y la seguridad de la sociedad, ya que la regla universal es la defensa de la persona humana.

Pero, en ese caso, la colisión de la facultad excepcional del Estado de limitar la defensa de la persona humana, mediante la amnistía, en aras del orden y la seguridad jurídica de los agentes del Estado –*indubio pro stato*–, partiendo de la teoría de los valores no se puede ceder en caso de conflicto a favor del Estado, sino por el contrario, en beneficio del hombre y su dignidad –*indubio pro libertatis*.

Pero, no por ello se puede dejar de considerar que la Constitución, además de ser un instrumento de garantía de los derechos y libertades del hombre, también es un instrumento que asegura el orden y la seguridad de la sociedad. De modo que, si la amnistía se encuentra inserta en el sistema constitucional, está en relación de recíproco condicionamiento con la defensa de la persona humana. Es así que, el contenido y los límites de la amnistía deben ser determinados en función también de los otros bienes jurídicos: defensa de la persona humana. Más aún, por medio de los límites mutuos los bienes constitucionales entran en relación entre sí.

En tal sentido, la teoría del *balancing*, conocida en su versión alemana como principio de equilibrio de valores o ponderación, es la base para determinar los límites y el contenido, así como resolver los conflictos entre derechos fundamentales o bienes jurídico-constitucionales. En efecto, la teoría del *balancing*, presenta dos variantes: primero, contraponer dos valores constitucionales ya sea para encontrar el equilibrio entre ello o para hallar cuál de ellos puede prevalecer, y; segundo, para averiguar el contenido del interés en juego ya sea para integrarlos o preferir uno de ello. En cualquier caso, “el equilibrio bajo el signo de la libertad es lo que diferencia a la Ley Fundamental (Constitución de Alemania) de las constituciones autoritarias, en los cuales los delitos o presuntos intereses del Estado tienen prioridad incondicionada respecto a la libertad individual del ciudadano”⁶².

4.1.2. Respeto a la dignidad humana

En cuanto al respeto de la dignidad humana se incardina en la perspectiva contemporánea, de los derechos fundamentales de constitucionalismo social, que partiendo de un status positivo de la libertad; reconoce que “la

62 Peter Häberle, *La Libertà fondamentali nello stato costituzionale...* op. cit. pág. 70.

dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes del Estado están obligados a respetarla y protegerla"⁶³. Lo cual supone que, todas las personas gocen de las mismas posibilidades sociales de realizarse humanamente y, en todo caso, las personas desfavorecidas, cuenten con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados.

En efecto, en una perspectiva no abstencionista sino promotora de la persona humana, propia del Estado social lo que se busca ya no es limitar y controlar el estado y a la sociedad; sino promover o crear las condiciones jurídicas, sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana. Mas aún, en los sistemas constituciones sociales –España o Italia–, “el principio del Estado social viene a caracterizar a la estructura del ordenamiento y de la constitución, compromete a los órganos del Estado y a los mismos sujetos particulares en una acción de transformación de la sociedad que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar. Así las cosas, la idea del Estado social termina por identificarse con la propia concepción del progreso civil”⁶⁴.

Si bien es importante y necesario el respeto de los derechos naturales de la persona humana –vida, integridad, libertad, justicia–, no es suficiente en realidades tan desequilibradas como la peruana, donde proteger socialmente a las personas es igualmente necesario y urgente. De allí que, en el Artículo 1° se debió haber incorporado la obligación estatal y el deber privado de promover las condiciones que hagan posible remover los obstáculos que impiden el desarrollo de la persona humana, en condiciones de igualdad de oportunidades para todos, con la finalidad del logro de la libertad.

En tal sentido, el artículo 3° de la Constitución incorpora la llamada cláusula Lelio Basso, en virtud de la cual se “establece el empeño de la República –es decir, de toda la comunidad nacional en todos sus órganos, ya sean del Estados o de otros entes públicos, que ejerzan funciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales– en remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos”⁶⁵.

63 Cfr. Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, en *Derecho Constitucional General* (Blancas, Landa y Rubio, compiladores), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, pág. 429.

64 José Luis Casacajo, *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 21.

65 Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 172.

En un país como el Perú, con mayor razón el peligro fundamental que trae la pobreza para el sistema democrático, es que la libertad humana se debilita cuando cae en la extrema necesidad. Por ello, no es concebible que se pueda vivir en condiciones de libertad, por mucho tiempo, en sociedades como las peruanas, con miseria, hambre e incultura. Estas extremas desigualdades son pues contrarias a los valores constitucionales y democráticos de justicia y dignidad de las personas. De ahí que, una situación más justa supone el respeto de la dignidad humana.

En tal entendido, el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales, económicos y culturales, constituyen los requisitos del respeto de la dignidad humana. Estos derechos de segunda y hasta de tercera generación se traducen en derechos de igualdad y de participación y requieren de una política activa de los poderes públicos, los poderes privados y la ciudadanía, en tanto "la aparición de nuevas necesidades humanas, así como nuevas modalidades de amenaza y formas de agresión de las libertades, que exigen ser tenidas en cuenta y remediadas"⁶⁶.

Ahora bien, la noción de dignidad de la persona humana no es excluyente de la clásica idea de dignidad como derecho al honor, al buen nombre, reputación y a la privacidad; sino que, incorpora y materializa además a aquellos derechos de segunda generación, como los derechos al trabajo, salud, educación, seguridad social e identidad cultural, así como los derechos de tercera generación, como los derechos de los consumidores, calidad de vida, medio ambiente adecuado y a la paz, básicamente, que satisfagan el conjunto de necesidades y legítimas expectativas; las mismas que son precondiciones para el desarrollo de la persona, en libertad jurídica y en condiciones de ser libre socialmente.

Esto supone que los poderes públicos orienten sus acciones gubernamentales a la realización de la dignidad de la persona humana, en su doble carácter, "como derechos individuales subjetivos del individuo y del grupo, pues tutelan también conexiones objetivas, complejos de normas constituidas por el Derecho positivo... La visión unilateral de la relación individuo-Estado es muy pobre; los derechos fundamentales están y operan en un plano objetivo, por encima de las personas, a saber, las directivas constitucionales y los principios para la actuación legislativa del Estado"⁶⁷.

66 Enrique Pérez Luño, *La Evolución del Estado Social y la transformación de los Derechos Fundamentales*, en *Problemas de Legitimación en el Estado Social* (Enrique Olivas, editor) editorial Trotta, Madrid, 1991, pág. 91.

67 Peter Häberle, *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, en *Pensamiento Constitucional 1994*, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pág. 49.

En tal sentido, la dignidad de la persona humana tampoco es ilimitada, por cuanto el hombre está vinculado a su comunidad. En este sentido, el derecho a la dignidad del individuo y la tutela de la comunidad son instancias igualmente legítimas. Así, la dignidad y la cuestión social se encuentran en relación. De modo que, la dignidad no autoriza a la arbitrariedad, sino a su ejercicio responsable y presupone al hombre como un ser espiritual y moral, frente a su comunidad y el prójimo. De esta manera, se evita el abuso del derecho según el art. 103° de la Constitución; el mismo que no sería alcanzado si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad fueran pervertidos por excepciones.

Si bien el legislador debe crear los presupuestos, a fin de que los titulares de los derechos fundamentales puedan cumplir su propia tarea de realización óptima de sus derechos, por medio del constante ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos, se realiza esa normalidad constitucional conexas a la normatividad de la Constitución.

Al legislador le corresponde incrementar la fuerza normativa de la Constitución, garantizando de manera absoluta los derechos fundamentales, que a su vez se convierten en reglas de acción individual y de una dimensión social de realización efectiva, que el legislador debe estimular a través de las situaciones concretas de vida. Todo ello supone, en primer lugar, no violar la función social de los derechos humanos, como fundamento de la vida social en paz, y, en segundo lugar, ello sólo ocurre a través del ejercicio y actualización de los derechos fundamentales.

Tal planteamiento, supone la coordinación unitaria de la Constitución; por cuanto, los derechos fundamentales como el Estado son valiosos para la Constitución. Como quiera que esa relación histórica y jurídicamente siempre es conflictiva, se requiere del equilibrio y la coordinación constante⁶⁸. De ahí que, la ley de amnistía y la dignidad de la persona humana se deban equilibrar en el marco de la Constitución, a través de los derechos concretos a la vida y el derecho a la justicia, más aún, si "el derecho a la vida es la base de todos los demás derechos fundamentales, igualmente, el derecho de acceso a la justicia es el cimiento de todos los restantes derechos que protege el polifacético derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y sin indefensión"⁶⁹. Temas que a continuación se analizan.

68 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 20ª ed., 1995, pág. 10-19.

69 Ignacio Borrajo, Ignacio Diez-Picazo Giménez y Germán Fernández Farreres, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 30.

4.2. Derecho a la vida

La vida es un atributo de todo ser vivo. Pero, si bien ella no es patrimonio exclusivo de la persona humana, si es la causa y la finalidad de toda constitución política de la sociedad. En efecto, "el derecho a la vida es el principal de todos los derechos humanos y el presupuesto que hace posible los mismos"⁷⁰.

En este sentido, la Constitución de 1993 señala en el artículo 2° inciso 1) que "toda persona tiene derecho a la vida...". Base sobre la cual se ordena el catálogo de derechos fundamentales de la persona; de modo, que una afectación indirecta del derecho a la vida, a través de su desprotección por la ley de amnistía, pone en el debate constitucional cuáles son los alcances y los límites extraordinarios del derecho a la vida.

4.2.1. Ámbito del derecho a la vida

Que la vida sea constitucionalmente un derecho *intuitu personae* del hombre⁷¹, importa una valoración social de sus alcances, tanto en lo referido al origen y al fin de la vida de la persona humana, como en cuanto a la protección de su existencia y desarrollo; sobre todo, porque la vida es un soporte físico y jurídico donde se asienta la realización de los demás derechos fundamentales de la persona humana de primera, segunda y tercera generación.

