

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMERICAIN 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 ABREGÚ	

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

LA TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA VERDAD EN LA ARGENTINA*

Martín Abregú

Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

INTRODUCCIÓN

El 3 de marzo de 1995 un día después de que se hicieran públicas las confesiones del ex-Capitán Auólfo Scilingo, los distintos sectores de la sociedad argentina reaccionaron de formas diversas. Tal vez aquellos que más fuertemente se manifestaron fueron el movimiento de derechos humanos y un determinado sector de la prensa; sin embargo, desde un primer momento pudo verificarse que las palabras de Scilingo habían llegado a muchos oídos, y poco a poco las sorprendentes conversaciones que tenían lugar en los bares y los comercios se iban a trasladar a los distintos marcos institucionales que todavía se mantenían demasiado silenciosos.

Una de esas instituciones que poco a poco pasaría a jugar un papel central en el debate en torno a la historia reciente argentina y las formas del terrorismo de Estado fue, otra vez, el Poder Judicial. Y cuando decimos "otra vez" nos referimos obviamente al destacado protagonismo de la Justicia durante los juicios seguidos a las Juntas Militares en el año 1985. Y, también al igual que en anteriores oportunidades, esta intervención del aparato judicial estuvo íntimamente vinculada al activismo del movimiento por los derechos humanos que, una vez más, fue a golpear la puerta de los tribunales.

En este artículo nos centraremos entonces en esta intervención judicial en la lucha por la verdad. Identificaremos, en primer lugar, las distintas

* Este artículo es una actualización del capítulo sobre "La tramitación de las causas judiciales sobre el derecho a la verdad", en Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina, 1995. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires 1996. p. 85 y sgtes.

razones y formas que moldearon la actuación de los tribunales y, en particular, detallaremos las distintas actividades realizadas por el CELS¹ en este sentido. Posteriormente enunciaremos los sinuosos contornos de la labor de la Justicia en este terreno, e intentaremos concluir nuestro análisis con una lectura política de la actuación del Poder Judicial.

LAS RAZONES QUE MOTIVARON UNA PRESENTACIÓN EN TORNO AL DERECHO A LA VERDAD

Frente al hecho consumado de las "confesiones" de Adolfo Scilingo, las opciones para los organismos de derechos humanos eran diversas y variadas. La primer disyuntiva residía en decidir si se optaba por un nuevo pero limitado repudio o si, en cambio, estábamos dispuestos, en esta lucha particular contra el más atroz sistema del crimen organizado, a aprovecharnos también de los servicios de un "arrepentido". Desde un primer momento estaban establecidos los límites de esta nueva alternativa; sin embargo, también se vislumbraban nítidamente las posibilidades que se nos abrían. La decisión fue inmediata y, al día siguiente a las declaraciones televisadas, ya existían las primeras repercusiones a favor de avanzar en la reconstrucción del pasado².

Una de las líneas de acción prontamente elegida fue, entonces, el Poder Judicial. Como es bien sabido, el Poder Judicial fue un actor central en la lucha contra la impunidad y por el castigo de las atroces violaciones a los derechos humanos cometidas en la Argentina durante la dictadura militar. En el transcurso de los primeros años de reinstalación de la democracia en la Argentina los tribunales fueron el ámbito elegido, por la mayoría de los sectores sociales, para juzgar los crímenes cometidos al amparo del terrorismo estatal. Poco a poco, sin embargo, los tribunales fueron desplazados por decisiones políticas no cuestionadas por los operadores del Poder Judicial. Así, las leyes de Punto Final y Obediencia Debida³ y los indultos presidenciales de 1989 y 1990, concluyeron con las investigaciones judiciales y las penas estatales contra los autores de los crímenes más aberrantes⁴.

1 Los abogados que trabajaron en estos casos fueron Alicia Oliveira, Carolina Fernández Blanco y el autor de este artículo.

2 El viernes 3 de marzo de 1995 el CELS emitió su primer comunicado de prensa en el que se hizo pública la política institucional respecto a las declaraciones de Scilingo.

3 Sancionadas el 23/12/86 y el 4/6/87, respectivamente.

4 El camino hacia la impunidad de los autores de los graves y atroces crímenes cometidos durante la dictadura militar fue un trayecto con diversos pasos, todos con el mismo objetivo. En primer término se sancionó la ley 23.492 de Punto Final (sanc. 23/12/86; prom. 24/12/86; publ. "B.O.":29/12/86) que regulaba una prescripción sumarísima para los procesos por violaciones a los derechos humanos. Textualmente el art. 1 de la ley decía:

La historia de la lucha por los derechos humanos y contra el terrorismo de Estado en nuestro país, entonces, está estrechamente relacionada con el aparato judicial. Sin embargo, desde aquel comienzo, mucha agua ha

Art. 1 -Se extinguirá la acción penal contra todo miembro de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias imputado por su presunta participación, en cual?, en delitos que pudieran haberse cometido con motivo u ocasión de hechos acaecidos en el arco de la represión, hasta el 10 de diciembre de 1983, que no fuere citado a prestar declaración indagatoria por tribunal competente dentro de los sesenta (60) días corridos contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, o que, habiéndolo sido con anterioridad, no se encuentre procesado ni lo fuere dentro de dicho plazo.

Sin embargo, los familiares y activistas de derechos humanos, más allá de criticar la nueva ley, se preocuparon por limitarla en sus efectos prácticos. Como relata Marcelo Sancinetti en su libro *Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial*:

"...en contra de lo esperado por el Gobierno -y por todo el mundo-, se produjeron innumerables procesamientos en el breve plazo que señalaba la ley, a pesar de que el presidente dictó un decreto (92, del 22/1/87), a fin de que el procurador general de la Nación impartiera ciertas "instrucciones" (ilegítimas) a los fiscales federales que tendiesen a lograr el menor número de procesamientos posibles (Res.2, del 3/2/87) (...) Hasta los propios jueces se vieron movidos, sin embargo, a dictar más procesamientos de los que deseaban; tantos, que la estrategia misma quedó neutralizada: lo que jurídicamente era una amnistía condicionada, políticamente no lo fue, precisamente porque se cumplió la condición que evitaba la amnistía, al menos respecto de muchos hechos".

"Entonces fue preciso una nueva estrategia amnistiante, pero por medio de una ley que, jurídicamente, era una sentencia absolutoria dictada por el Congreso. Con ello, quedó en evidencia que el alegado propósito del gobierno de "acelerar los juicios" y evitar "la prolongación de un estado general de sospecha e incertidumbre", era fraudulento; no había otro propósito que el de lograr un verdadero "punto final", que sólo iba a llegar después, por otra vía, fracasada ésta" (SANCINETTI, Marcelo: *Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1988, pp. 89/90).

Esta otra vía a la que se refiere Sancinetti fue la ley 23.521 de Obediencia Debida (Sanc. 4/6/87; prom. 8/6/87. publ. "B.O.": 9/6/87), que ampliaba hasta límites insospechados el alcance de este antiguo instituto del Derecho penal de modo tal de convertirlo en una herramienta que asegurara la impunidad de la mayor parte de los autores de crímenes atroces durante la dictadura.

Art. 1 -Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistieran como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles (...) por haber obrado en virtud de obediencia debida".

Esta ley entonces, era sin vueltas, una decisión legislativa sobre la culpabilidad de las personas que estaban siendo sometidas a proceso judicial para determinar su responsabilidad penal en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.

A pesar de los variados y significativos vicios constitucionales de ambas leyes, los tribunales (salvo honrosas excepciones, siempre revocadas por los tribunales superiores) acataron las ilegítimas instrucciones del Poder Ejecutivo emitidas en forma de ley. En vez de declarar la inconstitucionalidad de esta normativa, los jueces, incluyendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, optaron por aplicarla, consolidando así, a la vez, la política de impunidad oficial y el sometimiento de los tribunales a las decisiones del Ejecutivo, en vez de asumir su papel de órgano garantizador de derechos fundamentales.

corrido bajo el puente y los tribunales encargados de impartir justicia están hoy muy lejos de cumplir con su objetivo: el protagonismo judicial de los primeros años se fue diluyendo y actualmente las expectativas sociales acerca de la Justicia son, para importantes sectores de la población, mayormente negativas. En el ámbito específico de la lucha por el castigo a los culpables, las sucesivas claudicaciones de los tribunales frente a las leyes y los decretos de impunidad desdibujaron los laureles pasados.

No obstante el descrédito de los tribunales, obvias eran las razones que justificaban una presentación judicial que hiciera impactar de alguna forma en los tribunales el reconocimiento público de un ex-marino que confesaba haber asesinado alevosamente alrededor de 30 personas. En primer lugar, era imprescindible que los tribunales penales de algún modo reaccionaran ante semejante declaración pública. Sin embargo, nada ocurrió desde dentro de la estructura judicial y, por lo tanto, correspondía "dar traslado" a los tribunales de que un sujeto había confesado la comisión de crímenes atroces⁵. Por otro lado, y quizá más importante aún, era necesario que los tribunales reconocieran el lugar institucional que debían cubrir en lo referido a la protección de los derechos humanos y la investigación del terrorismo de Estado.

Las leyes de impunidad y los perdones presidenciales, sin embargo, parecían haber sepultado cualquier actividad o, al menos, así lo percibía el propio Poder Judicial, que no llegó a reaccionar por un impulso propio. Las sucesivas y definitivas decisiones judiciales clausurando los procesos iniciados contra los militares acusados de haber cometido los delitos más aberrantes, así como las convalidaciones de los indultos presidenciales, significaron, para muchos, el sin sentido de seguir acudiendo a los tribunales⁶.

El ciclo se cerró, después de la legalidad inconstitucional y la claudicación judicial, con los indultos presidenciales del Presidente Carlos Menem en 1989 y 1990, beneficiando con el perdón estatal también a los responsables máximos del Genocidio condenados en el histórico juicio seguido a las Juntas Militares y a quienes todavía habían quedado sujetos a algún proceso penal. La Justicia tampoco cuestionó la legitimidad de estos indultos.

5 Es importante destacar que, en la Argentina, el perdón oficial de los crímenes del terrorismo de Estado no tuvo las formalidades de una amnistía general que, de un modo explícito, cubriera con el manto de olvido lo ocurrido durante la dictadura. Por lo tanto, el hecho de que la aplicación de las leyes de impunidad debiera hacerse en cada caso concreto, obligaba a los agentes estatales a verificar si correspondía o no aplicar esta legislación en los supuestos ahora debatidos.

6 Es necesario destacar, en cualquier caso, que esta sensación de que no valía la pena continuar con el trabajo en los tribunales no fue unánime y, durante el período intermedio entre 1987 y 1995, existieron algunas presentaciones judiciales de los familiares haciendo diversos tipos de solicitudes a los tribunales. Entre ellas podemos mencionar, por ejemplo, el juicio que 16 familiares de víctimas de la represión

La imposibilidad de perseguir penalmente a los autores de estos delitos, sin embargo, no significaba, sin más, la clausura de cualquier otra intervención judicial. Por el contrario, el impacto social que habían tenido las declaraciones del ex-marino demostraban otra cuestión central en torno al terrorismo de Estado: el derecho de los familiares a conocer el destino final de sus seres queridos y el de la sociedad toda en conocer con detalle la metodología utilizada por la dictadura militar para exterminar a decenas de miles de argentinos. Fue esta necesidad de saber (en sus dos aristas, la personal de los familiares y la colectiva de la comunidad en general) la que hizo su presentación ante los tribunales alegando el "Derecho a la Verdad".

Las confesiones de Scilingo eran demasiado concluyentes y detalladas para pasar desapercibidas y una mención específica que refería haber visto en la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) a las monjas francesas Alice Domon y Leonie Duquet, motivó al representante de los causahabientes de Alice Domon a solicitar al tribunal que interviniera en el proceso judicial iniciado por la desaparición de las religiosas y que fuera interrumpido por la ley de obediencia debida. En su presentación, los familiares solicitaban al tribunal que ordenara a la Armada Argentina y al Presidente de la Nación -en su carácter de Comandante en Jefe de las tres fuerzas- la remisión de las listas de todas las personas que en algún momento se encontraron detenidas en ese centro y que informe cuál fue el destino final de cada una de ellas. El tribunal respondió positivamente al pedido de libramiento de los oficios; sin embargo, ya desde este primer momento pudieron identificarse las motivaciones de diversa índole que justificaban el pedido de informes: desde una suerte de jurisdicción residual a razones de carácter meramente humanitarias.

El CELS decidió entonces iniciar una serie de causas judiciales destinadas a lograr la continuación de las investigaciones. Estas presentaciones, a diferencia de las anteriores, se fundaban explícitamente en el Derecho a la Verdad como un derecho subjetivo de los familiares y un derecho de los pueblos a conocer su historia. Para el caso de los desaparecidos, estos escritos alegaban también el "Derecho al Duelo" de los familiares, a partir del reconocimiento de esta práctica como uno de los pilares de la cultura occidental sobre la muerte. Una vez que estuvo tomada la decisión acerca de la

institucional siguen desde hace años contra el Estado argentino, solicitando información acerca de la organización del terrorismo de Estado, los juicios que algunos familiares -aun antes de la sanción de las leyes de indemnización- siguieron reclamando por una compensación económica por la desaparición de sus seres queridos, o el caso Logoluso, donde la familia de un desaparecido se presentó ante los tribunales exigiendo explicaciones por la aparición, con la apertura de los "Archivos del Terror" en el Paraguay, de un documento donde constaba la entrega de seis personas con vida a las autoridades argentinas.

necesidad de realizar una presentación judicial y el tenor que ella debía tener, todavía restaba definir algunas otras cuestiones de importancia.

LA SELECCIÓN DE LOS CASOS

Desde un primer momento quedó establecido que los casos a elegir para la realización de nuestra presentación judicial debían ser "casos testigo", es decir, que fueran el testimonio de la práctica criminal sistemática que gobernó el accionar de las Fuerzas Armadas argentinas entre 1976 y 1983, y que, a la vez, fueran casos en los que, por su similitud con miles de otros, los resultados pudieran ser aprovechados para la tramitación de otros pedidos.

Más allá de esta pauta fundamental, los casos a elegir también debían contar con una relación estrecha con los hechos denunciados por Scilingo y, posteriormente, por los demás "arrepentidos" que realizaron otras revelaciones. Si partíamos del hecho de estas confesiones para realizar nuestra petición, era central que existiera una relación directa entre esa confesión y los hechos que pedíamos se investigaran.

El último requisito que debían reunir los casos era que tuviésemos legitimación para presentarnos ante los tribunales, esto es, que pudiéramos demostrar un interés subjetivo en la causa.

En esta línea de trabajo, el primer caso seleccionado fue el de Mónica Candelaria Mignone, hija de Emilio F. Mignone, Presidente del CELS. Mónica Candelaria trabajaba como catequista en la Villa del Bajo Flores y fue secuestrada en su domicilio por personal de la Armada, el 14 de mayo de 1976. Posteriormente se supo que estuvo detenida en el Centro Clandestino que funcionaba en el Casino de Oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA). La desaparición de Mónica Mignone fue investigada en el marco de la causa N° 761 denominada "Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)". Del fallo, producto del Juicio a las Juntas Militares en 1985, surgía la necesidad de investigar a los subordinados que cometieron los hechos aberrantes y atroces durante la dictadura de 1976, centrándose la mencionada causa en aquellos que operaban en el ámbito de la ESMA. Con estos antecedentes esta causa cumplía con todos nuestros requisitos, puesto que estaba íntimamente vinculada a las declaraciones de Scilingo, a la vez que representaba un ejemplo clásico de cómo funcionaba el aparato represivo. Finalmente, la figura pública de Emilio Mignone favorecería la publicidad de nuestra presentación.

En el mismo sentido, el segundo caso fue el de Alejandra Lapacó, hija de Carmen Aguiar de Lapacó, Madre de Plaza de Mayo y miembro de la Comisión Directiva del CELS. Alejandra Lapacó, estudiante de antropolo-

gía, fue secuestrada, junto con su madre, el 17 de marzo de 1977. Madre e hija estuvieron detenidas en el Centro Clandestino conocido como "Club Atlético", ubicado en Paseo Colón y Juan de Garay, a cargo de la Policía Federal pero dependiente en forma directa del Cuerpo I de Ejército. Carmen Aguiar de Lapacó fue liberada el 19 de marzo de ese mismo año. Cuando, después de las declaraciones de un oficial del Ejército Argentino reconociendo las atrocidades cometidas por esa fuerza, hubo que elegir un caso que impulsara la investigación sobre este cuerpo, realizamos entonces nuestra presentación, representando a Carmen Aguiar de Lapacó, en la denominada causa "Suárez Mason, Carlos Guillermo s/privación ilegal de la libertad, homicidio, etc." Suárez Mason era Jefe del Cuerpo I de Ejército, con asiento en la Capital Federal y como tal se encontraba a cargo del Comando de Zona I que tenía "jurisdicción sobre la casi totalidad de la provincia de Buenos Aires, sobre la de la provincia de La Pampa y... sobre la propia Capital Federal"⁷. De esta manera, Suárez Mason era el responsable directo de todas las acciones represivas en su zona, encontrándose, entre ellas, la dirección de los Centros Clandestinos de Detención.