En cuanto a la protección jurídica del derecho a la vida hay dos posiciones: una de defensa absoluta y otra de defensa relativa. La primera supone reconocer a la vida como una esfera humana prejurídica, motivo por el cual sólo cabe ser reconocida, defendida y promovida por el Estado y la sociedad, pero, nunca restringida ni eliminada. En esta postura constitucional se le atribuye a la vida la naturaleza de un derecho fundamental absoluto; más aún "todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, estos no se garantizan con arreglo a ley; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada y mensurable, regulada en términos generales"⁷², por cuanto ni el Estado ni la ley crean la vida.

70 Luis Martínez-Calcerrada, *El derecho a la vida y a la integridad física*, en *Derecho médico*, volumen primero, (Luis Martínez-Calcerrada, director), Tecnos Madrid, 1985, pág. 427.

71 Luis Sáenz, *Tratamiento Constitucional de la Vida*, en *El Jurista* N° 9/10, Universidad Particular San Martín de Porres, Lima, 1993, pág. 144.

72 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución...*, *op.cit.*, pág. 46.

La segunda posición, para de reconocer la vida como un valor también fundamental, pero de naturaleza relativa; es decir que, sólo extraordinariamente el Estado mediante la ley podría eliminarla, en aras de la utilidad o el bienestar público. En esta corriente, se ubica la Constitución del Perú de 1993, que reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, según el Artículo 2° inciso 1); pero, también reconoce la pena de muerte, para los delitos de traición a la patria, en caso de guerra y –en cuanto a la Constitución anterior– la amplía para el delito de terrorismo, conforme a las leyes y tratados de los que el Perú es parte obligada, según el Artículo 140° de la Constitución.

Asimismo, se puede mencionar que desde la opción constitucional del derecho a la vida como un derecho relativo, sujeto a las excepciones que regula la ley, el derecho a la vida también encuentra dos potenciales límites constitucionales, en el derecho a la legítima defensa, reconocido en el Artículo 2° inciso 23) de la Constitución y en el derecho de la familia y el deber del Estado de promover la paternidad y la maternidad responsables dispuesto en el artículo 6° de la Constitución.

4.2.2. *Protección estatal del derecho a la vida*

No obstante la posición relativa de la Constitución en cuanto al derecho a la vida, sus disposiciones generan una obligación al Estado peruano de respetar la vida, así como el de asegurar que nadie sea privado de su vida arbitrariamente; es decir, salvo en virtud a decisiones judiciales que se realice en función de los propios límites al derecho a la vida que la Constitución contempla y la ley reglamente. Aquí, la obligación de proteger la vida es omnicomprensiva; es decir que “no se limita a los requisitos obvios de la no interferencia del Estado en el desarrollo de la vida humana; el Estado debe también fomentar y proteger la vida en particular contra la interferencia de terceros”⁷³, porque la vida humana constituye un valor supremo en el ordenamiento constitucional, que sirve de fundamento vital a la dignidad humana y es presupuesto de todos los derechos fundamentales.

En tal sentido, “la prohibición de toda privación arbitraria de la vida es un principio básico que protege la vida en las más variadas circunstancias, desde la aplicación de la pena de muerte, hasta las tácticas empleadas en conflictos armados, las desapariciones efectuadas por la fuerzas policiales o paramilitares, el uso excesivo de la fuerza en la represión de manifestacio-

73 Jonathan Miller, María Geli, Susana Cayuso, *Constitución y Derechos Humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 864.

nes callejeras y cualesquiera otros actos atentatorios”⁷⁴. Sin embargo, el derecho a la vida también puede ser quebrantado gravemente no sólo por acciones omisivas, sino también por acciones positivas del Estado, como la desprotección del derecho a la vida o la puesta en peligro vital de las personas bajo su dependencia.

En tal sentido, la ley de amnistía constituye la expresión de una acción omisiva del Estado que lleva a desproteger el derecho a la vida, no obstante que son fines de la sociedad y del Estado por excelencia la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Por ende, también la ley de interpretación de la amnistía, constituye una acción omisiva del Estado, que desprotege el derecho a la vida, cuando amplía *sine tempore* la impunidad para quienes cometieron delitos contra los derechos humanos de inocentes, so pretexto de la represión al terrorismo.

No es del caso analizar todos los límites a la dimensión existencial del ser humano desde su concepción natural o asistida –aborto, fertilización in vitro– o su concepción material necesaria para ejercer el derecho a la vida –necesidades socio-económicas básicas⁷⁵–, o desde su dimensión ética –eutanasia–; sino que, para los efectos que nos concreta, tan sólo es necesario analizar el derecho a la vida en función de los alcances de la ley de amnistía, pero a partir de una “lectura moral que plantea a todos nosotros –jueces, abogados, ciudadanos– interpretar y aplicar esas cláusulas abstractas, en el entendido que ellas invocan principios morales de justicia y de honestidad política”⁷⁶.

Sobre todo, porque en las últimas décadas en el Perú, el derecho a la vida ha venido siendo afectado, a partir de nuevas formas de actuación represivas ilegales de los agentes del Estado frente al terrorismo; como la ejecución extrajudicial, la detención-desaparición, así como la ampliación de la pena de muerte. Lo que supone, redefinir el derecho a la vida a través de su contenido esencial, en función de sus atributos positivos y negativos, así como de conceptualizar los límites que constitucionalmente se han consagrado; pero, partiendo de la direccionalidad constitucional o *indirizzo político*, según el cual, para el Estado y la sociedad la vida es un derecho inalienable, salvo las restricciones constitucionales.

74 Daniel O'Donnell, *La protección internacional de los derechos humanos*, Fundación Friedrich Neumann y CAJ, Lima 1988, págs. 49-50.

75 Cfr. María José Añón, *Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas*, en *Derechos Humanos*, (Jesús Ballesteros editor), Tecnos, Madrid, 1992, págs. 110-115.

76 Ronald Dworkin, *Freedom's Law, the moral reading of the american constitution*, Harvard University Press, Massachsetts, 1996, pág. 2.

Es decir que, si la inalienabilidad es "aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de acto de disposición"⁷⁷, con mayor razón el Estado a la sociedad están imposibilitados de disponer de la vida y de la protección del derecho a la vida o evitar el castigo judicial a quienes hayan violado el derecho a la vida. Más aún, cuando los responsables se han amparado en su condición de funcionarios del Estado, en la práctica la amnistía equivale a disponer la desprotección de la pérdida de la vida realizada en un ejercicio ilícito de las facultades de las fuerzas de seguridad del Estado.

Si bien el derecho a la vida tiene límites constitucionales, estos deben respetar el contenido esencial de la vida que se determina en función del principio de equilibrio *-balancing-* con la potestad del Congreso de otorgar amnistías.

4.2.3. *Balancing del derecho a la vida*

El derecho a la vida encuentra sus límites esenciales o inmanentes en los valores y principios fundamentales que son los cimientos de la Constitución, la misma que no puede ser afectada por la reserva de ley que ejerce el Congreso. Ello significa que los límites esenciales admisibles, impuestos por la ley de amnistía al derecho a la vida, deben ser determinados: por un lado, mediante el equilibrio que tiene como referencia el sistema objetivo de valores de la Constitución y, por el otro, a través de entender que también son admisibles sólo limitaciones esenciales de los derechos fundamentales.

Ahora bien, no se puede dejar de considerar que los alcances y límites del derecho a la vida, como derecho fundamental se determinen tomando en cuenta la totalidad del sistema constitucional de los valores, lo que supone la concurrencia de varios bienes jurídicos. Pero, que en definitiva se concentran en torno a la persona humana, la sociedad y/o el Estado; de modo que, siendo el derecho a la vida un derecho fundamental relativo, en tanto taxativamente se reconoce la pena de muerte, la legítima defensa y la planificación familiar, de los demás supuestos de la vida se deben asumir como esferas de derechos fundamentales absolutos es decir que no cabe limitación de la vida o desprotección en virtud de ley alguna.

Pero, ello no desconoce que existan una suerte de cláusula comunitaria constitucional, que valore los bienes jurídicos colectivos, como la pacificación, la solidaridad, la defensa nacional, el orden público entre otros. Los que se constituyen también en límites inmanentes para el ejercicio, más no

77 Diana Meyers, *Inalienable rights. A defense*, Columbia University Press, New York, 1985, pág. 4.

para la existencia misma del derecho a la vida y a su protección, más allá de los límites constitucionales reconocidos. Pero, estos límites inmanentes hay que hallarlos mediante el equilibrio y la proporcionalidad⁷⁸.

Para la determinación de los límites inmanentes a la protección del derecho a la vida es necesario un equilibrio entre bienes, que considere la relevancia del derecho a la vida para la vida social en su conjunto y el carácter de norma constitucional y de regla de los demás derechos fundamentales. En efecto, "los derechos fundamentales están tutelados desde un principio por límites inmanentes al conjunto sustancial del sistema constitucional de valores"⁷⁹.

De modo que, aún cuando no haya una enumeración exhaustiva de los supuestos de otorgamiento de la amnistía por parte del Congreso, éste se halla comprometido en la tutela de los bienes jurídicos individuales como de la comunidad. Frente a lo cual no está permitido que el legislador, incluso en situaciones de emergencia, resuelva este conflicto tutelando supuestamente los intereses de la comunidad, sin considerar los límites esenciales a su atribución de otorgar la amnistía, establecidos en los derechos fundamentales.

Así, si bien durante las situaciones de excepción —estados de emergencia o estados de sitio— se justifican limitaciones de los derechos fundamentales, según dispone el Art. 137° de la Constitución; no por ello se anulan o extinguen los derechos fundamentales suspendidos o restringidos. Más aún, las restricciones o suspensiones a las que son sometidos dichos derechos, suponen la pervivencia de los bienes jurídicos matrices que tutelan; de ahí que, los jueces puedan realizar el control de razonabilidad y proporcionalidad de los cuatro derechos fundamentales suspendidos o restringidos, durante los estados de excepción, mediante las *hábens corpus* y las acciones de amparo, según dispone el Art. 200° *in fine* de la Constitución.

Si la investigación y reposición judicial de acuerdo a ley; de los derechos que han sido conculcados se justifica constitucionalmente en una situación de anormalidad constitucional; debe desprenderse que la investigación y sanción judicial de quienes hayan sido responsables de cometer delitos contra los derechos humanos, es el único medio para encontrar el cambio hacia una normal vida constitucional; así no se viola cláusula comunitaria alguna, sino que quedan circunscritas o determinadas objetivamente, en

78 Cfr. Peter Häberle, *La Libertà fondamentali nello stato costituzionale...*, op. cit., págs. 69-94. Asimismo, W. Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte in der Sozialen Rechtsstaat*, 1957.

79 *Ibid.*, pág. 84.

favor de un bien jurídico superior, para la salvaguarda de la validez normal de la Constitución.

4.3. Derecho a la justicia

La justicia es un bien jurídico y social que se encuentra en la base de la organización política de la humanidad a través de su historia; precisamente los desafíos ideológicos modernos pusieron en cuestión a nivel universal los paradigmas clásicos de la justicia formal; acelerando así el proceso cada vez mayor de humanización de las relaciones sociales, económicas y políticas.

En la actualidad, la justicia vuelve a convertirse en una búsqueda humana que legitime contractualmente las relaciones entre los poderes públicos y los hombres⁸⁰ o, más concretamente que sea entendida como la titularidad de derechos⁸¹ o, en la lógica utilitarista del mercado que la justicia sea asumida como eficiencia⁸² o, que se la reconozca en un complejo significado político⁸³.

Pero, desde su tratamiento constitucional la justicia encuentra un significado múltiple, que puede ser entendido como un valor constitucional, como un derecho fundamental y como una expresión institucional⁸⁴. En mérito a la posición constitucional de la justicia en relación con la ley de amnistía y con su ley ampliatoria, se va a abordar el derecho a la justicia en cuanto principio general y derecho fundamental.

4.3.1. Principio constitucional de la justicia

El principio constitucional de la justicia tiene validez general para determinar el derecho del Congreso de otorgar la amnistía en cuestión; por

80 Cfr. John Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, pág. 227-433.

81 Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, págs. 234-272.

82 Cfr. Richard Posner, *The economics of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1981, págs. 88-107.

83 Cfr. Tom Campbell, *Justice*, Humanities Press International, Hong Kong, 1990, Págs. 1-35 y 179-204.

84 Cfr. Miguel Aparicio Pérez, *Jueces y justicia en la Constitución Española*, ponencia en el Congreso Internacional Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo Actual, (3-5 Mayo de 1995, Valencia) mimeo, 37 pp., ver resumen en César Landa "Crónica del Congreso Internacional Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo Actual", en *Pensamiento Constitucional* 1995, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, págs. 310-314.

cuanto, reenvía a los valores constitucionales que permiten clasificar y jerarquizar, a la ley de amnistía en relación al principio de justicia. Esto es así, en tanto que la justicia es un valor esencial de todo el ordenamiento jurídico; pero que, por ser un principio general no deja de tener validez y eficacia normativa; por el contrario, son normas que están sobre los derechos fundamentales y las atribuciones estatales. Se trata de normas emanadas del "interés de la comunidad".

El concepto de justicia así entendido, impide la arbitrariedad del legislador en el desarrollo de sus atribuciones; pero, el problema está en reconocer el contenido esencial de un principio constitucional general como la justicia. Si bien, se podría apuntalar con el principio de ponderación y el de reserva de ley, se aprecia los reales contenidos de la justicia no en abstracto sino en concreto, cuando se individualiza en función de otro bien jurídico como la amnistía, que es substancialmente de rango constitucional también.

En ese sentido, el legislador y el juez deben traducir en realidad los principios normados como el valor justicia; en "esa traducción deberá acontecer en las formas y en los procedimientos específicos de la democracia; es decir, en la composición de conflictos que tienen lugar sobre el trasfondo de consenso en cuestiones fundamentales, tanto más habrá que ponderar cuanto que en torno a los derechos fundamentales y tareas estatales se reúne la diversidad de individuos y grupos, que en una constitución del pluralismo dependen de un continuo avenirse y soportarse"⁸⁵.

En tal sentido, la justicia opera como un principio normativo del derecho de gracia parlamentario, pero con doble carácter: iusnaturalista y funcional⁸⁶. El primero como un horizonte moral vinculante a los poderes públicos y el segundo como un mandato que emana del pueblo, para lo cual se han establecido en el Poder Judicial los mecanismos específicos para alcanzar dicho valor.

Entonces, en virtud del principio constitucional de justicia se permite conocer los límites que podrían establecer los jueces a los actos parlamentarios; que se hacen justificables mediante las garantías constitucionales o el

85 Peter Haberle, *El legislador de los derechos humanos*, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, (Antonio López Pina, Director de la edición), Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Civitas, Madrid, 1991, pág. 108.

86 Cfr. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, op.cit., págs. 273-275. Asimismo, desde una perspectiva privada, Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

control constitucional difuso que faculta la constitución peruana. Por cuanto, se ubica en un rango superior que permite proteger a bienes jurídicos que nos estén mencionados explícitamente, como los límites a la leyes de amnistías, pero que se derivan de normas de competencia y que son lógica consecuencia de la función social de los principios constitucionales.

Pero, es del caso mencionar que el derecho de otorgar amnistías del Congreso y el principio de justicia también se limitan recíprocamente. De modo que, cuando se interpreta la facultad de ejercer el derecho de gracia, se debe tener en cuenta los valores jurídicos tutelados por el principio constitucional de la justicia. Así pues, el examinar los efectos delimitantes de este último sobre la ley de amnistía, se debe tomar en consideración el contenido de valor de amnistía, es decir en lo relativo a los militares que fueron condenados por realizar actos preparatorios para ejercer el derecho constitucional de insurgencia contra el gobierno de facto de 1992, y a los militares que fueron también condenados por opinar públicamente sobre la conducción política y militar del conflicto fronterizo peruano-ecuatoriano.

Ahora la interpretación sistemática del principio de justicia en relación con el derecho de amnistía del Congreso debe asumir formas nuevas, de acuerdo al conflicto y a la situación concreta del supuesto. En cualquier caso, debe considerar el establecimiento constitucional de un sistema de valores, en el cual el peso de cada uno de los bienes jurídicos debe ser contrapesado en el marco abierto de la Constitución⁸⁷.

En tal sentido, la tesis según la cual el derecho de gracia está supeditado a la reserva de los "principios constitucionales" no disminuye la importancia de las reservas de las leyes especiales. Las reservas buscan identificar los bienes jurídicos que deben ser tomados en cuenta, así como señalar su valor, en el proceso de delimitación del derecho a otorgar amnistías. Así, la justicia y el derecho de gracia, ambos bienes constitutivos del Estado constitucional, son partes uno del otro. El indulto y el derecho a la justicia, es otro caso; pero, en cualquiera de ellos el equilibrio se hace dentro de una constelación de valores constitucionales superiores.

Ahora, de acuerdo con el principio del *balancing*, hay que aclarar un malentendido: los bienes jurídicos constitucionales concurrentes no se encuentran insertos en una relación de *supra* o subordinación, de modo que uno excluya al otro. Por el contrario son coordinados en un proceso de integración que se realiza históricamente⁸⁸.

87 Pablo Lucas Verdú, *La Constitución abierta y sus enemigos*, ediciones Beramar, Madrid, 1993, págs. 9-57.

88 Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985, págs. 129-141.

Así, en virtud del principio de proporcionalidad o *balancing*, se exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados. La proporcionalidad, a veces se la justifica sobre una base iusnaturalista, otras sobre una base institucional; pero, es en la síntesis de los valores como derecho que adquieren su plena eficacia normativa el principio de justicia. En tal sentido, si se parte de entender que un criterio de delimitación de la amnistía y del principio de justicia es lograr la pacificación del Perú, con base en la construcción de los cimientos democráticos de un régimen constitucional sustentado en la justicia, no cabe entender que se afirma la paz social de un régimen constitucional que vence al terrorismo, pero basándose en la impunidad de los actos ilícitos de sus agentes.

4.3.2. *Derecho fundamental a la justicia*

En nuestro sistema constitucional se encuentran sentadas las bases jurídicas de cualquier proceso litigioso en función del cual toda persona tiene derecho a la tutela judicial; es decir, acudir al Poder Judicial a demandar justicia. Es así, que si un ciudadano se ve privado del derecho de acudir donde un juez, es dable en un Estado de derecho garantizar judicialmente recursos extraordinarios a los ciudadanos, para que en un proceso justo y efectivo, se verifique si se está ante un caso de abuso del poder.

La contrapartida del Estado es que asume no sólo el deber, sino la obligación de otorgar remedios a las violaciones de derechos. Es así que, los jueces "están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos, de manera que las partes interesadas conozcan la verdad, llevar a la justicia para procesar y penar adecuadamente a los autores de las violaciones y otorgar a las víctimas o sus familias una justa indemnización"⁸⁹.

Si bien la Constitución ha incorporado un conjunto de principios y derechos de la función jurisdiccional, entre los cuales se reconoce al debido proceso y a la tutela judicial, también ha establecido que la amnistía tiene los efectos de la cosa juzgada, según los incisos 3) y 13) del Artículo 138° de Carta Magna. En tal entendido, es factible identificar el contenido objetivo de los alcances de la amnistía en función del derecho fundamental a la justicia, con base en la tutela judicial y al debido proceso⁹⁰.

89 International Commission of Jurists, *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. The cases of Chile, Argentina and Uruguay*, mimeo, Genève, pág. 7.

90 Cfr. Néstor Pedro Sagües, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2, Astrea, págs. 328-359.

4.3.2.1. Tutela jurisdiccional

Si se parte de concebir constitucionalmente que el poder judicial es el organismo encargado de administrar justicia en nombre del pueblo, le corresponde entonces asegurar el derecho que reclaman los justiciables; para lo cual, es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales básicas, como también sería ineludible crear una jurisdicción ordinaria especializada para juzgar los crímenes de lesa *humanidad*⁹¹. En virtud de lo cual, se pueden ejercer los siguientes principios y derechos implícitos o explícitos:

- a) Derecho a acceso a la justicia. -Es decir el derecho de poder ocurrir ante los jueces y tribunales, para obtener de ellos una sentencia o mandamiento judicial. El derecho a la acción viabiliza este derecho a la jurisdicción, que también es un deber, porque el ciudadano está vinculado al ordenamiento jurídico, según el artículo 38° de la Constitución. En consecuencia "si una ley incurre en cualquier violación del derecho a la tutela judicial efectiva... será una ley inconstitucional"⁹².