En este trabajo detallaremos en forma excluyente la tramitación de estas dos causas⁸, como una introducción al dictamen del Procurador General de la Nación que se acompaña y que significa la más reciente y trascendente decisión en este tema.

LOS ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LAS PETICIONES

Como ya ha sido explicado anteriormente, las presentaciones se fundamentaron en el Derecho a la Verdad de los familiares y la sociedad argentina en su conjunto; esto es, en el derecho a saber y conocer qué pasó con cada una de las personas desaparecidas y a obtener toda la información referida a la metodología y la organización del terrorismo de Estado. El punto de partida, entonces, era el ejercicio de un derecho de los peticionantes. En cualquier caso, lo novedoso del planteo mereció un desarrollo de cada uno de los argumentos jurídicos y fácticos que avalaban la petición.

7 MITTELBAACH, Federico: *Sobre desaparecidos*. Ed. La Urraca Buenos Aires, 1985 (p. 11).

8 Existieron simultáneamente otras causas en las que se solicitó información sobre la suerte de los desaparecidos u otras actividades criminales durante la dictadura militar. Sin embargo, hemos preferido limitarnos a estas dos causas debido a que fueron las únicas que alegaron en forma explícita y fundamentada el derecho a la verdad en el marco de un proceso penal, que es el objetivo de este capítulo.

a) El Derecho internacional de los derechos humanos

La principal línea de argumentación utilizada fue el Derecho internacional de los derechos humanos y su extenso desarrollo sobre la desaparición forzada de personas. A lo largo de cada una de las peticiones, se detalló la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia⁹ y se le exigió al Estado argentino que cumpliera con sus obligaciones internacionales. En este sentido, se expusieron, entre otras, las numerosas decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos reconociendo el derecho de los familiares a conocer el paradero final de los desaparecidos y la obligación de los Estados Partes de investigar las violaciones a los derechos humanos hasta la averiguación de toda la verdad. En el ámbito internacional, el concepto de Derecho a la Verdad se había ya utilizado en algunas ocasiones, especialmente en trabajos académicos; sin embargo, este concepto no había tenido aún un desarrollo por parte de los tribunales locales. De este modo, se buscaba introducir un concepto proveniente del ámbito internacional para su aplicación por parte de los tribunales locales¹⁰.

La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en la jurisdicción local tiene, en el caso argentino, un limitado pero sistemático desarrollo, especialmente en el caso de los tribunales del orden federal: desde la incorporación de los más importantes tratados sobre derechos humanos al orden jurídico interno después de 1983, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia inició un importante recorrido para imponer la tutela judicial doméstica de los derechos protegidos internacionalmente.

Sin embargo, en nuestro caso, nos enfrentábamos ante el problema extra de que no se trataba de lograr la aplicación del texto de un tratado, sino

9 Un fundamental aporte extra en este sentido fue el Memorial en derecho presentado en calidad de *amici curiae* por *Human Rights Watch/Americas* (anteriormente *Americas Watch*) y el *Center for Justice and International Law* (CEJIL) en el que esta cuestión fue analizada en forma exhaustiva y actualizada.

10 Se ha sostenido que la utilización de principios y obligaciones del Derecho internacional de los derechos humanos en causas que tramitan ante los tribunales nacionales es actualmente uno de los mayores desafíos que debe ahora encarar: después de la acelerada evolución de los principios de los derechos humanos a partir de la Declaración Universal y los posteriores documentos internacionales que convirtieron al individuo en un sujeto de la normativa internacional resulta ahora necesario desarrollar los mecanismos dentro del ámbito local, que permitan que cualquier individuo pueda beneficiarse con la aplicación de este Derecho por parte de los tribunales nacionales. Si bien es cierto que cada vez son más los tribunales nacionales –sobre todo los superiores– que utilizan el texto de los tratados internacionales al momento de redactar sus decisiones, este comportamiento sigue siendo esporádico y generalmente se reduce a la cita del tratado como un argumento más para sostener una decisión sustentada primordialmente en la legislación local.

de los desarrollos jurisprudenciales sobre el delito de desaparición forzada de personas y los comentarios doctrinarios en torno al derecho a la verdad reclamado. No obstante, algunos importantes antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema, así como la reforma constitucional de 1994 que otorgaba jerarquía constitucional a los principales tratados internacionales sobre derechos humanos, eran un buen punto de partida. Los resultados obtenidos, aunque zigzagueantes, demostraron que la estrategia fue acertada.

En síntesis, podemos decir que el principal argumento enunciado fue la obligación internacional del Estado argentino de investigar el destino de los desaparecidos e informar toda la verdad a los familiares y la sociedad argentina en general. Paralelamente al planteo de la obligación, se destacó la responsabilidad internacional y la posibilidad de que la Argentina fuera encontrada responsable de una nueva violación a los derechos humanos de las víctimas si no accedía a la solicitud de que se llevara adelante una investigación. Esta posibilidad todavía sigue vigente.

b) La Constitución Nacional

Más allá de la referencia específica al Derecho internacional de los derechos humanos, el otro punto de apoyo fuerte de la presentación de la Constitución Nacional argentina y su categórica protección de los derechos humanos por parte de los tribunales (art. 116 CN¹¹).

La Constitución Nacional argentina obviamente no hace ninguna referencia explícita el Derecho a la Verdad; no obstante, se sostuvo que el mismo está implícito en la forma republicana de gobierno, reconocido por el art. 33 de nuestra carta magna. En este sentido, se hizo especial hincapié en la íntima vinculación existente entre las instituciones republicanas y el derecho de la sociedad a saber toda la verdad sobre su pasado reciente, así como en la necesidad de proteger el derecho de los familiares en conocer el destino final de los desaparecidos.

Además, la Constitución también fue sistemáticamente citada como el marco institucional en el que el Poder Judicial debe intervenir para proteger los derechos de las personas, surjan estos de las normas locales o, como en nuestro caso, de las internacionales.

11 El artículo 116 de la Constitución Nacional argentina dispone que "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras..."

c) El Derecho a la Verdad y el Derecho al Duelo

Un aspecto importante de las peticiones fue que ellas se sustentaron sobre la exigencia de poder ejercer dos derechos individuales de los familiares –más allá de que estos mismos derechos también reconocen una dimensión social que debe gozar de igual tutela–: el Derecho a la Verdad y el Derecho al Duelo. Desde este punto de vista, lo que se planteaba era que los familiares tenían derechos que la Justicia argentina no podía desconocer. De este modo la necesidad de investigar dejaba de ser un mero interés de algunos involucrados para convertirse en materia específica de los tribunales. La apelación a estos derechos era la única forma de asegurar que los tribunales tuvieran que expedirse sobre los reclamos¹².

En lo referido específicamente al Derecho al Duelo, la argumentación se sustentó tanto en la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos ya mencionada, como así también en numerosas disposiciones de orden interno que daban cuenta del respeto jurídico-legal por el cuerpo de las personas fallecidas. Se alegó entonces que ese tratamiento que se le daba al cuerpo humano respondía a un valor social que debía ser especialmente resguardado en el caso de las personas desaparecidas. Este planteo era de singular importancia considerando las declaraciones de Scilingo, quien había relatado cómo arrojaban desde un avión a personas en estado de inconsciencia, sobre el Río de la Plata. El detalle de esta atroz práctica exigía la determinación cierta acerca de la suerte que habían corrido los cuerpos de los desaparecidos. Para demostrar la importancia social que tiene el ritual del duelo en nuestras civilizaciones, se citaron diversos trabajos de índole antropológico que daban cuenta de la tradición milenaria que reconoce el duelo como pauta cultural.

d) La trascendencia institucional de las cuestiones planteadas

Otra línea argumental desarrollada fue la trascendencia institucional de las cuestiones en debate. Se puso de manifiesto que en estos casos se trataba esencialmente de continuar con la todavía inconclusa tarea de determinar qué había pasado en la Argentina entre los años 1976 y 1983. No

12 Para una detallada presentación de los derechos en juego y la obligación internacional del Estado ver el MEMORIAL EN DERECHO AMICUS CURIAE PRESENTADO POR HUMAN RIGHTS WATCH/AMERICAS Y EL CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL) A LA EXCMA. CAMARA FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL (ARGENTINA) EN EL ASUNTO MIGNONE, EMILIO F. S/ PRESENTACION EN LA CAUSA NRO. 761 "HECHOS DENUNCIADOS COMO OCURRIDOS EN EL AMBITO DE LA ESCUELA SUPERIOR DE MECANICA DE LA ARMADA (E.S.M.A.)" (publicado en esta misma revista, Nro. 217 Enero-Junio 1995, p. 149 y sgtes).

eran, entonces, un par de casos aislados sino terribles ejemplos de los crímenes cometidos durante ese período. De esta manera, se insistió en que la verdad completa acerca de lo ocurrido y la respuesta a los pedidos de los familiares, eran obligaciones categóricas de un Estado de Derecho.

También se destacó la necesidad de un protagonismo judicial a la altura de las necesidades, esto es, que erigiera a los tribunales como los garantes de los derechos humanos. El Poder Judicial debe ser el bastión a donde recurrirán los individuos para la protección de sus derechos. Una negativa de los jueces a actuar en estos pedidos significaría entonces el condenar a los familiares a un nuevo olvido institucional.

e) La factibilidad de continuar con las investigaciones

El último punto que nos interesa destacar aquí es aquel que estaba destinado a evitar una negativa por parte del tribunal alegando que no existían posibilidades reales de continuar con las investigaciones. En la Argentina se habían investigado las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura por dos vías claramente identificadas. En primer lugar, con el Informe "Nunca Más", publicado por la Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas (CONADEP). Este informe, conocido por todos, recogió el testimonio de las víctimas y sus familiares y describió con detalle el horror de la metodología utilizada por el Terrorismo de Estado. Por otra parte, en la tramitación de los procesos judiciales en los que se investigaban los crímenes denunciados, se tomaron algunas declaraciones a los militares involucrados y se recogió documentación adicional. Sin embargo, estos procesos quedaron estancados con las leyes y los decretos de impunidad.

Es posible concluir, entonces, que no existe aún en la Argentina una investigación oficial seria y profunda de los crímenes cometidos que, a diferencia del valioso legado de la CONADEP, no esté sustentada sobre la información aportada por las víctimas si no sobre la información recogida por las oficinas estatales a través de los mecanismos tradicionales para la averiguación de los delitos. Esta asignatura pendiente es la que justificaba nuestras presentaciones.

Pero esta ausencia de investigación no debe ser confundida con la imposibilidad de realizarla. Muy por el contrario, existen numerosas y valiosas fuentes de información sobre la metodología del terrorismo de Estado que nunca han sido aprovechadas—entre ellas, una de las principales es, obviamente, los testimonios de los partícipes, como el caso del ex-Capitán Scilingo. Incluso durante la tramitación de los procesos por violaciones a los derechos humanos que concluyeron con la Ley de Obediencia

Debida en 1987, se recolectó alguna información sumamente valiosa que nunca fue debidamente procesada y continuada. Al momento de la tramitación de las causas, en la mayoría de los casos sobraba evidencia respecto a la participación de los imputados y, por tal motivo, en ningún caso fue necesario profundizar en las investigaciones. Cuando quedó establecido que ya no podría perseguirse a los autores, los expedientes fueron archivados y las pruebas olvidadas.

Para demostrar entonces, que era posible continuar con las investigaciones, hubo que destacar, una vez más, el aparato burocrático con el que trabajara el terrorismo de Estado en la Argentina entre 1976 y 1983. En este sentido, se insistió con la tesis, tempranamente denunciada por los organismos de derechos humanos de Argentina ya por los años 79-80, de que la violencia estatal en la Argentina no era un descuido, sino todo lo contrario, un aparato represivo organizado con reglas internas muy claras y establecidas de acuerdo con las formalidades propias de este para-Estado. Se sostuvo, además, que estas reglas eran en gran medida escritas y que se llevaba un registro de cada desaparición, asesinato o detención ilegal a las que se sometía a miles de personas.

Muchas de estas evidencias —esto es, pruebas recogidas durante la tramitación de la causa que no fueron utilizadas para averiguar la verdad una vez que se concluyó con la persecución penal de los imputados—, fueron recuperadas por investigadores del CELS e incorporadas a la presentación de Mignone en la causa ESMA. El repaso de las declaraciones de los imputados y otros testimonios y documentos acompañados en la causa, fueron una valiosísima fuente de información acerca de la organización burocrática del terrorismo de Estado en la Argentina y, más importante aún, echaban luz acerca de eventuales nuevas fuentes de evidencias. Todo ello nos permitió concluir en nuestros escritos que existían numerosas y diversas diligencias que los tribunales podían —y debían— ordenar con el objeto de determinar el paradero de las personas desaparecidas.

La consigna de las presentaciones entonces era clara: no sólo el Derecho a la verdad es un derecho humano que debe ser protegido por los tribunales, sino que además aquí les ofrecemos diversas fuentes de información y les solicitamos realicen las diligencias necesarias para avanzar en la investigación.

LA ELECCIÓN DEL TRIBUNAL

Otra opción previa a la presentación de las peticiones fue la elección del tribunal. Al momento de tomar la decisión, sólo se había realizado la presentación del abogado de las monjas francesas, y el resultado había sido parcial-

mente bueno. Este escrito se había presentado ante la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, el mismo tribunal que se había hecho célebre por el Juicio a las Juntas Militares, en 1985, y donde posteriormente tramitaron muchas de las más importantes causas por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura¹³. Es importante destacar, en cualquier caso, que si bien se trata del mismo tribunal, no son los mismos los jueces que intervinieron en aquellos procesos históricos y los que hoy forman parte de este cuerpo colegiado. Durante estos años la composición del tribunal se había modificado sensiblemente. La petición realizada por las monjas francesas, entonces, solicitaba que la Cámara interviniera en su carácter de tribunal que había realizado las investigaciones por la desaparición de las monjas. Ante esta solicitud, el tribunal entendió, con motivaciones distintas por parte de los jueces, que debía hacerse lugar al pedido de elevar una consulta a la Armada en relación con las declaraciones de Scilingo sobre la suerte de las religiosas.

Con estos antecedentes, parecía en gran medida razonable continuar con las presentaciones ante la Cámara Federal; no obstante ello, había argumentos para optar por alguna otra alternativa. En primer lugar, la decisión de la Cámara Federal ante el pedido de las familias de las monjas había sido ambigua, y no surgía de ella claramente cuál era la posibilidad cierta de que este tribunal se decidiera en forma inequívoca por la continuación de las investigaciones. En segundo término, existía también la posibilidad de incursionar en otras ramas de la estructura judicial que, al no haber intervenido en los procesos anteriores y no haber convalidado las leyes de impunidad, podían conocer en estos pedidos de una forma más imparcial¹⁴.

Entre estas posibilidades fueron dos las más evaluadas. 1) la presentación de un amparo en sede contencioso-administrativo alegando la falta de protección judicial del Derecho a la Verdad, y 2) la presentación de un pedido de *habeas corpus* ante el juez penal de turno. En el primer caso la alternativa resultaba sumamente atractiva por lo novedoso del planteo tanto

13 Este tribunal intervino en esas causas como tribunal de revisión de la Justicia Militar que se abocó al estudio de las causas luego de un plazo de tiempo que era el estipulado por la ley 23.049 para la actuación de la justicia militar. Esta intervención *ad-hoc* de la Cámara, entre otras características, regulaba que en estos casos entendería el tribunal en pleno, es decir juntándose las dos salas que lo conforman. Debido a estas disposiciones, entonces, los jueces intervinientes en estas causas eran 6.

14 Otra alternativa era la realización de algún pedido de índole administrativo ante alguna oficina estatal dependiente del Poder Ejecutivo; sin embargo, esta posibilidad fue dejada de lado debido a la importancia que se le había dado a la intervención judicial en el tema. Además, al no existir un procedimiento administrativo específicamente regulado para la tramitación de un pedido de este tipo, era casi una certeza que las peticiones encontrarían serios obstáculos burocráticos para su tramitación.

desde un punto de vista jurídico como político; sin embargo, la tradicional reticencia de nuestros tribunales a hacer lugar a pedidos de amparo, sumada a la dificultad de prever una eventual decisión a nuestra solicitud, nos inhibió de realizar, en ese momento, una presentación de este tipo.

En el caso del pedido de *hábeas corpus* la decisión era más compleja. Por un lado, la utilización de esta herramienta judicial había sido una de las principales formas de lucha contra la dictadura y, por lo tanto, la reactivación de esta metodología resultaba oportuna. Por el otro, ya habían existido rechazos a *hábeas corpus* anteriores a las confesiones de Scilingo en los que los tribunales no hacían lugar al pedido alegando que había ya transcurrido un largo período desde el momento de la desaparición. Si bien el texto constitucional argentino de acuerdo con su redacción de 1994 permite realizar un análisis que favorezca la tramitación de *hábeas corpus* por desaparición forzada a pesar del paso del tiempo¹⁵, parecía en cierta medida demasiado arriesgado realizar un pedido con este carácter que, de ser rechazado, quedaría como un mal precedente para cualquier otra presentación posterior¹⁶.

La presentación de nuestro pedido ante el mismo tribunal que ya había hecho lugar a la solicitud de las familias de las monjas francesas, parecía, por el contrario menos riesgosa. Un día antes de la presentación, sin embargo, la noticia de que el tribunal había rechazado un pedido realizado por familiares de Esther Ballestrino de Careaga, para constituirse como querellantes y solicitando se citara a declarar al exPresidente de facto Reinaldo Bignone, tornaba el panorama un poco más sombrío. No obstante, la diferente calidad de nuestra presentación, sustentada en forma excluyente en los derechos de los familiares y el Derecho internacional de los derechos humanos, así como la distinta actitud investigativa que solicitábamos del tribunal

15 El nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente la posibilidad de tramitar una acción de *hábeas corpus* en los casos de desaparición forzada de personas. La mención expresa de este supuesto en el texto constitucional –a todas luces innecesario si se tratara solamente de reconocer su procedencia– debe interpretarse como la existencia de un trámite especial de esta acción en estos casos. Entre las particularidades del trámite del *hábeas corpus* en estos supuestos, sostenemos, debe reconocerse la necesidad de una investigación de carácter mucho más exhaustiva por parte del tribunal, así como el hecho de que la posibilidad de realizar estas presentaciones no prescribe por el mero paso del tiempo mientras la persona continúe desaparecida. Estas particularidades surgen del instituto mismo del *hábeas corpus* y de las particularidades de la detención ilegal en el caso de la desaparición forzada.

16 La acción de *hábeas corpus* fue el mecanismo utilizado por la agrupación Hijos por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio (H.I.J.O.S.) el 24 de marzo de 1996, al cumplirse el 20 aniversario del golpe de estado de 1976. En esa oportunidad, varias decenas de hijos de desaparecidos presentaron a la justicia un *hábeas corpus* para conocer el paradero de sus padres.

—que no incluía la citación de militares sino que apuntaba a la profundización de las pruebas ya existentes—, eran razones de peso que probablemente sirvieran para diferenciar nuestro pedido del rechazado.

Finalmente, el importante peso político de este tribunal y, en particular, su destacada intervención durante los juicios por violaciones a los derechos humanos a partir de 1985 —a pesar de que la Cámara estuviera integrada por otros jueces— eran dos razones sumamente importantes para lograr la buscada intervención judicial en una cuestión tan trascendental para nuestro país. Si nuestros tribunales estaban dispuestos a recuperar el protagonismo de tiempos anteriores, la Cámara Federal era el ámbito adecuado para iniciar este recorrido.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Una cuestión central para la tramitación de estos procesos, era la determinación del alcance de la reactivación de la investigación que se solicitaba. En este sentido, muchos sostuvieron —y entre ellos, como veremos más adelante, algunos de los jueces del tribunal— que no debían reanudarse las investigaciones porque la aplicación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida impedían continuar con los procesos. Sin ignorar la existencia de esta legislación que inhibía la realización de la justicia como tal —y dejando expresa mención de los vicios de toda índole que entendemos gobiernan esas leyes—, el planteo de los familiares era de distinto tenor: no se solicitaba la reanudación de los procedimientos con el objeto de sancionar a los culpables sino que el pedido se agotaba en la determinación de todos los hechos que rodearon la comisión de los delitos que debían investigarse.

La discusión, entonces, giraba en torno a la finalidad misma del procedimiento penal. Para aquellos que entienden que el procedimiento penal sólo está destinado al castigo de los autores, no existía ninguna razón para reanudar una investigación que sólo podía eventualmente incriminar a quienes habían sido eximidos de responsabilidad penal por las mencionadas leyes.

Desde otro punto de vista, en cambio, también era una finalidad del procedimiento la averiguación de la verdad, no como antecedente necesario de la pena, sino como un objeto en sí misma. De acuerdo con esta doctrina, nada impedía continuar con las investigaciones para determinar la comisión o no de un delito y quiénes habían sido sus autores, más allá de que no correspondiera posteriormente aplicarles pena alguna. Para comprender cabalmente esta postura debe partirse de la base de que nos estábamos refiriendo a crímenes atroces y aberrantes que jamás habían sido investigados

por la Justicia. Desde este punto de vista, más allá de cualquier ley de impunidad, existe un derecho de la ciudadanía a conocer con detalle cuáles fueron estos crímenes y quiénes los cometieron. En este sentido, la figura de la víctima es un sujeto central de este tipo de procedimiento para la averiguación de la verdad, puesto que es ella quien más siente la necesidad de conocer lo ocurrido. En el supuesto del delito de desaparición forzada de personas, la angustia de los familiares es aún mucho mayor, puesto que ni siquiera conocen por qué se detuvo a su ser querido, cómo pasó sus últimos días, cómo murió y dónde está su cuerpo. En estos casos, la falta de una investigación que determine el paradero final de los desaparecidos significa, de alguna manera, una convalidación retroactiva de esta metodología, ya que con la utilización de esta práctica aberrante se buscaba expresamente el martirio de los familiares. De este modo, la falta de una investigación posterior que conteste a la pregunta básica de "¿Dónde están?", constituye la perpetuación del dolor extra perseguido por los asesinos. En estos casos, entonces, es más que nunca imprescindible continuar con la investigación penal que conteste esta necesidad de las víctimas.

Un elemento adicional para evaluar las razones que justifican la continuación de la investigación penal, es el hecho de que no existan otras vías institucionales idóneas para la averiguación de los delitos. La respuesta civil no sólo no es idónea sino que está destinada a la realización de otros fines. La vía administrativa, por otra parte, si bien puede ser parcialmente adecuada tampoco parece contar con las herramientas necesarias para la investigación de un acto criminal. En síntesis, puede decirse que, en tanto no exista un procedimiento *ad-hoc* destinado a la investigación de estos hechos, la investigación penal es la forma adecuada para la investigación de los delitos. En este sentido, no debe olvidarse que, tal como lo reconociera la Cámara Federal en algunas de sus decisiones, la averiguación de la verdad es uno de los fines estructurales del procedimiento penal.

Una cuestión adicional debatida en torno a la averiguación de la verdad y el procedimiento penal fue el argumento de que reactivar las investigaciones violaría la prohibición de doble juzgamiento, esto es, el principio del *ne bis in idem*. Para algunos –y este fue el argumento del juez Luraschi en su decisión del 18 de julio que más adelante analizaremos–, una interpretación amplia de este principio inhibe al tribunal de reanudar las investigaciones puesto que ello significaría una doble persecución sobre la persona del imputado que ya ha sido absuelto por la aplicación de las leyes de impunidad. Desde un primer momento entendimos que esta teoría no tenía ningún fundamento. Al reactivarse la investigación, de ningún modo se estaba reanudando también la persecución penal contra los ex-imputados: ellos desgraciadamente contaban con la impunidad que les habían otorgado las leyes anteriores y que de ninguna manera iban a ser dejadas a un lado por el solo

hecho de la averiguación de la verdad. Aun en el caso en que algún imputado fuera citado a declarar, este testimonio no sería brindado en calidad de imputado o procesado sino de mero informante, en una declaración similar a la de cualquier testigo. Sería absurdo sostener que no podemos “molestar” al sospechado por la comisión de un delito para que nos informe sobre la comisión de un delito –incluso en el caso de que su testimonio lo involucre, puesto que de ningún modo podrá ser perseguido–, cuando diariamente perseguimos e intimamos a los testigos para que se presenten en los tribunales a dar su versión de los hechos. En este sentido, la prohibición del *ne bis in idem* no puede significar un privilegio para el imputado por sobre cualquier otro testigo a la hora de ser requerido por los tribunales para aportar sus conocimientos sobre una causa. En este sentido es importante determinar con exactitud el alcance de la prohibición del *ne bis in idem*. Esta no significa un privilegio para el imputado por sobre cualquier otro testigo a la hora de ser requerido por los tribunales para aportar sus conocimientos sobre una causa. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es clara en este punto al explicar que la “garantía no veda únicamente la aplicación de una sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la *exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho*”¹⁷. Como surge de lo dicho por la Corte, el mero hecho de interrogado o investigado de cualquier otra forma en una causa en la que no existe el riesgo de una eventual condena penal, no significa en ningún caso una violación a la prohibición del doble juzgamiento. Esta línea argumental fue finalmente receptada y completada por el Procurador General en el dictamen que se adjunta.

LA TRAMITACIÓN DE LAS PETICIONES: CRONOLOGÍA Y VAIVENES JURÍDICOS

La primer presentación realizada por los abogados del CELS, en abril de 1995 fue la de Emilio Mignone en la denominada causa ESMA (hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada, causa No. 761) que tramita ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires. En su pedido, Emilio Mignone solicitaba conocer el destino de su hija Mónica, desaparecida el 14 de mayo de 1976. El caso de Mónica Mignone se había investigado originariamente en esta causa, debido a que existen fuertes indicios que permiten afirmar que estuvo detenida en ese centro clandestino. Los familiares de Mónica, en su oportunidad, ya se habían presentado en la causa solicitando medidas e impulsando la acción penal –hasta la sanción de la ley de Obediencia Debida–, razón por la cual no fue necesario argumentar sobre la legitimidad del Sr. Mignone para presentarse en el expediente.

17 Caso Taussig, Jorge F., publicado en La Ley 1991- E. El destacado es nuestro.

Esta presentación se vio retroactivamente fortalecida por la decisión de la Cámara Federal del 20 de abril de 1995. La Cámara accedió a dicha petición, disponiendo librar oficio al Jefe de Estado Mayor de la Armada para que informe y documente la desactivación del Grupo de Tareas No. 3; haga saber si los archivos pertenecientes a tales grupos pasaron al GOEA –dependiente de la Jefatura de Inteligencia– y, en caso afirmativo, remita la totalidad de la documentación al tribunal. Resolvió igualmente enviar otro oficio al mismo funcionario a fin de que arbitre los medios necesarios para profundizar la obtención de esos datos o, en su defecto, inicie la reconstrucción de los registros que permitan esclarecer la suerte de las personas que estuvieron detenidas en el ámbito de la ESMA y, en especial, la identidad y el destino de los niños nacidos en cautiverio en dicha sede. Finalmente, decidió tener presentes las restantes medidas propuestas para su eventual diligenciamiento de acuerdo con el resultado de las anteriormente indicadas. Esta decisión de la Cámara se logró con una mayoría de tres votos (los de los Dres. Horacio Cattani, Martín Irurzun y Eduardo Luraschi), contra dos que votaron en minoría (los Dres. Cortellezi y Raúl Vigliani) alegando la imposibilidad de continuar con las investigaciones –el sexto miembro del tribunal, la Dra. Riva Aramayo, estaba en el momento de la resolución de licencia por enfermedad.

La respuesta del tribunal fue el reflejo perfecto de las cuestiones que se buscaba plantear con la presentación judicial. En los considerandos de los votos de la mayoría y la minoría, quedó claramente establecido que la discusión jurídica giraba en torno a la protección del derecho a la verdad, mientras que la de las cuestiones de hecho se refería a la posibilidad o no de continuar con las investigaciones. Ya no existía la posibilidad de dar una respuesta de carácter meramente humanitario. Más allá de las diligencias concretas a realizar lo que ahora sí había quedado expresamente establecido era que la Justicia debía resolver si estaba dispuesta a tutelar el derecho de los familiares y la sociedad en su conjunto a conocer el paradero final de los desaparecidos. Es en este contexto en el que la decisión de la mayoría, al ordenar al Jefe del Estado Mayor de la Armada que arbitre los medios necesarios para profundizar la obtención de esos datos o, en su defecto, inicie la reconstrucción de los registros que permitan esclarecer la suerte de las personas que estuvieron detenidas en el ámbito de la ESMA, adquiere su trascendental relevancia. En el mismo sentido, el expreso reconocimiento del Derecho a la Verdad y el Derecho al Duelo de los familiares, es sin ningún lugar a dudas un punto de inflexión en lo que se refiere a la protección judicial de estos intereses. Por el contrario, la negativa de los miembros que votaron por minoría, si bien coincidieron con algunos de los argumentos de la mayoría, demostró la reticencia de algunos de los miembros del tribunal a involucrarse en esta materia. En cualquier caso, esta decisión significó la definitiva intervención de la institución judicial en un debate que ya estaba

Esta presentación se vio retroactivamente fortalecida por la decisión de la Cámara Federal del 20 de abril de 1995. La Cámara accedió a dicha petición, disponiendo librar oficio al Jefe de Estado Mayor de la Armada para que informe y documente la desactivación del Grupo de Tareas No. 3; haga saber si los archivos pertenecientes a tales grupos pasaron al GOEA –dependiente de la Jefatura de Inteligencia– y, en caso afirmativo, remita la totalidad de la documentación al tribunal. Resolvió igualmente enviar otro oficio al mismo funcionario a fin de que arbitre los medios necesarios para profundizar la obtención de esos datos o, en su defecto, inicie la reconstrucción de los registros que permitan esclarecer la suerte de las personas que estuvieron detenidas en el ámbito de la ESMA y, en especial, la identidad y el destino de los niños nacidos en cautiverio en dicha sede. Finalmente, decidió tener presentes las restantes medidas propuestas para su eventual diligenciamiento de acuerdo con el resultado de las anteriormente indicadas. Esta decisión de la Cámara se logró con una mayoría de tres votos (los de los Dres. Horacio Cattani, Martín Irurzun y Eduardo Luraschi), contra dos que votaron en minoría (los Dres. Cortellezi y Raúl Vigliani) alegando la imposibilidad de continuar con las investigaciones –el sexto miembro del tribunal, la Dra. Riva Aramayo, estaba en el momento de la resolución de licencia por enfermedad.

La respuesta del tribunal fue el reflejo perfecto de las cuestiones que se buscaba plantear con la presentación judicial. En los considerandos de los votos de la mayoría y la minoría, quedó claramente establecido que la discusión jurídica giraba en torno a la protección del derecho a la verdad, mientras que la de las cuestiones de hecho se refería a la posibilidad o no de continuar con las investigaciones. Ya no existía la posibilidad de dar una respuesta de carácter meramente humanitario. Más allá de las diligencias concretas a realizar lo que ahora sí había quedado expresamente establecido era que la Justicia debía resolver si estaba dispuesta a tutelar el derecho de los familiares y la sociedad en su conjunto a conocer el paradero final de los desaparecidos. Es en este contexto en el que la decisión de la mayoría, al ordenar al Jefe del Estado Mayor de la Armada que arbitre los medios necesarios para profundizar la obtención de esos datos o, en su defecto, inicie la reconstrucción de los registros que permitan esclarecer la suerte de las personas que estuvieron detenidas en el ámbito de la ESMA, adquiere su trascendental relevancia. En el mismo sentido, el expreso reconocimiento del Derecho a la Verdad y el Derecho al Duelo de los familiares, es sin ningún lugar a dudas un punto de inflexión en lo que se refiere a la protección judicial de estos intereses. Por el contrario, la negativa de los miembros que votaron por minoría, si bien coincidieron con algunos de los argumentos de la mayoría, demostró la reticencia de algunos de los miembros del tribunal a involucrarse en esta materia. En cualquier caso, esta decisión significó la definitiva intervención de la institución judicial en un debate que ya estaba

Esta decisión, que también mereció la primera página del diario de mayor circulación del país, demostró la intención del aparato judicial, así como la importancia que tenía para la prensa un virtual "enfrentamiento" entre el Poder Judicial y las Fuerzas Armadas²⁰.

Fue en ese momento del proceso, que las organizaciones internacionales *Human Rights Watch/Americas* (anteriormente *Americas Watch*) y el *Center for Justice and International Law* (CEJIL) hicieron su solicitud al tribunal para presentar un memorial, en calidad de *amici curiae*²¹, sobre el Derecho internacional de los derechos humanos y la obligación del Estado argentino de investigar e informar acerca del destino de los desaparecidos. El tribunal aceptó el pedido de estas organizaciones para constituirse en *amici curiae* y presentar su dictamen. Esta nueva resolución del tribunal –conformada una vez más por una decisión de la mayoría con la disidencia de dos votos que fundamentalmente alegaron la imposibilidad de continuar con las investigaciones– también resultó de suma trascendencia, aunque en gran medida más circunscripta al ámbito jurídico. Ello, porque no existían en la Argentina antecedentes de presentaciones de este tipo y, con esta decisión el tribunal le abría la puerta a una institución sumamente interesante y de singular proyección para casos futuros. En su dictamen, estas organizaciones no gubernamentales avanzaron en el desarrollo de la materia sometida a consideración del tribunal en la presentación de Mignone, actualizando e informando al tribunal del desarrollo doctrinario y jurisprudencial del Derecho internacional de los derechos humanos en torno a la obligación de los Estados de investigar e informar acerca de las violaciones a derechos fundamentales. La riqueza del dictamen residía –además de que se trataba de dos organizaciones con vasta experiencia y trayectoria en la materia– en que se trataba de un desarrollo de estas doctrinas y antecedentes, aplicadas al caso concreto de la petición de Mignone y la obligación del Estado argentino.