Por la tutela jurisdiccional, el acceso a la justicia constituye un derecho y un deber subjetivo de los ciudadanos, mientras que para el Estado es una obligación objetiva administrar justicia, en aras de la seguridad jurídica y la paz social. En tal sentido, se puede señalar que "el castigo a los crímenes es el más efectivo seguro contra la represión futura"⁹³. Es decir que la impunidad estatal contra crímenes pavorosos puede ser el origen de represalias contra los amnistiados o que estos continúen perpetrando actos ilícitos.

- b) Derecho a la instancia plural. - Aquí radica el derecho a recurrir razonablemente de las resoluciones judiciales, para lo cual se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el Artículo 139° inciso 6) de la Constitución.
- c) Principio de igualdad procesal. - En virtud del cual en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones; entre las partes, los abogados, el fiscal, el abogado de oficio, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, del Artículo 2° 2) de la Constitución.

91 Cfr. Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, *Propuesta para la superación de la impunidad de crímenes de lesa humanidad*, Bogotá, s/f, 74 pp.

92 Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, pág. 267.

93 Diane Orentlicher, *Settling Account: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime*, en *The Yale Law Journal*, Vol. 100: 2537, pág. 2542.

- d) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.- Se trata de administrar justicia rápida dentro de lo razonable. Como también que la justicia rápida -vgr, fuero privativo militar- se realice con las garantías que la jurisdicción debe asegurar.
- e) Deber judicial de producción de pruebas.- Los magistrados deben extremar sus cuidados para obtener las pruebas, diligenciarlas y darles su mérito probatorio en la sentencia.

4.3.2.2. Debido proceso

La constitucionalización del debido proceso en el Artículo 139° inciso 3) de la Constitución de 1993, se inspira en el *due process*, que se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales⁹⁴. Pero, por otro lado, el debido proceso sustantivo también se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formarles, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia⁹⁵.

Lo cierto es que este derecho encierra en sí un conjunto de garantías a través de las cuatro etapas esenciales de proceso penal: acusación, defensa, prueba y sentencia; que son conculcados con la ley de amnistía y que se traducen en otros tantos derechos:

- a) Derecho de información.- Es el derecho a ser informado de las causas de la detención, en forma inmediata y por escrito, según disponen reiterativamente los incisos 14) y 15) del Artículo 139° de la Constitución.
- b) Derecho de defensa.- Es el derecho a defenderse de la acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho a su vez se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir al defensor, obligatoriedad del defensor de oficio y defensa eficaz, facultades establecidas en el inciso 14) del Artículo 139° de la Constitución.
- c) Derecho a un proceso público.- La publicidad de los procesos permite el control de la eventual actuación parcial de los jueces, lo cual "fue un ideal liberal de sustraer al individuo a los arbitrios de las prisiones

94 Cfr. John Nowak y Ronald Rotunda, *Constitutional law*, Novak and Rotunda, *Constitutional Law*, op. cit., págs. 380-451.

95 Néstor Pedro Sagües, *Elementos derecho constitucional...*, op. cit., pág. 329.

secretas, a los arbitrios de las torturas...⁹⁶. Pero, si bien la publicidad permite el control de la opinión pública a los procesos; existen también procesos reservados de acuerdo con la ley; sin embargo, los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, por delitos de prensa o por derechos fundamentales, son siempre públicos, según establece el Artículo 139° inciso 4) de la Constitución.

- d) Derecho a la libertad probatoria.- Se parte del supuesto que quien acusa debe probar judicialmente su acusación; sin embargo, en los casos en que los delitos son atribuibles a los agentes del Estado y éste con el poder disciplinario que tiene no ofrece u oculta al Poder Judicial las pruebas de la responsabilidad de su funcionario, opera la libertad probatoria en contrario. Por cuanto, "a diferencia del derecho penal interno, en los procesos de violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio"⁹⁷. Es decir que la carga de la prueba recaería sobre el Estado demandado.
- e) Derecho a declarar libremente.- No sólo se la facultad de declarar sin presión, malos tratos, tratos humillantes o tortura, sino que las pruebas obtenidas de esa manera son ilícitas, según lo establece el Artículo 2° inciso 24) -h de la Constitución.
- f) Derecho a la certeza judicial.- Es el derecho de todo justiciable a que las sentencias estén motivadas, es decir que haya un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según dispone el artículo 139° inciso 59 de la Constitución. De aquí se desprende el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*).
- g) Derecho a la cosa juzgada.- Si bien la Constitución de 1993, reconoce la figura de la cosa juzgada y establece que la amnistía produce los mismos efectos (Arts.102° inciso 6) y 139° incisos 2) y 13), existe doctrina, legislación (art. 361° del Código de Procedimientos Penales y el art. 178° del Código Procesal Civil) y práctica judicial, en virtud de la

96 Mauro Cappelletti, *Proceso, ideologías, sociedad*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, pág. 25.

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegria y otros*, Sentencia del 19 de enero de 1995, pág. 21. Cfr. Germán Bidard Campos, *La interpretación de los derechos humanos*, en *Lecturas Constitucionales Andinas* 3, CAJ, Lima 1994.

cual, la cosa juzgada tiene que haber sido arreglada y de conformidad con el derecho para que sea válida⁹⁸.

De modo tal que, si la finalidad de la cosa juzgada es mantener el ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica, las amnistías contrarias a estos fines no adquieren dicho estado final; debido a que "la cosa juzgada no crea ni una presunción ni una ficción de verdad"⁹⁹. Por cuanto, desde una visión realista la injusticia es una situación que exige reparación, y en todo caso son tolerables solamente algunos límites moderados, como en el caso de las amnistías a delitos políticos que no vulneren el contenido esencial del principio o derecho fundamental a la justicia. En los demás casos "la impunidad, en resumen, es perjudicial para el sistema jurídico cualquiera que sea quien queda en esa condición, pero es totalmente grave si quienes están llamados a hacer que el sistema funcione, son los que la <gozan>"¹⁰⁰.

Pero, las amnistías otorgadas no deben suponer que el Estado al olvidar el delito, exonere a los amnistiados de la reparación patrimonial que deben otorgar a los familiares de las víctimas o a favor de éstas si han sobrevivido de la represión ilegal del Estado como ha sucedido con los sobrevivientes de la matanza Barrios Altos. Si bien las base jurídica de una indemnización es la determinación de responsabilidades penales, cuando se haya identificado y condenado a los responsables de la violación al derecho a la vida, las leyes de amnistía no han debido exonerar a los responsables de la reparación civil a favor de las víctimas sobrevivientes o sus familiares.

Pero también, "hay que plantear la cuestión de la reparación en el contexto global de la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y de la prevención y la corrección de los abusos contra estos derechos"¹⁰¹. No olvidemos que, en el Estado constitucional y

98 Cfr. Róger Zavaleta, *Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso*, ponencia al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú, editora Normas Legales, Lima, 1996, págs. 33-38.

99 Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1962, pág. 321. Asimismo, revisar a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, pág. 216-218.

100 Alberto Borea, *El poder judicial como control para evitar la impunidad*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, (A. Cançado y L. González, compiladores), IIDH, San José, 1995, págs. 516-517.

101 Theo van Boven, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/8, pág. 60.

democrático, el individuo y la comunidad son exigencias igualmente legítimas. De ahí que la resolución de los conflictos, no conduzca a la absolutización de los derechos fundamentales sobre el Estado o viceversa; para lo cual, es importante precisar los alcances de los tratados internacionales por cuanto contribuyen a delimitar la validez de las leyes de amnistía.

5. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Con la entrada en vigencia de las leyes de amnistía en junio de 1995, se cuestionó su validez no sólo en función de la Constitución, sino también en relación con la Convención Americana de los Derechos Humanos, tratado que además fue parámetro de control —ciertamente no uniforme— en las decisiones judiciales sobre la inaplicación de la primera ley de amnistía a los militares procesados por la matanza de Barrios Altos.

En particular, con la excepción de inconstitucionalidad solicitada por la parte agraviada, se puso en debate si la Convención Americana de los Derechos Humanos se prefería antes que a la ley de amnistía; si los jueces estaban obligados a realizar ese control judicial difuso, con base también en los tratados o si la Convención era sólo una fuente de interpretación de las normas nacionales. Temas que a continuación se abordan.

5.1. Sistema de fuentes del derecho en la Constitución

La Constitución contempla derechos subjetivos de las personas y sus garantías protectoras, pero también consagra derechos objetivos que se dirigen a cumplir y mantener el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la Constitución no aborda sistemáticamente el problema de las fuentes de derecho; que si bien es un déficit del constituyente, se convierte ahora en un desafío de la jurisprudencia¹⁰².

En tal sentido, es importante ubicar a la Convención Americana de los Derechos Humanos en el sistema de fuentes del derecho peruano, por cuanto constituye un problema constitucional, desde que la Convención tiene normas aplicables directamente y exigibles judicialmente; sin embargo, no hay opinión unívoca de la jerarquía de los tratados en relación con la Constitución y sobre todo en cuanto a su relación con las leyes. Debido a que, la Constitución de 1993 elimina sendos artículos, acerca de la primacía del tratado sobre la ley en caso de conflicto entre ambas, así como deja de

102 Cfr. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1985. Asimismo, Luciano Parejo, *Sistema de fuentes en la jurisprudencia constitucional*, (separata del Curso de Doctorado), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993.

reconocer la naturaleza constitucional de los tratados sobre derechos humanos, entre otras disposiciones.