Paralelamente a la tramitación judicial de este pedido –y, en gran medida, creemos, debido a ella–, los acontecimientos se seguían sucediendo

20 Este enfrentamiento, no era otra cosa que la segunda parte del que se había dado al momento de la tramitación de los juicios hasta 1987, que se iniciara con la subordinación militar al poder civil demostrado con el Juicio a las Juntas y que concluyera con la claudicación judicial al legitimar las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

21 *Amici curiae* es el plural latino de *amicus curiae*, que significa amigo del tribunal. Esta institución, tradicional del derecho anglosajón, ha sido incorporada por el Derecho internacional de los derechos humanos y, en consecuencia, es muy común la presentación de este tipo de opiniones de expertos, terceros pero interesados en la resolución de un litigio en la que personas u organizaciones reconocidas hacen saber al tribunal su punto de vista acerca de la materia en discusión. El dictamen del *amicus curiae* no es vinculante para el tribunal, pero puede ser considerado por éste al momento de resolver la cuestión.

y, a las declaraciones originarias de Scilingo, le siguieron otras en el mismo y en diferente sentido. Entre ellas, existieron una serie de declaraciones de miembros del Ejército Argentino, que dieron detalles acerca de la actuación específica de esta fuerza durante aquellos años. Estas declaraciones no fueron siempre del mismo tenor que las realizadas por el ex-marino, e incluso hubo declaraciones "salvajes" reconociendo y reivindicando algunos hechos atroces. Frente a estas confesiones, el Ejército, a diferencia de la Marina, optó por enfrentar la situación y el Teniente General del Ejército, Gral. Martín Balza, realizó el ya famoso reconocimiento en el que el Ejército Argentino asumió por primera vez la responsabilidad institucional que le cupo a esta fuerza en la violación sistemática de derechos humanos y la comisión de crímenes aberrantes.

Frente a estos hechos, se decidió entonces realizar una presentación similar a la realizada en la causa ESMA pero, en este caso, vinculada a las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Ejército. Fue entonces cuando se presentó ante la misma Cámara Federal la Sra. Carmen Aguiar de Lapacó, Madre de Plaza de Mayo y miembro de la Comisión Directiva del CELS, solicitando que se investigara la suerte de su hija Alejandra. Esta presentación se realizó en la denominada causa Suarez Mason (también conocida como causa 450, por su número de trámite). El pedido, realizado en mayo del 95, fue de similares características al del Sr. Mignone, aunque obviamente adecuadas al nuevo caso.

La respuesta de la Cámara en este caso fue la mejor pieza entregada por este tribunal en la sucesión de presentaciones. En la misma línea argumental de las resoluciones en la causa ESMA, la Cámara reconoció el derecho de la Sra. Lapacó a conocer toda la verdad, pero avanzó y fue más audaz en sus considerandos. Entre otras afirmaciones importantes, sostuvo el tribunal que es incuestionable, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por el procedimiento penal, la obligación del Estado de reconstruir el pasado a través de medios legales que permitan descubrir la realidad de lo sucedido –y de esta manera, dar una respuesta a los familiares y a la sociedad. Otra arista de importancia en esta decisión, es el extenso tratamiento que se le otorga al Derecho internacional de los derechos humanos. Si bien desde un primer momento el tribunal había sido receptivo con los argumentos esgrimidos y les había reconocido relevancia jurídica en estos casos, es en esta oportunidad donde la Cámara Federal se detiene con mayor extensión para conocer sobre estos estándares del Derecho internacional, aplicándolos al caso concreto. Finalmente, otro aspecto de la decisión que la convierte en una decisión de mayor trascendencia, es la mayoría, conformada en este caso por Irurzun, Luraschi, Cattani y Cortelezzi –Vigliani vota por la mayoría pero según su voto y Riva Aramayo en disidencia–, haciendo a un lado el ajustado tres a dos de la primer decisión en la causa Mignone.

Mientras tanto, en la causa ESMA la Marina seguía sin contestar afirmativamente a los pedidos de informes librados por la Justicia –la misma suerte corrieron los oficios enviados al Presidente de la Nación, en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Ante la presión de la Cámara, la Armada decide finalmente contestar a sus reiterados pedidos y, en este caso, no sólo contesta que no cuenta con información sobre el destino de las personas detenidas-desaparecidas ni modo de reconstruir esos archivos, sino que agrega un dictamen supuestamente realizado por un asesor legal de ese cuerpo en el que se opina que la Justicia no tenía jurisdicción ni competencia para solicitar esa información. En este sentido, se sostenía que las Fuerzas Armadas sólo deben informar al Presidente de la Nación o, en su caso, a algún organismo dependiente de aquél. El tribunal, ante esta temeraria actitud de la Marina, consideró que ese dictamen no era procedente y decidió desglosar el memorándum interno de la oficina de Asuntos Legales de la fuerza y remitirlo de vuelta a su origen. Sin embargo, esta respuesta de la Armada dejaría sus huellas en la causa.

Al poco tiempo de la respuesta de la Marina, la Cámara Federal tomó, abruptamente y sin motivación procesal alguna, una resolución que significó una virtual clausura de la reactivada investigación. En su decisión del 18 de julio de 1995, este tribunal resolvió, en los hechos, archivar las actuaciones en la causa ESMA. El tribunal esgrimió la necesidad de considerar la respuesta de la Marina, a la vez que era necesario tomar una determinación respecto a una carta que el propio Scilingo había enviado al tribunal detallando algunos hechos acontecidos en la ESMA. Implícitamente, surge de la resolución que existía la voluntad política por parte de algunos de los miembros del tribunal de cerrar este capítulo pero, para ello, era al menos necesario dar una respuesta a los sucesivos pedidos de los familiares y al dictamen presentado por *Human Rights Watch/Americas* y CEJIL.

Esta resolución es casi imposible de comprender, tanto en su necesidad como en sus considerandos y en su parte resolutive. Cada uno de los miembros del tribunal emitió su propio voto, con excepción de los Dres. Cattani e Irurzun, quienes se mantuvieron unidos y firmes en su convicción de continuar con las investigaciones. Los demás integrantes, en cambio, expresaron confusas y contradictorias afirmaciones, que de uno u otro modo buscaban concluir las investigaciones. Algunos se pronunciaron expresamente por el archivo de las actuaciones, otros plantearon la necesidad de que fuera un órgano del Ejecutivo el encargado de proseguir las investigaciones –en especial, se mencionó como la entidad que debía entender, a la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior. En el caso del Dr. Luraschi –quien votara con la mayoría en la primer resolución– afirmó que la negativa de la Marina a brindar información lo llevaba a apreciar “con desazón” que existían limitaciones a la labor que podría realizar el tribunal,

puesto que avanzar en forma compulsiva podría implicar una violación a la prohibición de doble juzgamiento. Otros miembros, volvieron a su posición originaria de que no cabría en esta causa ninguna actuación jurisdiccional después de las leyes de impunidad, y que solo podían ejercerse acciones de índole humanitaria. Por su parte, el Dr. Cortelezzi se refirió a una competencia remanente que permitiría librar oficios pero no mucho más, dejando entrever su coincidencia con el Dr. Luraschi en que una investigación más profunda violaría el principio del *ne bis in idem*. Asimismo Cortelezzi afirma que la Cámara es incapaz de remover el obstáculo para avanzar con las investigaciones ante la negativa de la fuerza y concluye, interrogándose, "qué peor atmósfera de impunidad puede existir en una sociedad en la que sus integrantes puedan identificar a los criminales, y no puedan, a cambio, reclamar la imposición de una pena?".

Sin que sea necesario aquí desarrollar los complejos y muchas veces contradictorios argumentos esbozados por cada uno de los miembros del tribunal, merece sí destacarse que la diversidad de razones que llevaron a cada uno a detener la investigación, se tradujo en una parte resolutive de singular ambigüedad. Después de las variadas y categóricas afirmaciones en torno a la imposibilidad de continuar con la investigación, se resuelve que "prosigan los autos según su estado", una fórmula jurídica inédita sin significado alguno. En cualquier caso, más allá de las palabras, quedaba claro a esta altura del trámite que el tribunal quería concluir, al menos en forma provisoria, con esta embrionaria investigación. Sin embargo también surgía de esta resolución que había resultado imposible para los jueces lograr un acuerdo sobre las condiciones de un eventual archivo y que, a la vez, no se quería llegar a una decisión que cerrara en forma categórica y para siempre las posibilidades de actuación de la Cámara en esta causa.

Mientras tanto, la tramitación del pedido de la Sra. Lapacó en la causa 450 proseguía en forma similar a su causa melliza: el Ejército, a pesar del reconocimiento realizado por su autoridad máxima de las atrocidades cometidas por esta fuerza, también respondía que no tenía información que aportar para esclarecer el paradero de las personas desaparecidas. Frente a esta respuesta y el antecedente de la decisión paralizante en la causa ESMA, los abogados del CELS determinaron hacer una nueva presentación solicitando la ejecución de otras medidas investigativas que no se centraban exclusivamente en órganos vinculados a las Fuerzas Armadas, sino que apelaban a diversos registros estatales de los que podía surgir información acerca del destino final de las víctimas del terrorismo de Estado.

La respuesta a esta nueva presentación fue una resolución similar a la recaída en la causa ESMA. Opinando en contra de la continuación de las investigaciones y resolviendo que "prosigan los autos según su estado". Los

argumentos esgrimidos por la mayoría –conformada en este caso por los jueces Luraschi, Riva Aramayo y Vigliani, estando el juez Cortelezzi de licencia–, son de igual tenor que los expresados en la decisión del 18 de julio. Por su parte, los Dres. Cattani e Irurzun, en disidencia, insistieron en la obligación de continuar las investigaciones. La importancia de esta decisión, en cualquier caso reside en haber sido una aplicación práctica del resolutivo “prosigan los autos según su estado”, no haciendo lugar a ninguna de las diligencias propuestas por los abogados de la Sra. Lapacó. En esta nueva decisión fue más explícita la voluntad de remitir las investigaciones a la Subsecretaría de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio del Interior, como la oficina del Ejecutivo que debía realizar esta tarea.

Otra diferencia con la decisión en la causa ESMA, fue que en este caso la resolución se debía a una presentación realizada por un familiar que pedía una respuesta. Por lo tanto, la negativa del tribunal a acceder al pedido del interesado habilitaba a la víctima a plantear un recurso ante el tribunal superior, en este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con esta presentación, entonces, se había logrado el objetivo de determinar el alcance de la resolución de la Cámara en la causa ESMA y a la vez se había dejado abierta la puerta para acceder al tribunal supremo.

Los abogados decidieron entonces la interposición de un recurso extraordinario, en razón de que se estaba discutiendo sobre derechos fundamentales y la resolución había decidido en contra de los intereses de los reclamantes. Jurídicamente el planteo era procedente por tratarse de una decisión equiparable a una sentencia definitiva y que revestía, además, gravedad institucional. En el recurso se plantearon algunas cuestiones de tono fundamentalmente jurídico y otras que, aunque con un sustento legal, se referían esencialmente a la vigencia del Estado de Derecho y la necesidad de proteger los derechos humanos.

Entre las primeras, podemos citar como ejemplo el caso de la exigencia jurisprudencial de que las decisiones de un tribunal deben ser tomadas por una mayoría que no solamente concuerde en la parte resolutive sino también en los argumentos que la sostienen –principio este que, como hemos visto había sido ignorado por la decisión de la Cámara al interrumpir la investigación. Otro de los argumentos jurídicos esgrimidos fue la falta de consistencia de la oposición a continuar con las investigaciones, alegando que ello violaría la prohibición de doble juzgamiento.

En lo referido a los principios fundamentales del Estado de Derecho, la argumentación se sustentó principalmente en la paradójica resolución de un tribunal que, a pesar de reconocer la existencia de un derecho fundamental en juego, se inhibía de actuar por cuestiones fácticas. En este sentido, se

destacó que el mismo tribunal había reconocido en diversas y reiteradas oportunidades el derecho a la verdad y el derecho al duelo de los familiares: sin embargo, al momento de avanzar en la investigación, se había decidido que la misma no podía continuar debido a ciertas imposibilidades de hecho de diversa índole –que variaban de acuerdo con la opinión del juzgador. Una muestra de esta “auto-limitación” que se había impuesto el tribunal, es el “pedido” que algunos de los jueces hicieron al Poder Ejecutivo, solicitándole su intervención para contestar las preguntas de los familiares.

Si un tribunal reconoce la vigencia de un derecho, se argumentó, no puede después ignorar su papel central como institución republicana, encargada de asegurar la vigencia de los derechos individuales, limitándose a solicitarle al Ejecutivo su intervención. En el memorial en derecho presentado por *Human Rights Watch/Americas* y CEJIL, se analizaba la posibilidad de que el tribunal delegara la labor investigativa en un organismo estatal, siempre bajo su contralor. Sin embargo, se trataba de una delegación o, si se quiere, también podía legalmente disponerse que una determinada oficina gubernamental se dedicara a esta área, pero en ningún caso podía darse la situación que los tribunales de justicia, al verificar la existencia de un derecho cuyo ejercicio no está siendo debidamente garantizado por las autoridades, se limitasen a exhortar al Ejecutivo para que intervenga. En todo caso, si un tribunal considera que no le corresponde la realización de las investigaciones, debe exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y, si este así no lo hiciere, deberán entonces los tribunales garantizar la vigencia del derecho violado de cualquier forma.

Para el momento del planteo del recurso extraordinario, el debate sobre los métodos del terrorismo de Estado se había apaciguado y, en consecuencia, las repercusiones públicas de este trámite ya eran menores. La Cámara postergó entonces varios meses su solución sobre este pedido, finalmente otorgándolo en el mes de diciembre. La decisión de la Cámara es nuevamente positiva en varios sentidos –adelantando de este modo su nuevo cambio de rumbo–, y reconoce la trascendencia de la cuestión debatida y los derechos fundamentales en juego. Las reiteradas citas al Derecho internacional de los derechos humanos es otro aspecto positivo.

Desde los primeros meses de 1996, la Cámara Federal y otros tribunales nacionales reiniciaron otra vez el tratamiento desordenado, pero ahora sistemático, de las causas sobre el destino de los desaparecidos. En un primer momento estas actuaciones se limitaron a algunas fórmulas de compromiso en torno a los casos de las monjas francesas u otros de similar trascendencia internacional con el inocultable objeto de apaciguar las críticas del Gobierno Francés o los reclamos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, 1997 ha significado en este tema un verdadero punto de inflexión, en el que los tribunales empiezan poco a poco a cumplir con sus obligaciones institucionales –y la mejor expresión de esta tendencia es el dictamen del Procurador General que más adelante comentaremos y que se adjunta en su versión completa. Así, durante este año hemos sido testigos de un interesante activismo judicial destinado a continuar con las investigaciones y que se ha expresado fundamentalmente a través de la causa que lleva un juez federal sobre el destino de los hijos de desaparecidos que fueron apropiados por sus captores y por las recientes decisiones de la Cámara Federal indagando al Estado Suizo sobre la posibilidad de que existan archivos en algún banco de aquel país y el llamado a declarar al ex-Almirante Emilio Massera, para que responda por algunas de sus afirmaciones públicas que no se condicen con la información oficial sobre la suerte del intelectual y desaparecido periodista Rodolfo Walsh.

EL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN EN LA CAUSA LAPACÓ

Paralelamente a que se sucedían estas nuevas medidas en los tribunales inferiores, el recurso extraordinario interpuesto por Carmen Lapacó en la Causa 450 seguía esperando en la Corte Suprema. Finalmente, el 8 de mayo de 1997, el recientemente designado Procurador General emitió el dictamen que aquí se publica y que ahora aguarda por una resolución del máximo tribunal. Este dictamen no sólo es importante por el significado institucional que tiene la resolución de la autoridad máxima del Ministerio Público, sino también por los acertados considerandos que explican su decisión.

En este sentido, el dictamen se sostiene sobre tres pilares de gran trascendencia: “**compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial**” –destacado en el original–, la importancia de proteger el Derecho a la Verdad, y la certeza de que continuar con las investigaciones de ningún modo viola el principio *ne bis in idem*.

Afirmaciones tales como que “En este trámite judicial se trata del resguardo de una obligación del Estado Nacional de respetar los Derechos Humanos, lo que sin duda implica asegurar la búsqueda o el logro de la verdad material, como primer paso al reconocimiento de la Dignidad Humana (Arts. 1 y 2 de la CADH y 2 del PIDCyP)” o que “la incorporación constitucional de una garantía individual implica, la obligación de su resguardo judicial, más allá del administrativo”; son sin lugar a dudas principios estructurales para la protección de los derechos.

Paralelamente, se afirma que el órgano encargado de velar por los intereses generales de la sociedad “debe recordar en todo momento el impera-

tivo ético de ser solidaria con las víctimas y ello implica buscar alternativas institucionales más adecuadas para paliar o disminuir el sufrimiento". Para concluir que "Siendo ello así, el sistema de justicia debe colaborar en la reelaboración social de un conflicto de enorme trascendencia y que requiere una respuesta más: **la verdad**" –también destacado en el original.

De este modo, este dictamen recoge en su totalidad los argumentos esgrimidos por los familiares y asume el compromiso institucional que le corresponde. Todavía resta la última palabra de la Corte Suprema y el comportamiento futuro de los tribunales.

CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha dejado traslucir en los numerosos comentarios marginales al relato anterior, durante la tramitación de las causas sobre el derecho a la verdad se estaba discutiendo mucho más que un argumento jurídico: se trataba de discutir cuál era la respuesta que el Estado argentino estaba dispuesto a darle al interrogante sobre el paradero de los desaparecidos –obviamente, la pregunta sobre el destino de los desaparecidos trasciende su ubicación física, situándose en la médula de la consolidación del Estado de Derecho después del terrorismo de Estado.

Por supuesto que el debate sobre la respuesta oficial a las declaraciones de Scilingo no debía agotarse en un planteo legal, pero la presentación de un reclamo judicial volvía a poner en el centro de la escena la difícil relación entre obligaciones estatales y derechos individuales. En este sentido, la demanda de una actuación judicial tuvo dos prioridades políticas muy claras: la necesidad de "institucionalizar" el debate sobre el pasado durante la dictadura militar y la importancia de impulsar un Poder Judicial comprometido con la defensa de los derechos humanos.

Respecto al primero de estos objetivos –la necesidad de institucionalizar un debate espontáneo–, se buscó forzar una resolución, proveniente de algún órgano oficial, que demostrara que el Estado no podía permanecer callado frente a estas declaraciones y que las obligaciones oficiales no se reducían a permitir a los familiares a expresar libremente su indignación. Hasta el momento de la primera decisión judicial, ningún órgano estatal había decidido "entrometerse" en una discusión que algunos querían limitar a los afectados directos –esto es, familiares de desaparecidos y miembros de las fuerzas armadas. Una vez más hizo falta una presentación judicial para escuchar la primera voz estatal.²²

22 Esta intervención de los tribunales en materias de alta trascendencia política ha sido denominada la "judicialización de la política". Este proceso, criticado por algunos y

En este sentido, de ningún modo podía soslayarse la necesidad de que existiera una respuesta institucional a las confesiones de un ex-agente del Estado que declaraba haber asesinado alevosamente en nombre de la patria. El punto de intersección que exigía una respuesta legal era, precisamente, el derecho de los familiares y la sociedad a saber toda la verdad: cuando una discusión política involucra derechos humanos, la intervención judicial resulta imprescindible.

Esta necesidad, entonces, de resaltar la dimensión de los derechos en el debate sobre la historia reciente, fue la que impulsó nuestra presentación judicial en el segundo de sus objetivos políticos: fortalecer el carácter protector de los derechos humanos que debe guiar la actuación judicial. Una cualidad cíclicamente postergada por nuestros tribunales, es la de erigirse en la institución republicana encargada de velar por la vigencia de los derechos. Frente a este panorama, resultaba prioritario provocar una intervención judicial que obligara a esta rama del Estado a comprometerse con los valores fundamentales del orden constitucional. Ante las declaraciones de quien reconocía haber cometido hechos atroces y aberrantes, el Poder Judicial debía ser aquel reparo institucional donde las víctimas pudieran recurrir para exigir la protección de sus derechos, en este caso los derechos a saber toda la verdad y a poder velar a sus seres queridos. Tal vez en este aspecto resida el mejor aporte del dictamen del Procurador General.

La intervención judicial, tal como surge de la descripción y los comentarios anteriores, fue, en un primer momento, zigzagueante, titubeante, ambigua, contradictoria y confusa. 1997, en cambio, parece deparar una situación distinta. No obstante, el activismo judicial actual no debe llevarnos a concluir rápidamente que la tutela judicial del Derecho a la Verdad

aplaudido por otros, tuvo su punto de mayor expresión en el Juicio a las Juntas Militares de la dictadura. Mientras los impulsores de esta política destacan la trascendencia institucional de la intervención judicial para dar respuesta a cuestiones de extrema importancia, sentando así los principios del Estado de Derecho por sobre cualquier otro tipo de voluntades públicas sus detractores insisten en la necesidad de reconocer los límites de la participación judicial y la necesidad de dar respuestas de índole política a los desafíos del sistema. Desde este punto de vista, una de las consecuencias negativas de la judicialización de la política es su consecuente "politización de la justicia" en el sentido de que la discusión judicial de cuestiones políticas termina promoviendo la utilización de argumentos políticos en las decisiones judiciales. Un ejemplo de esta politización serían las batallas políticas que hoy se mantienen en la arena judicial, desnaturalizando de algún modo la función de los tribunales. Se ha sostenido, entonces, que la necesidad de reasegurar políticamente el contenido de las decisiones judiciales es la que ha llevado al alineamiento político de los operadores del aparato de Justicia. Sin que sea necesario aferrarse en forma definitiva a una de estas dos posturas, que no necesariamente deben entenderse como una dicotomía insalvable, parece importante introducir a los tribunales en la discusión en torno a las cuestiones que hacen a la esencia de las instituciones democráticas.

está ya consolidada: la falta de una jurisprudencia o legislación que armonice las hasta ahora desprolijas intervenciones judiciales deja abierta la puerta para cualquier eventual retroceso. En todo caso, tal vez el mayor desafío ahora sea precisamente el avanzar en una tutela judicial armónica de los distintos intereses en juego.

En cualquier caso, es importante destacar aquí el impacto público que tuvo esta intervención judicial. Entre las consecuencias positivas de la actuación judicial debe mencionarse en primer término la "legitimación del reclamo" que trajo aparejada la respuesta de la Justicia. Si uno de los objetivos buscado con la presentación fue la institucionalización del debate público, éste fue efectivamente alcanzado al reconocerse jurídicamente la existencia de un derecho a conocer toda la verdad, la cuestión ya no pudo ser reducida a un debate televisivo en el que un familiar le solicitaba información a un asesino, sino que la actuación judicial significaba el reconocimiento de que los familiares podían exigir que se les brindara la información y que el Estado debía asegurarse de cumplir con su obligación de investigar e informar. La determinación del paradero de los desaparecidos, entonces, pasaba a ser una cuestión institucional, trascendiendo la figura de los afectados directos.

Otro aspecto sumamente interesante de la intervención judicial fue su repercusión para algunos periódicos de gran venta en nuestro medio. La aparición de la Justicia en el debate fue el punto de inflexión que determinó la trascendencia pública de la cuestión. No es casual, entonces, verificar las primeras páginas que tuvieron las noticias sobre la respuesta judicial a los reclamos de los familiares ni el distinto tratamiento periodístico que se le dio al tema de allí en más. Quedó demostrado así, una vez más, que cuando el Poder Judicial asume su lugar institucional existe un genuino interés de algunos sectores sociales en escuchar lo que los tribunales quieren decir.

Es esta misma repercusión pública, entonces, la que torna aún más grave la falta de coraje cívico que cíclicamente muestran algunos tribunales: al archivar las investigaciones, al decidir que el Poder Judicial ya nada puede hacer, al limitarse a "exhortar" al Poder Ejecutivo a que investigue, los tribunales están decepcionando las expectativas sociales que se generan por su intervención en las cuestiones con un marcado interés social.

La conclusión final, entonces, no puede ser inequívoca: a un auspicioso comienzo le siguió una preocupante resignación que hoy se revierte parcialmente con una serie de decisiones que nos obligan a estar de algún modo positivamente expectantes. Sin embargo, tampoco podemos desconocer

que, hasta el momento en que escribimos este artículo, la tutela judicial del Derecho a la Verdad no ha significado en la Argentina, el efectivo conocimiento de ningún familiar sobre el paradero final de los desaparecidos. Sólo la continuación de los recientes pasos positivos y la decisión de avanzar en las investigaciones a partir de toda la información hoy existente asegurarán en forma plena el derecho de las víctimas y la sociedad a conocer las formas del terrorismo de Estado.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN CASO AGUIAR DE LAPACÓ

Suprema Corte

I

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, por el voto mayoritario de sus integrantes, resolvió tener presente la respuesta del Estado Mayor del Ejército con relación al destino de las personas desaparecidas en jurisdicción dependiente del Primer Cuerpo del Ejército, entre los años 1976 y 1983. Asimismo, dispuso que los autos prosigan según su estado, lo que implicó no dar curso a las demás medidas de prueba solicitadas por CARMEN AGUIAR de LAPACÓ—por considerar ésta insatisfactoria la información suministrada— tendientes a determinar el destino final de su hija y de los demás que se encontraban en la misma situación.

Contra esa decisión la nombrada interpuso recurso extraordinario, que fue concedido a fojas 19/21.

II

Para arribar al pronunciamiento impugnado, los dos vocales que iniciaron la mayoría sostuvieron—con remisión a los fundamentos sustentados en sus votos, el 18 de julio de 1995, en la causa caratulada “Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada”— que el tribunal carecía de facultades para recopilar pruebas e imponerse de hechos y sus circunstancias conforme lo solicitado por la presentante, en la medida que ese reclamo no importaba un caso que debía

ser decidido por la Cámara, en virtud de las vallas que imponen los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27.

El doctor Luraschi, por su parte, también consideró que la producción de las medidas requeridas por la recurrente, al avanzar aún más de la mera reconstrucción acerca de la suerte corrida por las personas detenidas desaparecidas, importaría vulnerar lo establecido por las leyes de "punto final" y "obediencia debida", con el riesgo de afectar el principio "non bis in idem".

Por otra parte propuso comunicar a la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior el temperamento adoptado, a fin de que por los medios a su alcance, iniciara la tarea de reconstrucción que permita establecer la suerte de las personas desaparecidas.

III

En su presentación de fojas 1/10, la recurrente consideró erróneos e infundados los argumentos del tribunal *a quo* para denegar las medidas solicitadas por las que se procuraba determinar –al amparo de lo estatuido en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– la verdad de lo acontecido con su hija y con las demás personas desaparecidas. De esta forma, agregó, se le impidió injustificadamente el ejercicio de ciertos derechos que le asisten (al duelo, a la verdad, al respeto por los cuerpos).

En sustento de su crítica expresó que, contrariamente a lo sostenido por la Cámara no existía en el caso posibilidad alguna de incurrir en una doble persecución penal, toda vez que las medidas solicitadas no tenían como finalidad identificar a los responsables de los crímenes.

Destacó, además lo falaz del razonamiento invocado en el fallo, ya que no todos los beneficiados por las leyes 23.492 y 23.521 estuvieron imputados o procesados, e insistió en que no pretendía la persecución penal de nadie. Como prueba de ello, sostuvo, que en la especie no se verificaba la identidad de personas, causa y objeto que necesariamente debe existir para sostener la violación de la garantía del "non bis in idem".

También se agravó la apelante de la falta de jurisdicción alegada por el tribunal de alzada para intervenir en el asunto pues, sostuvo que conforme con lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Nacional, corresponde al Poder Judicial tutelar los derechos enumerados en ella. Por tal motivo, agregó, a efectos de garantizar el goce de los derechos a la verdad y al duelo, solicitó una investigación sin fines punitivos.

Precisamente, con base en esta última circunstancia vinculada con el alcance de las medidas solicitadas –puesta de manifiesto en varios pasajes del remedio federal– la recurrente cuestiona que la alegada falta de jurisdicción derivaba de la inexistencia de un “caso” por el que correspondía intervenir a la Cámara, con motivo de haberse obstaculizado toda pretensión punitiva por la aplicación de las denominadas leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”, así como también de los decretos de indulto. En este sentido, recordó que en el mensaje de elevación de la primera de esas leyes se reconoció expresamente que, sin perjuicio de lo difícil que se tornaba la tarea de esclarecimiento de la verdad en los casos que contemplaba dicha norma, ésta compete a la Justicia.

Por otra parte, luego de analizar el Decreto 3090/94 por el que se creó la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, sostuvo que sus facultades investigativas eran muy limitadas en comparación con las que podía llevar a cabo el Poder Judicial.

Por tal motivo, entendió que la intervención que se pretendía otorgar a aquel organismo resultaba insuficiente para la tutela de sus derechos, que el Estado –de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos– estaba obligado a brindar.

Concluyó que lo resuelto por la Cámara implicaba el desconocimiento de garantías cuyo rango constitucional fue consagrado en el artículo 75, inciso 22, de la Norma Fundamental, tal como acontece con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

IV

Conviene, a efectos de analizar adecuadamente la cuestión que llega al Superior Tribunal, revisar las razones que han sido expuestas hasta aquí.

Es indudablemente cierto que la Corte debe decidir, desde el punto de vista formal, cuáles son los límites de “un caso” a efectos de habilitar, su intervención: “todo asunto susceptible de ser llevado a resolución de los Tribunales de Justicia, cuando involucra alguna cuestión de naturaleza federal y la decisión recaída sea irrevisable dentro del mecanismo local” (Fallos 110:391; 186:97).

Sin embargo, es posible pensar, que desde el punto de vista formal reseñado y aún más importante, desde un punto de vista material (una

garantía constitucional en juego), nos encontramos verdaderamente con un caso en el sentido de lo que la Corte Suprema acostumbra resolver.

En este trámite judicial se trata del resguardo de una obligación del Estado Nacional de respetar los derechos humanos, lo que sin duda implica la búsqueda o el logro de la verdad material, como primer paso al reconocimiento de la Dignidad Humana (Arts. 1 y 2 de la CADH y 2 del PIDCyP). En este sentido, material y formal, consiste en que la decisión jurisdiccional anterior y ahora recurrida implica un rechazo definitivo a la pretensión de ese resguardo hay, en verdad "un caso".

Por otro lado, el respeto absoluto a las garantías individuales, exige, en un Estado de Derecho, un compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial. Son los Jueces y no otros funcionarios del Poder Público, que tienen el principal deber de ser "guardianes de las garantías individuales". El Poder Judicial ha nacido como instrumento de los ciudadanos frente al nacimiento del Estado y con los jueces nace el derecho de todos y cada uno de los ciudadanos de los países libres a que de ellos emane, en clave sentencia, el contenido de la ley, ellos son "la boca de la ley".

La falta de compromiso del Poder Judicial con la necesidad de la búsqueda de la "verdad histórica", sobre todo en relación con episodios de tanta trascendencia ética e institucional, no haría honor a la enorme decisión que ha tomado el Constituyente al incorporar a nuestra Carta Magna, por medio del art. 75 inc. 22, a los documentos internacionales de derechos humanos de mayor trascendencia por lo menos para la región. La incorporación constitucional de una garantía individual implica, la obligación de su resguardo judicial, más allá del administrativo.

En este sentido no puede pasarse por alto que, tal como concluyó el Tribunal, aún antes de la última reforma constitucional, en el considerando 20° de Fallos: 315:1492, cuando ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que –tal como a mi juicio acontece en el caso– contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.

Dentro de ese marco, el sistema de justicia y en particular esta Procuración General de la Nación, que por mandato constitucional *debe velar por los intereses generales de la sociedad*; debe recordar en todo momento el imperativo ético de ser solidaria con las víctimas y ello implica buscar las alternativas institucionales más adecuadas para paliar o disminuir su sufrimiento. En lo que respecta a los familiares de las víctimas desaparecidas durante el

régimen del último gobierno de facto, el sistema de justicia debe atender en forma eficaz a la necesidad de hacer un duelo y ello comienza con la verdad. Esta Procuración debe ser solidaria con la verdad.

En este sentido es prudente tomar en consideración la especial naturaleza de la cuestión reclamada en estos autos, a efectos de que los formalismos no se impogan a las garantías individuales.

La carencia de un ámbito jurisdiccional, a la manera de una definición precisa de competencia, para descubrir la verdad de los hechos investigados, no debe ser trasladada a los familiares de las víctimas. Ello no puede ser argumento para no cumplir un imperativo constitucional, y tanto más cuando ha sido objeto de un compromiso internacional en la medida que, de ese modo, se previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajeno el tribunal en cuanto pueda constitucionalmente evitarla (Fallos: 315: 1492, considerando 19° y sentencia del 7 de Abril de 1995 G 342, L. XXVI "Girolodi, Horacio David y otros s/recurso de casación" - causa N°32/93 consid. 12°)

Tampoco puede pasarse por alto que la Corte no puede dejar de velar por todo lo que hace al más acabado resguardo de los derechos y libertades de quienes acuden o son llevados a los estrados judiciales de su jurisdicción en demanda de justicia (doctrina de Fallos 286:17), ni que de acuerdo al criterio del V.E. establecido en el ya citado caso "Girolodi", la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuyas normas la recurrente apoya su pretensión.