Pero, esto es producto de un proceso paradójico: porque, por un lado, a nivel internacional se producen grandes transformaciones contemporáneas que hacen de la primacía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, conquistas universales que se extienden a todas las latitudes del mundo. Estos procesos se expresan jurídicamente en las tesis monistas, que no sólo tienden a uniformizar el derecho, sino también la jurisdicción a nivel internacional, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos con su órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con su órgano cuasi-jurisdiccional como es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, la expresión más clara de esta tendencia monista se da con la Unión Europea con su organismos representativos, ejecutivos y jurisdiccionales, así como la Convención Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. En tal sentido, "el monismo toma la forma de una declaración de la supremacía del derecho internacional aún en el ámbito nacional, unida a la observación del buen desarrollo de la persona como sujeto del derecho internacional. Esta doctrina es la antípoda de los postulados jurídicos de la existencia de la soberanía de los estados y reduce la ley nacional a un status de prisionera de la ley internacional"¹⁰³.

Pero, por otro lado, la justificación jurídica de la involución constitucional en materia de tratados internacionales, se explica con base en la tesis dualista; según la cual, existen dos ámbitos o espacios propios del derecho y la jurisdicción: uno internacional y otro nacional. En efecto, "la doctrina del dualismo, establece una diferencia esencial entre el derecho internacional y el derecho nacional, consistente principalmente en el hecho de que los dos sistemas regulan materias diferentes. El derecho internacional es la norma entre los estados soberanos; la ley nacional se aplica al interior del estado y regula las relaciones de sus ciudadanos con los otros y con el gobierno"¹⁰⁴.

De modo que, de acuerdo con esta tesis la Convención Americana no primaría sobre la ley de amnistía, tan solo sería una fuente de interpretación para los jueces, sin capacidad vinculante. Esta tesis dualista responde a la antigua concepción liberal del Estado nacional y soberano. Pero el derecho

103 Ian Brownlie, *Principles of public international law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pág.33. Habría que mencionar también, que existen tesis monistas como la de Verdross, *Zur Konstruktion des Völkerrecht*, VIII, 1914, pág. 329 y ss, en la que otorga la primacía del derecho estatal sobre el derecho internacional.

104 *Op. cit.*, págs. 32-33.

Público, con las nociones de la incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional, la legitimidad de los organismos supranacionales, con sus normas y jurisdicciones con fuerza autoaplicativa, han transformado la concepción jurídica del viejo Estado centrípeto, por una moderna noción del Estado supranacional, que supedita el imperio de la ley al imperio del tratado internacional, en virtud a su participación voluntaria en la formulación y aprobación de los tratados internacionales.

Ahora bien, la posición constitucional de los tratados no está exenta de asumir una opción mixta, con elementos monistas o dualista, que Rousseau postulara a través de la teoría de la coordinación, "caracterizando al derecho internacional como un derecho de coordinación, en el cual no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional"¹⁰⁵. Pero, ahora es relevante plantear el tema de la jerarquía constitucional de los tratados, a partir de las escuelas jurídicas que han expresado o recogen el tema del sistema de fuentes del derecho:

- a) Teoría positivista de la Escuela de Viena.- Para esta corriente el sistema normativo es el producto de los sujetos o actos autorizados para crear normas –fuentes de la producción–, las normas que califican a los hechos como normas –fuentes sobre la producción–, y las formas en las que se expresa la norma jurídica.

Esta teoría concibe al Derecho en su totalidad como un sistema de normas; en este sentido, "es aconsejable establecer instituciones de Derecho internacional o nacional que hagan posible la anulación de la norma de Derecho nacional que se encuentra en conflicto con el Derecho Internacional. Sin embargo, cuando no existe esta posibilidad, la norma del Derecho nacional permanece válida al lado de la norma del Derecho internacional"¹⁰⁶. Pero, para esta escuela atada a la validez y la eficacia positiva del sistema normativo, como fundamento absoluto de la vida en sociedad, no termina por plantear la posibilidad de la nulidad o inaplicación de la norma que entre en conflicto con el Derecho internacional.

- b) Teoría institucional.- Esta corriente parte de concebir al sistema de fuentes del derecho como el producto de una pluralidad de ordenamientos jurídicos; compuestos, no sólo de normas positivas, sino de normas generales y particulares, públicas y privadas, nacionales e internacionales, pero en funcionamiento; es decir que, hay una concepción dinámica

105 *Ibid.*, pág. 35.

106 Cfr. Hans Kelsen, *Introducción a la teoría pura del derecho*, edición autorizada por Hans Kelsen. Institut (Viena), Lima, pág. 104.

del ordenamiento jurídico que busca hacer funcional el tratado internacional y la norma legal nacional, a través de la integración de las mismas que realice los organismos supranacionales.

En tal sentido, "el Derecho internacional solamente aparece como auténtico derecho, en cuanto vincula y domina a la voluntad estatal, esto es, cuanto la trasciende y se afirma como entidad *in se*, entidad que, en nuestra opinión, es el ordenamiento de la comunidad internacional al que están subordinados los distintos Estados, aunque sólo sea de manera limitada"¹⁰⁷. Con esta tesis monista se afirma la primacía del tratado sobre la ley.

- c) Teoría de la razonabilidad.- Esta teoría concibe al ordenamiento jurídico no como pura normatividad, sino como un proceso social que busca encontrar soluciones justas a los conflictos de la sociedad, que no son otros por excelencia que la demanda de derechos de las personas; en este sentido, el material normativo no es lo sustancial, sino meramente instrumental. "Pues bien, creo que el ordenamiento así entendido debe aspirar a ser racional, aunque en ocasiones no llegue a serlo. La racionalidad, más que un dato, es una aspiración y un propósito"¹⁰⁸. De donde se podría desprender que en caso de conflicto entre los tratados internacionales y las leyes nacionales, debería prevalecer la norma que con mayor legitimidad resuelva el hecho a normar, es decir, la protección y el desarrollo de la persona humana¹⁰⁹.

La Constitución de 1993 no se ha adscrito exclusivamente a una de las escuelas o corrientes descritas anteriormente. Más aún, los tratados no han sido abordados orgánicamente en las fuentes del derecho peruano, la Constitución tan sólo ha consagrado algunas disposiciones dispersas y algunos principios que se desprenden de ellas; en las cuales se encuentran no sólo elementos de la concepción dualista, de la corriente institucional monista, sino también, en disposiciones propias de la concepción razonable, que apela a la ponderación de los valores constitucionales.

En tal sentido, para ubicar a los tratados sobre derechos humanos en el sistema de fuentes del derecho constitucional, se van a utilizar las nociones

107 Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 215. Asimismo, Mauricio Hauriou, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, Edit. Surco, Buenos Aires, 1947, págs. 37-58.

108 Cfr. Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 181.

109 Cfr. Antonio Trindade Cançado, *La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, en *El juez y la defensa de la democracia, Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, San José, 1993, págs. 266 y ss.

antes mencionadas. Pero además, distinguiendo con claridad, en qué niveles normativos se encuentran los tratados –constitucional, legal, administrativo–, las normas que las contienen –resolución legislativa, decreto supremo, resolución suprema, circulares, etc.–, los principios de supra-coordinación que permitan definir la prevalencia de los mismos en caso de conflicto –principio de jerarquía, principio de competencia– y las acciones de garantía que protegen dichos principios –acción de inconstitucionalidad, acción popular y conflicto de competencia.

5.2. Tratados internacionales en la Constitución

Si bien en la Constitución de 1993 hay una asistemática en torno a la posición constitucional de los tratados dentro del sistema de fuentes del derecho¹¹⁰, “se crean tres rangos de tratado, según la aprobación que reciben: unos tendrán rango constitucional, otros de ley y, los que aprueba el Presidente, lo tendrán de decretos supremos (y por tanto, rectamente entendidas las cosas sometidas a las leyes internas)”¹¹¹.

5.2.1. *Tratados constitucionales*

*a. Rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos*¹¹².

De acuerdo con el segundo párrafo del art. 57° de la Constitución, el tratado que afecta disposiciones constitucionales, es decir que contenga materia constitucional es aprobado mediante el procedimiento reservado para las reformas constitucionales, establecido en el artículo 206° de la Constitución. De modo que, la resolución legislativa que aprueba dicho tratado,

110 Cfr. Congreso Constituyente Democrático, *Actas de las Sesiones del Plenario, Constitución Política del Perú de 1993*, publicación oficial, Lima s/f, págs. 88-90. Asimismo, Congreso Constituyente Democrático, *Actas de las Sesiones de la Comisión de Constitución y de Reglamento, Constitución Política del Perú de 1993*, publicación oficial, Lima s/f, págs 249-251 y 255-256.

111 Marcial Rubio, *El sistema legislativo en la Constitución de 1993*, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 10, CAJ, Lima, 1994, pág 174.

112 *Ibid*, pág. 174; asimismo, Carolina Loayza, *Recepción de los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1993 y su aplicación por el Poder Judicial*, en *Diálogo con la Jurisprudencia* Año II, N° 3, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1996, pág. 47, donde concluye que “los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y prevalecen sobre toda otra ley de la república”; mientras que, para Fabían Novak, *Los tratados y la Constitución peruana de 1993*, en *Agenda Internacional* Año I N°2, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, pág. 91, la eliminación de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos “no tiene ninguna justificación, constituyendo su derogación no sólo un retroceso a nivel jurídico sino también una verdadera torpeza política, si se considera la coyuntura actual, en la que nuestro país enfrenta una serie de cuestionamientos, fundados o no, en materia de respeto a los derechos humanos”.

deberá ser sancionada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante un referéndum, o se podrá omitir éste, cuando el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

En tal sentido, los tratados que versan sobre derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al regular materia de nivel constitucional—equivalente a lo dispuesto fundamentalmente en el Capítulo I Derechos fundamentales de la persona, del Título I De la persona y de la sociedad, de la Constitución de 1993— tienen por su contenido material un nivel suprallegal, es decir de carácter constitucional.