Siendo ello así, el sistema de justicia debe colaborar en la reelaboración social de un conflicto de enorme trascendencia y que requiere una respuesta más: *la verdad*.

Advierto, por otra parte, que atender al derecho de la recurrente no afecta, en este caso, garantía alguna de igual rango que pudiese amparar a las demás partes y, especialmente, respecto de aquella que veda la posibilidad del doble juzgamiento. La garantía de no estar sujeto a un doble juzgamiento o procesamiento no corre, en este caso, ningún riesgo. Entiendo que ello es así pues, toda garantía, y el "non bis in idem" no es la excepción, debe defender a los individuos de un ejercicio del poder –en este caso penal– arbitrario.

El funcionamiento de esta garantía en particular requiere la comprobación de tres identidades: *eadem res, eadem causa petendi* y *eadem personam*. Ha

habido en verdad, enorme cantidad de debates acerca del contenido (amplio o restringido) del aforismo. "Si prescindimos de filigranas semánticas, observamos que se alude al principio mediante dos fórmulas de diversa extensión. Una de ellas, la de alcance restringido, se refiere sólo a la reacción penal material, a la consecuencia de la perpetración de un hecho punible, llámese condena, pena o castigo...". "...La segunda fórmula, de alcance más vasto, impide la múltiple persecución penal; se extiende, por ello, como garantía de seguridad para el imputado al terreno del procedimiento penal, por esa razón, tiene también sentido procesal y cubre el riesgo de una persecución penal renovada (Maier, Julio "Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, pág. 599).

En realidad, ni siquiera en su versión de mayor amplitud o rango más protector, la garantía del doble juzgamiento puede ser violentada con la aceptación del reclamo analizado. Aquí como lo han afirmado los recurrentes, no se busca ningún tipo de sanción o pena; ni siquiera se pretende la obtención de alguna medida procesal que pueda lesionar alguna garantía individual de un ciudadano.

En este sentido no hay "un segundo riesgo procesal". Tampoco se verifica el concurso de las tres identidades básicas de la garantía.

Es por ello que no se consuma la esencia material del aforismo: no puede existir ninguna amenaza contra las garantías individuales de ningún ciudadano. Se trata de un caso que sólo tiene por objetivo la obtención de la verdad y para ello requiere el concurso del sistema de investigación estatal de mayor resguardo constitucional, el Poder Judicial.

La justificación que ensaya la recurrente acerca de las limitadas facultades que, a su juicio, posee la Subsecretaría de Derechos Humanos, resulta parcial al analizar exclusivamente el decreto 3090/84, y no repara que el artículo 2 al que alude, no se encuentra vigente.

Precisamente, su derogación por el decreto 1526 (art.3.) obedece a que el citado organismo ya no se limita a recepcionar denuncias.

Sin embargo, y a pesar del enjuiciamiento parcial de la recurrente sobre el sistema administrativo de fomento y protección de los Derechos Humanos del que dispone el Estado Nacional, la existencia de esa Subsecretaría *no podría suplir de ningún modo a la labor de los jueces en el resguardo de las garantías individuales y derechos humanos*. La realización por el sistema de justicia de las medidas solicitadas, no obsta a la formal colaboración de ese organismo.

V

Por ello soy de la opinión que V.E. debe declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto a fs 1/10 y, en definitiva, ordenar la realización por la Excma. Cámara de Apelaciones de las medidas pertinentes.

Buenos Aires, 8 de mayo de 1997.

Nicolás Eduardo Becerra

Es copia.

LA IMPUNIDAD NO ES SOLO CUESTIÓN DE HECHO

SOBRE LA PERSECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA MILITAR ARGENTINA

Perfecto Andrés Ibáñez

UN "NÚREMBERG" PENDIENTE

Pena y olvido es el título del penetrante comentario periodístico con el que Vázquez Montalbán evocaba "el 20º aniversario del golpe político-militar argentino-norteamericano". Como conclusión, decía: "...la Solución Final del Cono Sur de América Latina no ha tenido su Núremberg Internacional salvo en el territorio de la memoria...". Hay que dar la razón Vázquez de Montalbán, porque, en efecto, los crímenes de la dictadura argentina, como los de otras dictaduras del área y del momento, después de haberse producido en un ominoso vacío de sensibilidad internacional (para no hablar aquí de complicidades activas y pasivas), han carecido de respuesta institucional digna de ese nombre¹, en cualquier ámbito, y, desde luego, en el del derecho penal internacional.

1 No se ignora la existencia de algunas respuestas institucionales concretas. Pero éstas deben valorarse en su verdadero alcance y en su significación, con la perspectiva de 1997, es decir, teniendo a la vista *todo el curso de todos los acontecimientos*, en su vertiente judicial y política. Así, hay que decir que, en realidad, se juzgó y condenó sólo a algunos de los responsables de los crímenes de la dictadura militar y sólo por algunos de éstos, individualmente considerados. Después –dejando de lado (y es mucho dejar) que la inmensa mayoría de los delitos no llegaron ni siquiera a enjuiciarse, y prescindiendo también de los procesos que acabaron en "la papelera" merced al uso de todo un arsenal de triquiñuelas legales y procesales– ya conocemos lo sucedido con aquellas condenas. Lo cierto es que un internacionalista tan autorizado como Antonio Cassese (hoy presidente del Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia), tras pasar revista a los iniciales esfuerzos del presidente Alfonsín y a sus dificultades, sin duda bien reales, no puede dejar de constatar como incuestionable

No obstante, es justo recordar que, aunque con carácter aislado y con patente insuficiencia objetiva, en algunos países: Francia, Italia, Suecia, Estados Unidos y ahora España, existen actuaciones judiciales abiertas, de indudable valor. Además, entre los años 1989-1991, el Tribunal Permanente de los Pueblos, instancia moral y de opinión, desarrolló un riguroso *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina*², cerrado con la impresionante sesión de clausura celebrada durante los días 22 a 25 de abril, en Bogotá. Y, finalmente, con una estremecedora sentencia que constituye un hito realmente importante en la reflexión y la denuncia del terrible fenómeno. De nuevo, como en el caso de la intervención norteamericana en Vietnam y en tantos otros, es el trabajo de una ONG lo que ha debido *suplir* el defecto de reacción de las instancias oficiales.

Con todo, la llamada de atención sobre estas vicisitudes sirve para reforzar y dar énfasis a la denuncia del escritor: los crímenes que ensangrataron América Latina en esos años no contaron con el Tribunal de Núremberg que sin duda reclamaban intensamente. Lo que pone de manifiesto, no sólo la coyuntural falta de voluntad política de quienes habrían tenido capacidad de decisión para instituirlo, sino algo que puede ser aún más desolador. Me refiero al dato de que, a tanta distancia del 8 de agosto de 1945, en presencia de una experiencia masiva de crímenes de lesa humanidad, la reacción jurisdiccional desde el derecho penal internacional continúe, todavía, sometida a sórdidas *razones* de oportunidad.

dato objetivo que, al fin, "hizo prevalecer el derecho argentino del período de la dictadura tanto sobre los conceptos de democracia introducidos por su gobierno como sobre algunos principios internacionales". (En *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1988, pág. 181. Hay traducción española de Editorial Ariel, Barcelona).

Hay, no obstante, una dimensión de aquellas vicisitudes que debe permanecer en el recuerdo: es la tensión y la esperanza con que gran parte del pueblo argentino vivió aquel apunte de exigencia de responsabilidades y el coraje de quienes, como el fiscal Strassera, en condiciones nada fáciles, realizaron un esfuerzo personal de extraordinario valor en favor de la aplicación rigurosa del derecho.

- 2 Cfr. Tribunal Permanente de los Pueblos, *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina 1989-1991*, Bogotá, 1991. También, sobre el conjunto de las intervenciones del Tribunal, puede verse: Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Tribunale permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979-1991*, edición e introducción de Gianni Tognoni, Nova cultura-Bertani editore, Verona, 1992. Asimismo, el No. 17 de *Pueblos*, Boletín de la Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos (Sección colombiana), monográfico sobre las sesiones nacionales (1989-1990) del Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina.

UNIÓN PROGRESISTA DE FISCALES: HACER QUE EL "PUNTO" NO SEA "FINAL"

La denuncia de la asociación española, Unión Progresista de Fiscales (UPF) se inscribe en ese contexto³. No servirá, sin duda, para cubrir el lamentable vacío de respuesta, ni siquiera en los casos concretos de las víctimas –ciudadanos españoles y argentinos– por cuyos asesinatos y desapariciones se actúa. Pero sí para contribuir al imprescindible "Núremberg de la memoria". Y también para recordar que sólo es *derecho* el que está sin equívocos al servicio de los derechos. Pero no el que coopera activamente a la impunidad de los más graves entre todos los crímenes: los masivos y de Estado.

En su escrito presentado en el Juzgado Central de Guardia de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de marzo de 1996, UPF retrocedía al 24 de marzo de 1976, cuando, de madrugada, unidades del ejército argentino al mando del amotinado general Videla, ocuparon de forma violenta al palacio presidencial.

Seguía un relato sintético de cómo la junta militar, apenas constituida, se aplicó celosamente al "exterminio físico" del disidente, a partir del diseño de un *tipo de autor* expresivo de toda la miseria moral y política que es capaz de generar e irradiar una corporación armada abandonada a su propia lógica. La del amigo/enemigo, que invariablemente asocia al segundo término del par todo lo que expresa o encarna algún valor democrático o civilmente solidario.

UPF, denunciante ahora en el juzgado, recuperaba una vieja denuncia. La que el escritor Rodolfo Walsh, el día 29 de marzo de 1977 –con la desolación moral del hombre de bien ante la masacre y una confianza contra toda evidencia en la fuerza de la razón– dirigió a la junta de gobierno golpista señalando: "Quince mil desaparecidos, diez mil presos, cuatro mil muertos, decenas de miles de desterrados son la cifra desnuda de ese terror". Cifra de víctimas de la que él también pasaría a formar parte en esa misma fecha...

Sigue un relato estremecedor de datos conocidos, pero confinados ya en la dimensión neutralizadora del fenómeno histórico, que cobran en este es-

3 Unión Progresista de Fiscales es una asociación profesional, pluralista, de carácter rigurosamente no partidista (sus miembros, como integrantes del ministerio público, tienen prohibida la inscripción en partidos políticos y sindicatos), que en este caso responde con su actuación al imperativo estatutario de defender los valores constitucionales.

crito y, sobre todo en el pormenor de las sucesivas ampliaciones de denuncia, una nueva dimensión necesaria y tardíamente recuperada. La que impone la óptica del Código Penal, que obliga a contar los muertos, a desgarrar minuciosamente los hechos criminales, a calificarlos uno por uno.

La tarea como tal sería ciertamente de imposible realización, en vista de la magnitud de las cifras. Pero UPF hace uso de los datos de identidad de las víctimas de que dispone; y, por otra parte, el marco jurídico nacional conlleva en este caso una reducción del campo de lo que puede ser objeto de tratamiento. Puesto que se trata de promover el ejercicio de la acción penal ante la jurisdicción española respecto a hechos acontecidos fuera de las fronteras del país, hay que estar a las reglas de competencia en la materia, que la restringe (art. 23,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) a determinados tipos delictivos: genocidio y terrorismo.

El primero es un delito para el que —en virtud de la Convención Internacional de 9 de diciembre de 1948 que lo regula, que cuenta con la adhesión de España— rige el principio de persecución universal. Por otra parte, tanto a él, como al de terrorismo, sería de aplicación el precepto de la ley citada. De este modo, UPF considera que no existe obstáculo que pueda oponerse a la denuncia, frente a la que en ningún caso podrían prevalecer las leyes argentinas de punto final y obediencia debida, que no son vinculantes para los tribunales españoles. Además, la obediencia debida a órdenes manifiestamente ilegales nunca podría jugar como eximente en el contexto legal español, sin contar con que la Convención Internacional contra la Tortura, de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España, impediría la invocación de aquélla como posible causa de justificación⁴.

TAMPOCO ES FÁCIL EL CAMINO DEL DERECHO: OBJECIONES DE LA FISCALÍA

La Fiscalía de la Audiencia Nacional formuló una consulta sobre la competencia de la jurisdicción española a la Fiscalía General del Estado. El informe emitido plantea una serie de objeciones sobre la viabilidad de la denuncia.

4 Ciertamente es que, tratándose de la Convención contra la Tortura, que entró en vigor el 26 de junio de 1987, se plantea el problema de su irretroactividad (art. 27). Pero, en todo caso, tendría que considerarse la previsión contenida en el art. 15,2º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que dispone que aquel principio general de derecho sancionador no “se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

En el caso del genocidio, la objeción es de tipicidad. Se argumenta que lo previsto como delito es la destrucción de un "grupo nacional", precisamente por su nacionalidad; y que éste no fue el propósito de los denunciados, que actuaron como lo hicieron en función de la ideología y no de la condición nacional de las víctimas. Se recuerda, con razón, que, precisamente durante la discusión del texto del Convenio, antecedente del precepto del Código Penal español, se descartó expresamente la protección por esta vía de los "grupos políticos". Cerrando con ello el paso a la posibilidad de incriminaciones como la pretendida en el presente supuesto.

Por lo que hace al delito de terrorismo, apunta el informe la necesidad de estar a la consideración que este delito tenía para el legislador español de la época de los hechos. Al menos, dice, para una gran parte de los ahora denunciados como delito, el marco legal susceptible de aplicación es de matriz franquista y entre los bienes jurídicos objeto de protección penal por aquél título no podrían contarse los valores propios de un Estado democrático, sino otros como la "seguridad del Estado", la "integridad de sus territorios", la "unidad nacional", el "orden institucional u orden público".

La Fiscalía General del Estado vio también dificultades para una aplicación retroactiva del citado artículo 23,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, que entró en vigor en 1985. En su opinión, debería estarse a lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, todavía vigente en los años de la dictadura militar argentina. Esta no contemplaba la competencia de la jurisdicción española para conocer de delitos de terrorismo perpetrados fuera del territorio español. Por otra parte, entendía el informante, aun tratándose de un tema de competencia, la cuestión nunca podría valorarse como meramente procesal, al depender directamente de ella la misma aplicación de la ley penal.

Ya, en fin, se objetaba que el art. 23,2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, establecía como condición de posibilidad de la actuación de la justicia española que "el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena". Lo que, a la vista de los datos disponibles al momento, no cabía afirmar que no hubiera realmente sucedido en todos o algunos de los supuestos cubiertos por la denuncia. Para poder decidir con fundamento sobre este punto, sería preciso conocer la sentencia o sentencias que hubieran podido dictarse en Argentina o en otros países y su grado de ejecución.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional, a la vista del informe de la del Estado, pidió el archivo de las actuaciones. El juzgado no lo consideró procedente, manifestándolo así por resolución del 10 de junio de 1996, que, al mismo tiempo, admitía a trámite las querellas promovidas por Asociación

Libre de Abogados, Izquierda Unida y Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos-Madrid, en el ejercicio de la acción popular.

LOS CONTRA-ARGUMENTOS DE UPF

Unión Progresista de Fiscales dirigió al Fiscal General del Estado un informe de su elaboración, discutiendo los argumentos del que acaba de sintetizarse.

En materia de delito de genocidio, se cuestionaba la interpretación defendida, por demasiado reductiva. Para UPF el tipo penal de referencia ampara a quienes pueden ser víctimas de una eliminación colectiva, por este sólo hecho. Lo que les constituye como grupo –“grupo nacional” puede ser también grupo de nacionales– es el carácter masivo de la acción criminal ejercida contra ellos como conjunto de personas. Del orden de 30.000, en este caso.

Junto a esto concurre una curiosa particularidad de la ley española. El legislador de 1971, al introducir el delito de genocidio en el Código Penal concretó la protección a grupos de carácter “nacional étnico, social o religioso”. Alguna doctrina atribuyó a un error la alteración de la fórmula de la Convención. UPF sostiene que no tendría por qué haber sido así y lo cierto es que ese texto estuvo en vigor hasta 1983 (durante la producción de los hechos, por tanto). Y si fue reformado en 1983 no hay ninguna razón para entender que la sustitución, en este momento, de “social” por “racial” obedeciera al propósito de reducir el campo de aplicación del precepto, la extensión del bien jurídico protegido. De ahí que pueda defenderse jurídicamente a su juicio que “la protección brindada expresamente desde 1971 a 1983 al ‘grupo social’ por el legislador español... persiste en el ordenamiento vigente dentro de la mención ‘grupo nacional’”.

Recordaba, asimismo, UPF que la calificación de los hechos de su denuncia como delito de terrorismo –terrorismo de Estado– tiene un autorizado precedente en el juicio de la Comisión de Investigación sobre la Desaparición de Personas del Senado Español, constituida en 1983, sancionado por la mayoría absoluta de la Cámara.