Motivo por el cual, gozan del rango constitucional por la materia constitucional que abordan. Entonces, en caso de conflicto entre un tratado constitucional de materia constitucional y una ley, prima la primera en función del principio de jerarquía normativa, que no es otro que el de la supremacía constitucional, reconocido en el art. 51° de la Constitución¹¹³. En tal entendido, la Convención Americana de Derechos Humanos protege el derecho a la vida positivamente, en todo lo que la favorezca o promueva, pero también negativamente, limitando y prohibiendo todo lo que la afecte¹¹⁴.

b. El bloque de constitucionalidad y la ley de amnistía

Se puede afirmar que la ley de amnistía y su ampliatoria al consagrar la impunidad para delitos de *lesa humanidad*, afecta el núcleo duro de los

113 De otra opinión es Domingo García Belaúnde en *La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales*, en *Desafíos Constitucionales Contemporáneos* (C. Landa y J. Faúndez, editores), University of Warwick y la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Lima, 1996, pág. 43, para quien “se establece la primacía de la ley sobre el tratado, con lo cual el Perú vuelve a adoptar la posición dualista”, aunque, al parecer no se refiere a los tratados sobre materia constitucional sino legal. De otro lado, Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, ediciones Nermas, Lima, 1994, pág. 101. Señalan que el artículo 55° de la Constitución, “se dice simplemente que los tratados en vigor forman parte del derecho nacional, sin decir que prevalecen ni decir que no prevalecen sobre la ley. Será llegado el caso, la jurisprudencia de los tribunales la que determine si el tratado en la circunstancia concreta, prevalece o no sobre la ley”.

114 Cfr. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, IIDH, Lima, 1988, págs. 18-27. Asimismo, Karel Vasak (editor), *Ensayos sobre derechos humanos, las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Volumen I, CAJ, Lima, 1990, págs. 25-36.

derechos humanos que protege la Convención. Los crímenes de *lesa humanidad*, están sancionados por el derecho internacional, para "los siguientes crímenes cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; f) finalmente, otros actos inhumanos"¹¹⁵.

Este mandato y su tipificación correspondiente se traduce en la obligación de los Estados partes de las Convención de investigar las violaciones de los derechos humanos y de castigar a los responsables.

Más aún, "... una ley de amnistía que prohíbe la investigación, el establecimiento de responsabilidad y la competencia de agentes del Estado que resulten responsables, violaría la obligación establecida bajo el Artículo 1° (1) de la Convención. Leyes de amnistía de tal alcance, de ser declaradas válidas, transformarían leyes nacionales en impedimentos legales al cumplimiento de la Convención Americana y otros instrumentos internacionales"¹¹⁶.

Pero, dicha ley de amnistía también viola la Constitución directamente, en tanto colisiona con el mandato de que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado (Artículo 1°), el derecho a la vida (Artículo 2° inciso 1) y el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (Artículo 44°); en cualquier caso, en el supuesto de colisión entre la ley de amnistía y los otros derechos, el mejor valor y derecho constitucional es el que protege a la vida. Es decir que el derecho de gracia no puede violar el derecho supremo a la vida, porque tiene una *preferred position*, que en el caso concreto es elegir el derecho a la justicia sobre el perdón por los asesinatos cometidos por paramilitares, a través de un juicio justo, porque la vida y la justicia son derechos fundamentales superiores y anteriores al Estado.

Si bien, el Artículo 200° inciso 4) de la Constitución dispone genéricamente que contra las normas con rango de ley –incluidas la ley del Congreso y los tratados internacionales, entre otras– cabe plantear una acción de inconstitucionalidad; la demanda constitucional la ejercerán quienes tengan la legitimidad procesal activa –vgr. Art. 203° de la Constitución– ante el Tribunal Constitucional, contra la ley que vulnera por el fondo o por la

115 Juan Carrillo Salcedo, *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 109.

116 Robert Norris, *Leyes de impunidad y los derechos humanos en las américas: una respuesta legal*, en *Revista IIDH*, enero/junio 1992, pág. 109.

forma el tratado de materia constitucional. Ahora bien, como los tratados internacionales aprobados y ratificados forman parte del derecho nacional –vgr. art. 55° de la Constitución– el control constitucional de la ley de amnistía se realizará para saber si es conforme por el fondo o por la forma, no sólo con la Constitución sino también con la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, porque tiene fuerza normativa constitucional. Mérito que se ve reforzado cuando la Constitución señala en la cuarta disposición final y transitoria que: “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

En tal sentido el tratado tiene fuerza activa porque es innovativo del ordenamiento jurídico nacional en su ámbito constitucional y, tiene fuerza pasiva porque resiste a cualquier modificación que pretenda realizar una norma infraconstitucional como la ley. Que el tratado sea aprobado mediante una resolución legislativa del Congreso no enerva su naturaleza constitucional. En este sentido, una ley posterior no puede modificar a una resolución legislativa, que sancione un tratado aprobado siguiendo el procedimiento para reformar la Constitución, dada la materia constitucional que incorpora.

La razón de este principio es contundente: “si se les permitiera a los estados invocar sus normas internas para excusarse y dar satisfacción a obligaciones internacionales, el Derecho Internacional resultaría desmembrado y sus normas se tornarían completamente ineficaces”¹¹⁷. En tal sentido, los Arts. 26° y 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) señalan que, una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado y que todo acuerdo internacional en vigor obliga a las partes y que debe ser cumplido por ellas de buena fe. En este sentido, es que “se requiere que los estados investiguen las graves violaciones a los derechos humanos, cometidas en su territorio”¹¹⁸.

c. Fuerza normativa y eficacia de los tratados sobre derechos humanos

Cabe precisar ahora, si la posición que la Constitución asigna a los tratados internacionales sobre derechos humanos, siguiendo al art. 102° de

117 Felipe González Morales, *Leyes de amnistía y violaciones graves a los derechos humanos...*, op. cit., pág. 3.

118 Naomi Roth-Arriaza, *State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law*, en *California Law Review* Vol. 78, University of California, Berkeley, 1990, pág. 513.

la Constitución española, que les da categoría de fuente de interpretación de los derechos fundamentales, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana, significa reconocer a dichos tratados un nivel de norma de cumplimiento obligatorio, o tan sólo como principios generales del derecho consuetudinario, que se aplican supletoriamente ante el vacío o duda en la aplicación de una norma constitucional o legal positiva.

Al respecto, se puede señalar que los tratados internacionales a los cuales alude la cuarta disposición final y transitoria, exigen la interpretación de los derechos fundamentales en función no sólo del texto normativo, sino de las resoluciones, recomendaciones y opiniones que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido, para la tutela de los derechos humanos. Este criterio hermeneútico es el que sigue el Tribunal Constitucional Español, que no ha dudado en sostener que "la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas de esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificadora por España"¹¹⁹.

Ahora bien los derechos humanos consagrados en dichos tratados son normas jurídicas de aplicación directa o inmediata; es decir que, no son meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución, sino que son normas jurídicas vinculantes y de aplicación obligatorias por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados.

Es cierto, que en la doctrina jurídica existe un antiguo debate sobre la naturaleza de los derechos humanos: como derechos positivos o morales o, como derechos objetivos, subjetivos o intersubjetivos¹²⁰. Si se partiese de reconocer el doble carácter de los derechos humanos "de un lado, los derechos humanos son exigencias éticas; de otro, sólo derechos en la medida en que forman parte de un ordenamiento jurídico-positivo", se tendría

119 Antonio E. Pérez, Luño, *Derechos humanos, estado y constitución*, Tecnos, Madrid 1995, págs. 309-310.

120 Ibid, págs.132-184; donde se recoge las construcciones jurídicas de los derechos fundamentales que han influenciado a los demás sistemas jurídicos, tanto en su vertiente norteamericana más caracterizada, en las tesis de Rawls, Dworkin, Ely y Tribe; como en su vertiente alemana caracterizada por la tesis de Haberle, Smend, Scheider y Luhmann. Asimismo, revisar, Teresa Freixes, *Constitución y derechos fundamentales...*, op. cit. págs. 53-76.

121 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel Barcelona, 1989, págs. 276-303.

que señalar que, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú forman parte del derecho nacional (Art. 55° de la Constitución) y, en consecuencia, son de cumplimiento obligatorio para los órganos constitucionales y los ciudadanos.

Más aún, se podría apuntar que en la Constitución peruana, siguiendo las tesis de Dworkin¹²¹, existe una fusión de derechos humanos positivos y derechos humanos morales –iusnatural–, por cuanto, la enumeración de los derechos fundamentales del Capítulo I del Título I de la Constitución, no excluye los demás que la Constitución garantiza –vgr. incorporados en los tratados internacionales de derecho humanos y demás artículos constitucionales–, ni otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, según dispone el artículo 3° de la Constitución de 1993.

De modo que, la Constitución peruana reconoce que los derechos humanos abarcan bienes jurídicos más allá de lo que positivamente ella misma pueda haber consagrado en el texto político; por ello, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales también hay que encontrarlos en los tratados de derechos humanos y demás normas que incorporen los valores propios de la dignidad del hombre, que no deben estar al libre arbitrio de la interpretación del juez, sino en concordancia con una interpretación judicial correcta, en el marco de los tratados internacionales de los derechos humanos que el Perú está obligado nacional e internacionalmente a cumplir.

d. Integración de los tratados, la Constitución y las leyes

Ahora la Constitución reconoce que contra un tratado internacional cabe plantear una acción de inconstitucionalidad por violar la Constitución, por el fondo o por la forma. Si bien teóricamente caben las acciones de inconstitucionalidad contra los tratados, aparece como una pregunta estrictamente académica si es posible interponer una acción de inconstitucionalidad contra un tratado de materia constitucional, asumiendo que si bien ha sido incorporado al ordenamiento constitucional, mediante el mecanismo de reforma constitucional dicho tratado podría estar contraviniendo otras disposiciones constitucionales supremas.

Es claro que sí procedería interponer la acción de inconstitucionalidad contra un tratado, si se hubiese violado por la forma la Constitución, es decir, el procedimiento constitucional de aprobación para los tratados con rango y materia constitucional; en tanto que, plantear una acción de inconstitucionalidad por violación del fondo de la Constitución supondría

que existan en la Carta Magna cláusulas pétreas, es decir normas constitucionales que expresamente prohíben su reforma constitucional o, que existen cláusulas constitucionales intangibles que se asientan en el edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene a la legitimidad constitucional¹²².

En este caso se estaría ante un debate iusfilosófico y político sobre la existencia de normas constitucionales inconstitucionales (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*) hasta el punto de estimar una norma constitucional como inconstitucional por contradecir su sentido valorativo fundamental, como sería desproteger la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; por cuanto, constituyen "principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento comenzando por la Constitución misma"¹²³.

Con motivo de la sustitución de la Constitución de 1979 por la de 1993, se amplió el supuesto de la pena de muerte –traición a la patria en caso de guerra exterior– al delito de terrorismo. Planteándose un conflicto normativo con la Convención Americana de los Derechos Humanos; por cuanto, el artículo 4º-2 de este tratado, postula la tesis abolicionista de la pena de muerte, señalando que "en los países que no se ha abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".

Ante este conflicto normativo en torno a la protección internacional del derecho a la vida y a su desprotección en la Constitución de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido "1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. 2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional,

122 Cfr. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 244-291.

123 Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 115.

genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto"¹²⁴.

De modo que, en materia de derecho internacional público se cuenta con una respuesta prejurisdiccional, que condena al Estado peruano y a sus agentes, los mismos que se harán responsables en cuanto dicten la ley de la pena de muerte, como si la aplican por ser evidentemente violatorias a la Convención Americana de Derechos Humanos.

5.2.2. *Tratados de materia legislativa*

Son los tratados aprobados por el Congreso que abordan infraconstitucionalmente temas específicos de rango legislativo en materia de derechos humanos, la soberanía, dominio o integridad del Estado, la defensa nacional, las obligaciones financieras del Estado, los tributos y las demás materias que requieran de medidas legislativas; pero, siempre de rango infraconstitucional, según dispone el artículo 56° de la Constitución. Estos *traités-lois* al tener como objeto "fijar reglas generales como lo hace una ley general dentro del Estado"¹²⁵, da lugar a que una misma materia, por ejemplo, derechos humanos, puede ser compartida entre dos niveles jerárquicos normativamente: el nivel constitucional y el nivel legislativo.

De donde se desprende que, para efectos de control constitucional, los tratados constitucionales regulan la materia de los derechos humanos en sus fundamentos constitutivos, mientras que los tratados de rango legislativo lo desarrollan, sin transgredirlos no desnaturalizarlos. Estos tratados legislativos son aprobados mediante resoluciones legislativas del Congreso.

El principio que sustenta a estos tratados de nivel legislativo en caso de conflicto con otros tratados, sea de nivel constitucional o administrativo, será el principio de competencia y no el de jerarquía. No obstante que, los dos primeros sean aprobados por resolución legislativa del Congreso y el tercero sea sancionados por decreto supremo del Poder Ejecutivo. Este principio de competencia opera a través de delimitar la lista de materias que le corresponde a cada tipo o nivel de tratado, según la Constitución y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que operan como *norma normarum*.

124 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana de los Derechos Humanos)*, San José, 1994, pág. 16.

125 Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, FCE, México, 1985, pág. 157.

Los principios y técnicas para la delimitación de las competencias deberían condensarse en una suerte de test de la competencia. Estos, de manera sintética serían: El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar los intereses particulares de los poderes y organismos constitucionales a la preeminencia de los intereses generales del Estado, que son "defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos...", según el Art. 44° de la Constitución.

Esta subordinación debería realizarse en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad, vale decir que existiendo duda sobre el titular de la competencia o atribución se deberá apelar al contenido esencial de las atribuciones y a la cláusula residual, de modo que la presunción siempre será a favor de los intereses estatales y no de los poderes públicos, que sólo ejercen una cuota de los deberes del Estado.

Pero, si eso fuese insuficiente para delimitar la competencia, de acuerdo con el test de la competencia, debería verificarse el principio de la competencia, mediante la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales, en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente ¹²⁶.

En ese sentido, si una materia constitucional fuere motivo de disputa en cuanto a su aprobación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, se presentaría un conflicto de competencia entre ambos poderes, pudiendo cualquiera de ellos interponer ante el Tribunal Constitucional un conflicto de competencia, en virtud del Artículo 202° inciso 3) de la Constitución y de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; tanto si la disputa es positiva, es decir que los dos poderes pretenden aprobar el tratado por entender cada uno que es su materia; como en el caso de conflicto negativo, cuando ambos se niegan a aprobar el tratado por entender que no es materia de su competencia.

Si el supuesto de conflicto se hubiese ya expresado en una norma legal-resolución legislativa- contra ella cabría plantear una acción de inconstitucionalidad, por violación del fondo o la forma de la Constitución, según dispone el Artículo 200° inciso 4) de la Constitución; es cierto que, este proceso constitucional tiene efectos concretos en el derecho interno, desde el día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el diario oficial. Pero, a nivel del derecho internacional, la eficacia de dicha re-

126 Cfr. Francisco Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, y; Carlos Viver y Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1989.

solución sólo se hará efectiva a nivel internacional, cuando el Estado denuncie parcial o totalmente la norma que ha sido declarada como inconstitucional, siguiendo el paralelismo de las formas del derecho de los tratados.

5.2.3. *Tratados simplificados*

Son los tratados cuyas materias no están contempladas en el nivel legislativo ni constitucional, sino que operando como una cláusula residual, el primer párrafo del Artículo 57° de la Constitución las define como competencia del Poder Ejecutivo. Usualmente, en el derecho comparado algunas veces el tratado simplificado surge "por razones de mera conveniencia, como cuando se trata de un acuerdo de carácter puramente administrativo y técnico"¹²⁷.

En efecto, de la Constitución peruana se desprende que los tratados simplificados son los acuerdos internacionales sobre materias de dominio propio del Poder Ejecutivo, es decir que su competencia por razón de la materia y la función de gobierno y administración, delimitan el ámbito de su responsabilidad; en temas tales, como los acuerdos de cooperación técnica internacional, bilaterales o multilaterales, que incorporan preferencias arancelarias de libre circulación de personas o mercaderías, entre países o de organismos internacionales¹²⁸.

Estos tratados simplificados han sido ratificados indistintamente en el Perú, mediante decreto supremo, resolución suprema, e inclusive a través de circulares y notas de intercambio entre países. Sin embargo, recientemente la Ley No. 26647, ha dispuesto que la aprobación de los tratados simplificados y de los tratados legislativos se hagan mediante decreto supremo.

El principio que operaría en caso de conflicto entre diversos tratados, sería el principio de jerarquía y el de competencia en razón de la materia y/o de la función; es decir que, para efectos del derecho público interno, primaría el tratado de materia constitucional que tiene supremacía sobre los tratados de materia legislativa; pero, entre estos dos últimos la prevalencia se resolvería por el test de la competencia, más no por el de la jerarquía, no obstante que los tratados simplificados sean aprobados en adelante por decreto supremo y los tratados en materia legislativa por resolución legislativa.

127 Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público...*, op.cit., pág. 157.

128 Cfr. Guillermo Fernández-Maldonado, "Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Perú". En: *DERECHO*, Nos. 43-44, Lima, 1990. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 346-352, aún cuanto el análisis se refiere a la Constitución de 1979, en relación a los tratados simplificados no ha habido variación sustancial en el nuevo texto constitucional.

Ahora bien, desde un punto de vista, los decretos supremos que ratificaran los tratados simplificados del Poder Ejecutivo, por su naturaleza administrativa, no serían pasibles de control constitucional ante el Tribunal Constitucional; debido a que, el Art. 200° inciso 4) señala que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas de rango legal. En tanto que, contra las normas de rango administrativo –decretos y resoluciones supremos, etc.– corresponde cuestionarlas, mediante la garantía constitucional de la acción popular que resuelve el Poder Judicial, siempre que dichas normas infrinjan la Constitución o la ley, señala el Artículo 200° inciso 5) de la Constitución.

Sin embargo, como quiera que el Art. 200° inciso 4) de la Constitución, identifica las normas y materias que tienen rango de ley, señalando dentro de estas últimas a los tratados, existe la convicción constitucional según la cual los tratados sólo son susceptibles de control constitucional directo ante el Tribunal Constitucional; más aún, así lo establece el Artículo 20° inciso 4) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Como es evidente, hay una gran diferencia entre la norma administrativa aprobatoria –decreto supremo– y el contenido material de los tratados simplificados, que tienen sin distinción rango de ley. Pero, la Constitución ha valorado el contenido material de los tratados antes que la norma jurídica de su aprobación, al otorgarle rango de ley a los tratados simplificados, sólo para efectos de su control constitucional. Lo que no obsta señalar que, asumiendo indiscutiblemente que los tratados simplificados tengan rango de ley, las normas que los contengan –decretos supremos– no gocen de ese mismo rango de ley, sino de fuerza de ley.

En términos generales, tendría un sentido constitucional práctico otorgar fuerza de ley a los decretos supremos que aprueban tratados simplificados. En primer lugar, para que dichos decretos supremos tengan fuerza pasiva, es decir resistan a las modificaciones que pretendan realizar otras normas con rango de ley, debido a que dichos decretos supremos tienen competencia para regular materias propias de los tratados simplificados, salvo que se trate de una norma del bloque constitucional, y; en segundo lugar, de manera excepcional para que tengan fuerza activa, es decir puedan innovar el sistema jurídico, modificando normas de igual rango legal, en caso que éstas vulneren su núcleo duro de competencias administrativas y gubernamentales¹²⁹.

Finalmente, volviendo al tema central de este ensayo, corresponderá al Tribunal Constitucional, tomando en consideración la posición constitucio-

129 Cfr. Francisco Rubio Llorente, Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley, en *Revista de Administración Pública*, Nos. 100-102, Enero-Diciembre, Madrid, 1983, pp. 420-423.

nal de los tratados sobre derechos humanos, realizar el control abstracto de constitucionalidad de la ley de amnistía y de su ley ampliatoria, con independencia del poder político y/o militar. En tanto que, en la hipótesis que el Poder Judicial pueda realizar el control concreto de dichas leyes de amnistía en los casos judiciales que resta resolver, esta posibilidad se ve constreñida tendencialmente debido al proyecto de ley del gobierno que impide el control constitucional difuso de los jueces¹³⁰. Pero, también porque la Corte Suprema se encuentra administrativamente prisionera de una comisión interventora del Poder Judicial¹³¹.