Y retrocediendo hasta el Decreto-ley de 26 de agosto de 1975 –vigente en el momento de iniciarse los hechos de referencia–, recuerda que éste veía terrorismo en la “utilización de la violencia como instrumento de acción política”. Condición sin duda concurrente en las conductas denunciadas, ejecutadas al margen de la ley y de cualquier procedimiento legal, sin sujeción a trámite administrativo o judicial formal, por aberrante que pudiera haber sido. Las acciones fueron violentas y la finalidad atribuida a

las mismas por sus autores evidentemente política. Según su tenebrosa inteligencia de este adjetivo.

De este modo, de las conductas en cuestión, cabe afirmar: que estaban penalizadas en la legislación estatal; se cometieron por personas armadas y organizadas; consistieron en hechos de especial gravedad y se hicieron con una finalidad política; siendo el secuestro, la tortura, el asesinato masivo de personas un ataque indudable al bien jurídico de la seguridad interior del Estado. Incluso en la España no democrática de los primeros años setenta, señalará UPF, actos como los enumerados, aún cometidos por autoridades o funcionarios, si encuadrados en grupos clandestinos armados y operando al margen de todo procedimiento legal, habrían constituido delitos de terrorismo, por ser atentatorios incluso contra aquel orden institucional. Ni siquiera el sentido del orden público informador de la legalidad de tal régimen una vez institucionalizado, podría haber sido, siquiera formalmente, insensible a esa clase de situaciones.

En una parte relevante de los casos denunciados se da la circunstancia de que las víctimas, que fueron secuestradas, continúan desaparecidas. En términos de experiencia corriente, la muerte violenta de estas personas es más que presumible. Pero no así desde la perspectiva de la legalidad penal, para la que las mismas tendrían que ser tratadas, a la luz de los datos de que se dispone, como víctimas de un delito de detención ilegal con posterior desaparición del detenido (arts. 480 y 483 del Código Penal vigente en el momento y 163 y 166 del actual). Siendo así, a tenor de la pena prevista, el plazo de prescripción sería de veinte años. Pero, en la actualidad, sin constancia de que la ejecución del delito ha terminado, por la liberación o la muerte de la víctima del mismo, aquel plazo no podría siquiera empezar a correr.

Nueve niños, al menos, comprendidos en la denuncia, fueron secuestrados siendo casi recién nacidos⁵. Hay buenas razones para presumir el nacimiento de dos más en cautividad. De todos ellos, sólo tres han sido devueltos. Los otros siguen desaparecidos. La sustracción de menores se hallaba prevista como delito en los arts. 484 y 485 del Código Penal a la sazón vigente, 223 del actual. Los delitos, también es claro, se están perpetrando todavía, permanecen.

En materia de competencia, se sale al paso de una objeción de la Fiscalía que veía en el art. 6 de la Convención un obstáculo para la persecución del

5 Hay que señalar que el art. 5 de la ley "de punto final" y el art. 2 de la ley "de obediencia debida" excluían del ámbito de aplicación de ambas los delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores.

delito de genocidio en España, ya que que en ese texto la competencia se atribuye a la jurisdicción del lugar de realización del delito o, en su caso, a la Corte Penal Internacional, constituida al efecto. Para UPF ese inconveniente no es real, puesto que la posibilidad de juzgar en España delitos de genocidio cometidos en otro país deriva del propio derecho interno. Y esta solución no está excluida por la Convención y además es la más favorable precisamente para el cumplimiento de los fines de la misma. De otro lado, sería paradójico ofrecer a los eventuales genocidas estatales la posibilidad de autogarantizarse la impunidad, justamente, suscribiendo la Convención.

En lo relativo a los delitos de terrorismo, se recuerda la existencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la competencia de la jurisdicción española para perseguir conductas de esa clase cometidas en el extranjero.

Tampoco se acepta la objeción de que pueda ser un obstáculo a la actuación de la justicia española el dato de que –existiendo los correspondientes tipos delictivos– no estuviera prevista la competencia para perseguir, conforme a los mismos, hechos cometidos fuera de España. El terrorismo, en este caso. Se replica que la irretroactividad no permitida es sólo la de la ley penal, la ley sustantiva. Lo que sólo implica un veto a la persecución de conductas no incriminadas en el momento de su realización. Fuera de esto, el proceso como tal –que quiere decir jurisdicción, competencia y procedimiento– se rige siempre por su ley actual.

Por último, se arguye, no existe razón para que pueda temerse un quebrantamiento del *non bis in idem*. Y es cierto. Diría que la Fiscalía, con su escrúpulo, ha acuñado en este punto todo un género: el *formalismo mágico*. Pues razonar con fundamento en esa posibilidad irreal, cuando hay constancia cierta de la masiva esterilidad de los procesos seguidos en Argentina contra los responsables de la masacre, sólo cabe a costa de negar la más abrumadora de las evidencias informativas.

Hay buenos motivos para conocer la resistencia de los imputados frente a la jurisdicción, que se tradujo incluso en algunos alzamientos en armas protagonizados por los infames “carapintadas” (con las mejores razones para ocultar su rostro). Y que desembocó, finalmente, en la exoneración de responsabilidades en que se tradujo la Ley de obediencia debida de 1987.

Así, no quedó más proceso que el de los jefes de las juntas, que no fueron acusados de genocidio ni de rebelión, sino de detenciones ilegales y homicidios de personas concretas (en una proporción que ni simbólica en relación con el total de víctimas). Y, al final, indultados individualmente por el presidente Menem.

Es precisamente la falta de persecución—es decir, *de persecución efectiva*—de los hechos en Argentina lo que dio lugar a la incoación de causas criminales en Italia (con noventa militares argentinos procesados); Francia (donde ha sido condenado a cadena perpetua en rebeldía el capitán de navío Astiz, por el asesinato de dos monjas); Suecia (con procesamiento del mismo sujeto por el asesinato de una adolescente) y Estados Unidos (contra el general Suárez Mason)⁶.

Y, como no podría ser de otro modo, en ninguno de los países citados los tribunales han reconocido validez a las leyes de punto final y de obediencia debida. Y tampoco a los indultos.

En la misma línea, UPF ha entendido que igualmente en España tales disposiciones no pueden producir efectos. Primero, porque es legítimamente cuestionable que las autoridades e instituciones que las adoptaron hubieran dispuesto de—real—libertad para hacerlo, dadas las condiciones en que se produjo su actuación en todos los casos. También, porque es discutible que cupiera reconocerles el derecho a disponer de bienes jurídicos de la relevancia de los afectados, primero por la masacre, y luego por sus medidas, directamente incidentes en la esfera constitucional de lo *políticamente indecible*⁷, en la precisa expresión de Ferrajoli. Y, más en concreto, porque la Constitución española rechaza los indultos generales; y, como ya se dijo, ni el Código Penal ni los tribunales españoles admiten que pueda operar como causa de justificación la *obediencia debida* a órdenes manifiestamente criminales. Todo ello, sin contar que la aprobación de aquellas leyes por el Estado argentino supuso la ruptura de los compromisos contraídos frente a la comunidad internacional con la ratificación de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos en 1983, tras el restablecimiento de la democracia.

PERO EL PROCESO SE MUEVE

Su andadura judicial se concreta, básicamente, en cuatro resoluciones del juez Baltasar Garzón, titular del Juzgado central de instrucción N° 5. La primera, un auto de 10 de junio de 1996, además de acoger en sus fundamentos de forma pormenorizada los datos y argumentos de la denuncia inicial de UPF y sucesivas ampliaciones, admitía a trámite las querellas promovi-

6 En este caso se trata de un proceso no penal, sino de extradición y de indemnización de daños y perjuicios.

7 Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero, Trotta, Madrid, pág. 864. También L. Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías", trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 16-17, 1992, pág. 65.

das en el ejercicio de la acción popular por las entidades a que se ha hecho anterior referencia.

Poco después, el 28 de junio siguiente, un nuevo auto declaraba la competencia de la jurisdicción española y en concreto del Juzgado hasta ese momento conocedor del asunto, que daba comienzo a la investigación. Sigue otro auto, éste del 12 de septiembre del mismo año 1996. En él lo sustancial fue el acuerdo de librar comisión rogatoria a las autoridades judiciales argentinas, a las que –a lo largo de más de treinta folios– se solicitaba la práctica de todas las diligencias necesarias para la identificación de los posibles autores de los hechos perseguidos.

También se disponía el envío de otra comisión rogatoria a Suiza para que las autoridades de ese país llevaran a cabo una investigación bancaria sobre las personas imputadas en la causa. Esto en aplicación de una máxima de experiencia que va camino de convertirse en ley de validez universal, una vez confirmado, por ingente acumulación de datos, que la condición de *salvapatrias* en ejercicio lleva consigo espectaculares aumentos de patrimonio y, con éstos, el impulso irrefrenable a beneficiarse de las ventajas que aquel país –otrora refugio de las víctimas de la intolerancia europea– ha venido ofreciendo a los tocados por cierta clase de fortuna.

Vale la pena señalar que las tres resoluciones citadas adquirieron firmeza, puesto que no fueron recurridas, ni siquiera por la Fiscalía, no obstante las iniciales reservas.

Un nuevo auto, éste de 26 de febrero de 1997, se hacía eco del “absoluto desprecio del contenido del Tratado de Asistencia Judicial [así como del] olvido consciente de las demás normas internacionales que regulan el derecho de tratados” exhibido por las autoridades argentinas. A las que se venía a recordar cómo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, con fecha 2 de octubre de 1992, había declarado las leyes de punto final y obediencia debida y el decreto de indulto 1002/89 incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Congreso argentino el 1 de marzo de 1984. Así como la resolución del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 5 de abril de 1995, declarando tales leyes y decreto contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, asimismo aprobado por el Congreso argentino, en este caso el 17 de abril de 1986.

Finalmente, en el capítulo de decisiones judiciales aquí reseñables, es de indudable relieve el auto de 25 de marzo de 1997. Su punto de arranque está en el obstruccionismo de la actitud argentina frente a la comisión rogatoria que tenía por objeto recibir declaración como imputado al general Galtieri.

En vista de lo negativo de este resultado –y puesto que la ley española, dada la gravedad de los delitos y la necesidad de la medida para la marcha del proceso, lo permite– el juez consideraba necesario disponer la prisión provisional incondicional del imputado, para así poder librar una orden internacional de detención, como paso previo a la demanda de extradición.

Esta decisión suscitó una reacción altamente significativa por su procedencia. La del canciller argentino Guido Di Tella, que, sorprendido por la noticia en París, se despachó con la burda sentencia de que “los muertos muertos están”. A la que seguiría una grosera descalificación del juez, con el argumento de que no está “en su sano juicio”. Y “El sano juicio” fue, para remate, el título de un artículo de su firma, aparecido por esas fechas en la prensa bonaerense, en el que podía leerse que el juez: “No sólo desafía el principio jurídico de la cosa juzgada, sino que transgrede el principio de territorialidad de la ley penal... Los delitos deben ser juzgados por los tribunales del país donde aquellos se cometen. Lo contrario se basa en una tradición jurídica arcaica, propia de los países que solíamos llamar imperialistas, que nacen en el medioevo...”. (Pase que el articulista no sepa de cosa juzgada y tampoco de territorialidad de la ley penal. Pero ¿cómo es posible que, ministro de exteriores de un país del cono sur de América Latina, pueda hacer gala de tanta ignorancia en tema de imperialismo?). Concluía, por supuesto, que respecto a los crímenes de la dictadura militar argentina no podía hablarse de impunidad. Pero no explicaba lo que el término quería denotar en su particular léxico.

CUANDO “LOS MUERTOS MUERTOS ESTÁN”... Y LOS CRÍMENES IMPUNES, PERO LA IMPUNIDAD PUEDE HACERSE MÁS DIFÍCIL Y MÁS VISIBLE

El canciller argentino, quizá para no maltratar más la sensibilidad de la opinión, renunció a mayores precisiones sobre su concepto de impunidad. Pero, en realidad, no eran necesarias, porque no es fácil ya aportar nada nuevo en materia de justificación de los crímenes y de justificación y propaganda de las políticas de desactivación de la memoria histórica.

Agencias de opinión oficiales *ad hoc* han proclamado con reiteración y clónica monotonía que, siempre y en cada país, en todo los casos, las raíces del conflicto estuvieron en la necesidad de dar respuesta a la *subversión*. En el principio fue la *subversión*; después el *estado de necesidad*. El resto pertenece a la metafísica, como nacido de lo profundo de la naturaleza humana: “caída”, al fin y al cabo⁸. Pasó –sigue el discurso oficial– lo que pasa

8 Paradigmáticas resultan a este respecto algunas palabras del teniente general Balza, jefe del Estado mayor general del ejército argentino, en el mensaje dirigido al país, en

fatalmente cuando dos grupos humanos se enfrentan en una lucha fratricida... De ahí que *la salida* haya tenido que desembocar en la "reconciliación", que exige de todos generosidad y olvido, con la vista puesta en el futuro...

Pero no. A estas alturas –después de no haber respetado nada y tras de haber manchado todo– resulta casi paradójico que lo más difícil sea faltarle el respeto y jugar con el lenguaje. El discurso envenenado de cambiar crímenes por crímenes no vale. Y no por razón de la desproporción de las magnitudes (que en el plano del pragmatismo político podría ser un argumento), sino porque en la reescritura del diccionario resultante de la experiencia de esos años terribles *impunidad* ya no es sólo la genérica falta de castigo. La *impunidad* de que se habla en este contexto cuando se habla de impunidad, es la de los crímenes de lesa humanidad cometidos de forma masiva por poderes institucionales, que, además, invariablemente, primero violaron todos los derechos fundamentales y después se burlaron del derecho –aunque fuera por la interposición de gobiernos democráticos bajo amenaza– convirtiéndolo en cómoda vía de escape.

Pero también en esta materia el diccionario ha experimentado cambios: ese derecho –el Decreto-ley N° 2191 de 1978, chileno; la brasileña ley N° 6683 de 1979; las argentinas ya citadas; la uruguaya N° 15848 de 1986; el guatemalteco Decreto-ley 8 de 1986; el salvadoreño N° 805 de 1987; la Ley de amnistía amplia e incondicional de Honduras, de noviembre de 1987; la peruana Ley N° 26479 de 1995⁹– no es *derecho válido* en el sentido actual de las constituciones y los grandes textos internacionales. Conforme al *derecho del Estado constitucional de derecho* el poder sólo se justifica a través de la efectividad y la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y aunque *de facto* pudiera estar en situación de dar forma legal a cualquier cosa, *no está a su alcance revestir de legitimidad sustancial* a todo lo que haga.

El avance político-cultural que esto representa en la perspectiva de la cuestión aquí tratada es indudable: refuerza la posición de quienes defienden los derechos conculcados y hace más difícil la oscura tarea de los

1995: "Siendo justos, miraremos y nos miraremos, siendo justos reconoceremos sus errores y nuestros errores. Siendo justos veremos que del enfrentamiento entre argentinos somos casi todos culpables... [porque] cuando un cuerpo social se compromete seriamente, llegando a sembrar la muerte entre compatriotas, es ingenuo intentar encontrar un solo culpable, de uno u otro signo, ya que la culpa en el fondo está en el inconsciente colectivo de la nación toda..." (Publicado en la prensa del 26 de abril de 1995).

9 Todas estas disposiciones, a excepción de la última, pueden consultarse en "Leyes de impunidad en América Latina", *Pueblos*, Boletín de la Liga Colombiana por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, No. 13. Aquella se publicó en *El Peruano*, Lima, 5 de junio de 1995.

partidarios del "borrón y cuenta nueva". En general, traza una línea, de progreso jurídico a la que es preciso aplicar todos los esfuerzos¹⁰. Es la línea en que se sitúa el de UPF y las entidades que han secundado su denuncia. Un esfuerzo que no es inútil, ni siquiera desde ese punto de vista *práctico* en el que más se le cuestiona. Porque, aparte de reforzar el "Núremberg de la memoria" de Vázquez Montalbán, e incidir en la denuncia del vacío de desarrollo de instrumentos jurídicos internacionales ya prefigurados en los principales textos de ese orden y realmente debidos; en el marco de los procesos en curso en varios países han podido dictarse medidas concretas, como alguna sentencia condenatoria, cierto que en rebeldía, órdenes de detención¹¹ y de investigación patrimonial¹².

Por otra parte, estos procesos tienen también una trascendencia en el orden jurídico general que no cabe infravalorar: ponen en tensión a todo el ordenamiento. De ahí que a los que dudan haya que devolverles la pregunta: ¿cómo podrían explicar la renuncia al empleo de uno sólo de los instrumentos disponibles de respuesta desde el derecho a los responsables de esas acciones materialmente *genocidas*? ¿Qué otra cosa cabría hacer para que horrores así no vuelvan a producirse?