Este escenario judicial sometido a las injerencias jurisdiccional o administrativas de los poderes de *iure* y de *facto*, sólo tiene posibilidades de independencia a través del ejercicio autónomo de los jueces de sus decisiones judiciales, dentro del marco del sistema constitucional y el apoyo de la opinión pública democrática. En tal sentido, "la evolución de este proceso es fundamental para comprender los alcances de la función de control constitucional, mediante la resolución de las garantías constitucionales en el Poder Judicial. Pero, sobre todo, vislumbra el rol tutelar que podría tener el Tribunal Constitucional, como defensor de los derechos constitucionales de los particulares frente al poder del Estado y de los poderes privados"¹³².

CONCLUSIONES

Si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como también es un deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, señalados en los artículos 1° y 44° de la Constitución, resulta inconstitucional que la mayoría gubernamental del Congreso ejerza el derecho de gracia otorgan-

130 Cfr. Proyecto de Ley N° 1535/96-CR, proyecto de desarrollo constitucional del art. 138° de la Constitución, suscrito por los congresistas Torres y Lara y Chirinos Soto, "artículo 1°. -En todo procedimiento, cuando un Juez o Tribunal considere que una norma con rango de ley aplicable al caso que viene conociendo y de cuya validez dependa su fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará de oficio la cuestión al Fiscal de la Nación, quien interpondrá en forma inmediata la respectiva Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en la presente ley".

131 Cfr. Human Rights Watch/Americas, *Perú, presumption of guilty, human rights violations and the faceless courts in Perú*, Human Rights Watch, ISSN: 1077-6710, Washington, 1996, pág. 15, cuando señala que "la concentración de los poderes para la reorganización del Poder Judicial en los personas, una de ellas conocida por su estrechos vínculos con el Poder Ejecutivo y las Fuerzas Armadas, es un paso fuera del camino hacia la urgentemente necesaria independencia del Poder Judicial en el Perú".

132 César Landa, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*, en *Pensamiento Constitucional*, 1995, Maestría en Derecho en Mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, pág. 99.

do ilimitadamente la amnistía a los agentes del Estado, que ejecutaron extrajudicialmente a civiles en circunstancias pacíficas.

Si a ello se añade, la ley de interpretación de la Ley N° 26492 –de Amnistía– y el proyecto de ley que eliminaría el control difuso de constitucionalidad, que pretenden obligar a los jueces a dejar de inaplicar la ley de amnistía, a pesar de que los magistrados están facultados por el artículo 138° de la Constitución a preferir la Constitución antes que una ley contraria a ella, se produce vía leyes ordinarias una reforma constitucional del texto político del Estado. Lo cual habilita a los jueces a inaplicar dicha ley de interpretación o ley de desarrollo constitucional por su manifiesta inconstitucionalidad, sin perjuicio de la acción de inconstitucionalidad que se pueda incoar ante el Tribunal Constitucional por violación de la Constitución por el fondo o la forma.

La sentencia de la jueza Saquicuray permitió poner en evidencia que los tratados internacionales sobre derechos humanos, forman parte del derecho nacional, más aún, que dichos tratados por su materia tienen jerarquía y fuerza constitucional. De ahí que, al ser fuente de derecho supremo, obligan a interpretar las normas legales que afecten los derechos constitucionales, conforme a los tratados de derechos humanos, según disponen los artículos 55° y 57° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Si bien el Congreso dictó la ley de interpretación de la ley de amnistía contra la resolución de la juez de Primera Instancia, esto no obsta para señalar que el Congreso no puede regular cualquier materia sin límites, como la amnistía; sino que la reserva de ley tiene límites constitucionales inmanentes, como no predefinir los procesos judiciales pendientes de resolución. En la medida que la función jurisdiccional goza también del principio de reserva de jurisdicción, el Congreso se halla impedido de aprobar mediante ley un acto que la judicatura ha resuelto como contrario a la Constitución.

De modo tal que, la ley de amnistía y su ley interpretativa parten de una primitiva concepción absolutista del derecho de gracia del Congreso, siendo que en un Estado democrático moderno, la amnistía tiene como fundamental ser un instrumento de corrección del derecho, no de impunidad.

Un elemento doctrinario de corrección de esta producción legislativa autoritaria, es plantear la garantía institucional como un límite a la función legislativa del Congreso –como el Poder Ejecutivo–, ante el Tribunal Constitucional si se demanda la inconstitucionalidad de dichas leyes. En virtud de la garantía institucional, el legislador no puede crear una “segunda

Constitución", ya sea que la viole formalmente, materialmente o, la deje vacía de contenido.

La Constitución ha elevado la vida y el derecho a la justicia al rango de las normas constitucionales, de ahí que el legislador esté privado de introducir supuestos extraños a la institución de la amnistía, que violen dichos derechos fundamentales al amparo de la reserva de ley. Esto supone que, los derechos fundamentales se constituyen en límites a la potestad legislativa del Congreso; pero a través de una perspectiva institucional, que reconoce a los derechos fundamentales también límites extraordinarios en aras de la comunidad, por lo que se debe buscar una integración proporcional de sus contenidos esenciales.

Los principios y derechos fundamentales no tutelan libertades de por sí ilimitadas, lo que supone constitucionalmente ver al hombre vinculado a la sociedad, al Estado y al derecho de los demás. En el Estado constitucional y democrático los derechos fundamentales y la tutela de la comunidad son instancias igualmente legítimas. Así los derechos fundamentales se vinculan a una idea de "sociabilidad" que se desprende de la Constitución, en virtud del cual la libertad y el vínculo social se encuentran en equilibrio.

Por medio del constante ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos se realiza esa normalidad conexas a la normatividad de la Constitución. Gracias a ello, los derechos humanos se convierten en reglas, porque todo juicio o acción individual de los derechos fundamentales, poseen una dimensión social de derechos de eficacia normativa y el Congreso debe estimular este proceso con su praxis legislativa.

Pero, es el caso que las leyes de amnistía han desnaturalizado el carácter esencial de los principios y derechos fundamentales analizados, en tanto que el derecho de gracia del Congreso ha sido históricamente otorgado a los delitos políticos y la conciencia social no ha variado en su desarrollo en cuanto a su alcances; por el contrario, la mayoría de la población ha expresado en diversas formas y momentos, no obstante la liberación judicial de los militares procesados o condenados por delitos contra los derechos humanos.

Lo cual no obsta para que, se pueda interponer aún cuando se convierte en una victoria pírrica, una acción de inconstitucionalidad contra las leyes de amnistía y de interpretación de la misma, ante el Tribunal Constitucional. Por cuanto, el Tribunal Constitucional como organismo supremo encargado de controlar y garantiza la vigencia de la Constitución, se debe constituir en el filtro judicial del vaciamiento del contenido constitucional de los derechos fundamentales vía el uso de la reserva de ley, que realicen las transitorias mayorías parlamentarias.

Una mayoría parlamentaria comprometida con la justicia y la paz, podría estudiar la dación de una ley orgánica que regule el derecho de gracia del Congreso –amnistía– y del Poder Ejecutivo, –indulto–, reformando en particular la ley de amnistía y derogando su ampliatoria. La reforma estaría orientada a establecer las posibles responsabilidades políticas y judiciales en los más altos mandos políticos y militares, que sobre la base de la doctrina de la defensa y de la seguridad nacional y en función a la obediencia debida de los subalternos, abrieron las compuertas para la detención arbitraria, secuestro, desaparición y ejecuciones extrajudiciales de cientos de inocentes que no pertenecían a las huestes terroristas o de la subversión, sino a la pacífica sociedad civil ajena al conflicto armado.

En estos casos, la sanción penal por los graves delitos de *lesa humanidad* debería contar con una jurisdicción especializada, que tendría un rol pacificador, de poner fin al largo ciclo de violencia estatal y promover la consolidación del Estado democrático y constitucional, a través de métodos judiciales igualmente democráticos y constitucionales.

Si bien el Poder Judicial es una de las instituciones más conservadoras de todo Estado de Derecho, debido a su naturaleza estabilizadora del orden jurídico, también es cierto que es una de las instituciones más permeables a sus presiones de diverso orden, donde sería encomiable que la dependencia a los poderes políticos y militares, sea sustituida por su dependencia a la Constitución y a la opinión pública democrática.

En igual sentido, el recientemente instalado Tribunal Constitucional tiene el desafío de ir construyendo su legitimidad, a través de resoluciones de caso límite, como en una virtual acción de inconstitucionalidad contra las leyes de amnistía; en donde se pondría en la balanza de la justicia constitucional, la sustitución de la excepcionalidad y el constitucionalismo de emergencia autoritario, por la constitucionalidad democrática de sus decisiones jurisdiccionales.

DOCTRINA

La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina

Martín Abregú

La impunidad no es solo cuestión de hecho sobre la persecución
en España de los crímenes de la dictadura militar argentina

Perfecto Andrés Ibáñez

Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana

César Landa Arroyo

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

-Justicia para la paz-

Elizabeth Odio Benito

El largo camino de la verdad

Felipe Michelini

Guatemala's national reconciliation law: combatting impunity or continuing it?

Margaret Popkin

La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas

-notas para la reflexión-

Wilder Tayler

AMICUS CURIAE

Memorial en Derecho, en calidad de *Amici Curiae*, del Centro de Estudios Legales
y Sociales (CELS), el Centre For Justice and International Law (CEJIL) s/ libertad
de expresión y calumnias e injurias a funcionarios públicos

Acción de Inconstitucionalidad de la Ley de Reconciliación Nacional presentado
por la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala

COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lecciones de las Américas: Lineamientos para una respuesta
internacional ante la amnistía de atrocidades

Douglass Cassel

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1996

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Actividades julio-diciembre 1996

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA ANTE LAS NACIONES UNIDAS
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1996-I)