Desde otro punto de vista, actuaciones así sirven también para poner de manifiesto evidentes insuficiencias en la protección de bienes jurídicos esenciales, con las que hay que acabar necesariamente. Como en el caso emblemático del delito de genocidio y su precaria tipificación en el texto de la Convención. En efecto —en esto, lamentablemente, tendría más razón la Fiscalía General del Estado que UPF— la exclusión de la identidad política como criterio determinante del ámbito de aplicación del precepto del art. 2

10 A este respecto, debe señalarse que, en otro juzgado de la Audiencia Nacional, se encuentra asimismo abierta causa criminal por crímenes contra la humanidad (genocidio y terrorismo), contra el general Pinochet y otros. Sobre el tema, cfr. Joan E. Garcés, "Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 28, 1997, págs. 92 y siguientes.

Por cierto, acaba de ser noticia —*El País*, 25 de junio de 1997— que la ministro de Justicia estadounidense ha dado orden de que se preste, al juez español que instruye el el proceso, la colaboración reclamada, en el marco del Tratado de Asistencia Legal Mutua hispano-norteamericano.

- 11 Aparte la exigencia procesal de que la imputación fuera comunicada personal y directamente a los interesados, su presencia sería también necesaria para la celebración del juicio, que no podría tener lugar de hallarse los mismos en rebeldía.
- 12 En este momento, ya se tiene noticia de que han sido ya localizadas, al menos cuatro cuentas en entidades bancarias suizas, abiertas a nombre de los investigados. *El País* (6 de julio de 1997) ofrecía este titular: "Suiza bloquea las cuentas de cuatro militares argentinos por orden de Garzón").

no se debió a una omisión involuntaria¹³. Como se sabe muy bien, fue fruto de las hipotecas que pesaban y siguen pesando sobre la ONU. Entonces y ahora, por eso mismo, apenas un apunte de Estado de derecho en el plano internacional; profundamente necesitada de la reforma¹⁴ que democratice su estructura, dotándola de verdadera funcionalidad a la realización de los principios que la propia organización ha consagrado con el más alto rango normativo.

En esa perspectiva, no cabe duda, asumir y llevar adelante iniciativas como la que ha dado lugar al proceso de Madrid, es una manera de trabajar por todas esas cosas. Porque, como bien nos consta, la impunidad de los crímenes de lesa humanidad no es sólo cuestión de hecho. Se nutre también de materia *formalmente* jurídica¹⁵. Ahora sabemos mejor –y aquí se perfila un deber ineludible para los juristas de conciencia– que esa obscena cobertura legitimadora puede ponerse mucho más difícil. Procurar que así sea, es una forma –modesta, cierto– pero una forma de empezar a hacerla realmente imposible.

-
- 13 Sobre el particular, puede verse J. Verhoeven, "Il concetto di genocidio", en Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Genocidi/genocidio*, 1995, págs. 46-47. Aunque es asimismo cierto que el art. 6 c) del Estatuto del Tribunal de Núremberg, que incluye, junto al "asesinato... cometido contra cualquier población civil" también "las persecuciones por motivos políticos..." ha sido aplicado directamente en procesos como el seguido contra Eichmann, en Jerusalem, en el caso Barbie, en Francia y en otros supuestos. (Cfr. J. E. Garcés, *op. cit.*, pág. 93).
- 14 Cfr. Fondazione Internazionale Lelio Basso per il Diritto e la Liberazione dei Popoli, *Un pianeta senza governo. Crisi e futuro del sistema delle Nazioni Unite*, Edizioni Associate, Roma, 1988. También L. Ferrajoli-S. Senese, "Quattro proposte per la pace", en *Democrazia e diritto*, 1/1992, págs. 244 y siguientes; y D. Archibugi, *Il futuro delle Nazioni Unite*, Edizioni Lavoro, Roma, 1995.
- 15 "La impunidad fáctica de los años de dictadura argentina derivó en 'impunidad legalizada' bajo los gobiernos democráticos. Lo que no crearon las leyes de impunidad formales de la era Alfonsín, a saber: la absolución de militares rectores y principales responsables, fue alcanzado por los numerosos decretos del presidente Menem de indulto a los militares y policías aún no beneficiados. Esta praxis de amplia legislación de impunidad...". (Kai Ambos, "De la estructura jurídica de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal. Un comentario desde el punto de vista jurídico", de próxima publicación en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*).

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 seiscientas 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 Bernaldes, 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 Bernaldes, 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 cumplieran 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 Saquicuray, 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 abdican 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 Lowestein, *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 a la 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 deliberativas, 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 inadmisibles 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, Giuffrè, 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 requisito 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, Helmut Quaritsch, 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, 1930, 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 Libertá fondamentali nello stato costituzionale...* op. cit. Pág. 116.

55 Dieter Grimm y Paul Kirchof, *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, Tubingen, 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 Libertá 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 Olivás, 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 *intuitio 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 no 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 Saénz, *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 omni-comprehensiva; 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, Massachusetts, 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 *habeas 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 Libertá 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 formales, 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 Intera-mericana 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 Volkerrecht*, 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 centripeto, 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 supralegal, 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 o 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 hermeneúutico 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 –iusnaturales–, 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.

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA -JUSTICIA PARA LA PAZ-

Elizabeth Odio Benito

*Jueza del Tribunal Penal Internacional de
las Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia*

PRESENTACIÓN

Al invocar el Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas como fundamento de su decisión de crear un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas abrió amplias perspectivas para la consolidación de instancias judiciales como mecanismos a los que la comunidad internacional puede recurrir para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

La Resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 que decidió "la creación de un tribunal internacional para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia después de 1991", representó también la primera oportunidad histórica para juzgar a presuntos responsables de crímenes de guerra en un Tribunal verdaderamente internacional –no únicamente multinacional como Nuremberg–, y estableció un precedente inédito hasta entonces en el accionar del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La creación de este Tribunal –que sería seguida poco después por la decisión de establecer otro Tribunal *ad hoc*, encargado éste de juzgar el genocidio cometido en Ruanda en 1994– ha representado también una oportunidad única para llegar a la paz por la vía de la justicia. De igual modo, un reconocimiento a las víctimas inocentes de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los derechos humanos fundamentales de su derecho a ser oídas; y un instrumento para castigar a los culpables dentro de los estrictos principios jurídicos de garantías judiciales que distinguen a la justicia de la venganza.

Su accionar no ha estado exento de problemas de las más variada índole, económicos unos y políticos los más importantes. Pero quienes lo integramos, dedicamos cada día lo mejor de nuestras capacidades a alcanzar las metas para las que fue creado, porque todos creemos que sin justicia no habrá paz verdadera.

El Derecho Internacional Humanitario no puede seguir siendo sólo un conjunto de recomendaciones que los Estados y los individuos quebrantan gravemente sin ninguna sanción. Los Tribunales nacionales, aunque competentes legalmente, han demostrado ser inoperantes en este ámbito. Es por ello que administrar justicia en tales situaciones debe ser competencia concurrente de Tribunales internacionales que tengan primacía sobre aquéllos. La impunidad de los criminales en los conflictos armados, nacionales o internacionales, debe cesar. Solo así el concepto de “naciones civilizadas” tendrá verdadero sentido.

A examinar los antecedentes, fundamento, competencia, organización, procedimientos y experiencias acumuladas hasta ahora por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia está dedicado este artículo. Su intención se encamina también a abrir un diálogo latinoamericano para pensar en soluciones similares para enfrentar las graves violaciones que del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hemos padecido y padecemos en nuestra región, dentro de la mayor impunidad para sus autores. Contribuir a ese diálogo es mi mayor esperanza al escribirlo.

I. ANTECEDENTES

A. Históricos:

1. La idea de juzgar a los responsables de violaciones contra las leyes y costumbres de la guerra no es nueva en ningún sentido y así se refleja en los códigos militares de muy diversos países.

Durante siglos, los comandantes militares, desde Enrique V de Inglaterra, con sus famosas ordenanzas de guerra en 1419, hasta los juicios contra los soldados norteamericanos envueltos en la masacre de My Lai y juzgados de acuerdo con el Código de la Justicia Militar de los Estados Unidos, han aplicado tales leyes contra los responsables de crímenes de guerra.

En otros casos, los Estados han llevado a juicio a prisioneros de guerra por violaciones cometidas contra las leyes y costumbres de la guerra.

Pero en ninguna de las dos situaciones (las cortes militares juzgando a sus propios soldados o los Estados enjuiciando a prisioneros vencidos en

una guerra), el sistema judicial ha funcionado eficientemente. Excepto en el caso de una derrota total —el ejemplo de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial—, juicios por crímenes de guerra contra soldados enemigos y sus comandantes o responsables políticos, han sido raros o difíciles. Los juicios en tribunales nacionales contra sus propios soldados o responsables militares o políticos, han sido mas raros aún, dadas las consideraciones nacionalistas, patrióticas o propagandísticas, propias de esas situaciones.

El Tratado de Versalles que siguió a la Primera Guerra Mundial ilustra muy bien lo que decimos. Los países vencedores en esa guerra, obligaron a la vencida pero no totalmente ocupada Alemania a entregar a los aliados cerca de 900 personas acusadas de haber cometido violaciones a las leyes de la guerra. Pero aun un país entonces débil y vencido como Alemania, pudo resistir la presión de cumplir con lo que ordenaba el Tratado de Versalles (artículos 227, 228 y 229) y Holanda se negó a entregar al Káiser Guillermo II, refugiado en su territorio. Los aliados finalmente aceptaron que cortes nacionales alemanas juzgaran a un número significativamente reducido de presuntos responsables de crímenes de guerra y las sentencias fueron pocas y clementes. A pesar de sus enunciados (el Káiser y sus comandantes debían ser juzgados “por actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra” y “por ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”), el modelo de Versalles probó ser claramente decepcionante frente a la necesidad de justicia.

La necesidad de una jurisdicción penal internacional para juzgar a los Estados y a los individuos responsables de crímenes de carácter internacional (el terrorismo, por ejemplo), motivó las gestiones hechas en 1937 por la entonces existente Sociedad de Naciones de preparar una Convención en tal sentido. Las circunstancias políticas ya imperantes obligaron a abandonar de nuevo la idea, la cual reaparecerá recién al finalizar la Segunda Guerra Mundial, impulsada por el horror colectivo del Holocausto y las demás atrocidades cometidas durante ese conflicto mundial.

2. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, las cuatro principales potencias victoriosas y ocupantes, establecieron un Tribunal Internacional Militar para juzgar en Nuremberg a los 20 máximos responsables de la guerra y varios miles de criminales de guerra nazis fueron juzgados por cortes y tribunales nacionales, de conformidad con el Acuerdo No. 10 de Consejo de Control Aliado y bajo leyes nacionales.

El Tribunal de Nuremberg tuvo como base jurídica la denominada “Carta del Tribunal Militar Internacional” que estableció las competencias del Tribunal con respecto a crímenes contra la paz (*jus ad Bellum*) y crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad (*jus in Bello*).

En Tokyo funcionó otro Tribunal multinacional, establecido éste mediante proclama del comandante en jefe norteamericano de las Fuerzas Armadas en el Lejano Oriente, Gral. MacArthur, con el apoyo de los países victoriosos y de China. Este Tribunal aplicó los principios jurídicos de Nuremberg.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, organización fundada en 1945, adoptó en los años sucesivos instrumentos jurídicos fundamentales para el desarrollo moderno de los Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario. Se aprobaron también las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Facultativos de 1977 y la Convención sobre la no aplicabilidad de medidas de prescripción a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (Res. 2391 (XXII) de 26 de noviembre de 1968). A partir de esta Convención se admite internacionalmente el carácter de imprescriptibles de los crímenes de guerra.

En el artículo 6 de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio de 9 de diciembre de 1948 se prevé la posibilidad de juzgar a las personas acusadas de tal crimen ante "la Corte penal internacional que sea competente para las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción". Pero tal Corte no fue creada, ni tampoco la que menciona la Convención sobre la eliminación y la represión del crimen del *apartheid* de 30 de noviembre de 1973, cuyo artículo V también menciona un tribunal penal internacional.

Adicionalmente, la idea de establecer una jurisdicción penal internacional y crear un órgano judicial encargado de aplicar la normativa internacional existente, se discute periódicamente en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y en la Asamblea General desde hace largos años. Finalmente, el proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional Permanente se terminó de redactar en la Comisión en 1994 y en su última sesión –1996–, la Comisión adoptó el proyecto de un Código Penal Internacional que será discutido ahora –y esperamos que no por demasiados años–, en las Naciones Unidas por los gobiernos que integran la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Pero el proyecto tan laboriosamente trabajado, discutido y preparado por la Comisión de Derecho Internacional, se refiere a la creación tan necesaria de una jurisdicción permanente y una competencia universal que sería establecida por la vía convencional para juzgar los crímenes contra la paz y la seguridad internacionales cometidos por los individuos, sin olvidar, la responsabilidad de los Estados conforme a las normas del Derecho Internacional (artículo 4 del proyecto de Código). El Tribunal Penal Internacional que aquí nos ocupa, ha sido creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con la única competencia de juzgar los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos en la ex-Yugoslavia desde 1991.

A pesar del fantástico desarrollo de los derechos humanos que sigue a la creación de las Naciones Unidas en 1945, ningún intento, —con las excepciones de Nuremberg y Tokyo arriba mencionadas—, se ha hecho para juzgar a los responsables de muy graves violaciones a los derechos humanos y de crímenes contra la humanidad como Pot Pol, Idi Amin, Saddam Hussein o Pinochet, entre muchos otros, con la débil excusa por parte de algunos de que las atrocidades por ellos cometidas no ocurrieron en el contexto de una guerra internacional. Los disturbios internos y aun las guerras civiles siempre han quedado fuera de los parámetros de crímenes de guerra o de violaciones graves a los Convenios de Ginebra. Esta es una laguna de Derecho Internacional Humanitario que debe remediarse a la brevedad posible, pues es la que permite afirmar, —afirmación que comparto—, que es más fácil que alguien vaya a la cárcel por un robo simple que por cometer un genocidio.

La Guerra del Golfo Pérsico, que sí fue una guerra internacional, era una excelente oportunidad para la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, y a pesar de que el Consejo de Seguridad invocó la amenaza de perseguir a los iraquíes que hubieren violentado tales normas, la resolución de cese de fuego no contiene una sola palabra acerca de la responsabilidad individual por tales actos. En cambio, la resolución de las N.U. (Res. 687 (1991) del Consejo de Seguridad) promulga todo un sistema de reparaciones de guerra y establece numerosas obligaciones para Iraq en áreas que van del desarme a la demarcación de fronteras.

Esto no es sorprendente dado que la coalición de gobiernos vencedores en esa guerra tenía unos objetivos limitados y entre ellos no estaba arrestar y juzgar a Saddam Hussein como criminal de guerra. Así se perdió una histórica oportunidad para sentar precedentes que hubieran facilitado la tarea de la comunidad internacional cuando explotó el conflicto armado en la "República Federal de Yugoslavia".

B. La creación del Tribunal

1. Resulta imposible, prácticamente en cualquier contexto, sintetizar los elementos o los acontecimientos más significativos del conflicto yugoslavo. Dentro de los objetivos de un trabajo como éste, por obvias razones, no me propongo hacerlo. Sin embargo, conviene repasar algunos hechos como los siguientes:

- a) La República Federal de Yugoslavia surgió al final de la Segunda Guerra Mundial como resultado de la victoria militar del Mariscal Tito y su Movimiento de Liberación Nacional, apoyado por Moscú contra los fascistas. Este nuevo Estado, basado en principios federales y democrá-

ticos, estaba integrado por las repúblicas de Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro, Macedonia, y las provincias autónomas de Kosovo y Vojvodina. Luego de la muerte del Mariscal Tito salen a la superficie viejas discrepancias étnicas y religiosas entre las distintas repúblicas, discrepancias que se agudizan por problemas económicos después de la caída del muro de Berlín en 1989. El mensaje ultranacionalista de algunos líderes serbios y el temor a la venganza por antiguos agravios, provoca como reacción que el 25 de junio de 1991, Croacia y Eslovenia proclaman su independencia de la República Federal de Yugoslavia, con lo que se inicia el proceso de disolución de ésta. Ese mismo día empiezan los combates entre el ejército federal (J.N.A.), uno de los ejércitos más poderosos y mejor armados de Europa y combatientes croatas y eslovenos.

- b) La independencia de Croacia y Eslovenia, reconocida muy rápidamente por algunos estados europeos, se confirma el 8 de octubre sin que se hayan realizado las negociaciones acordadas por la Conferencia Europea del 7 de julio.
- c) A partir del verano de 1991, los combates se generalizan por todo el territorio de Bosnia-Herzegovina, entre fuerzas regulares de ejército federal, y milicias croatas y bosnias. Los intereses étnico-expansionistas de los serbios se ponen de manifiesto en estas luchas armadas de los federales contra croatas y bosnios de Bosnia-Herzegovina.
- d) El 25 de setiembre de 1991, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que había dejado hasta ese momento toda iniciativa a los gobiernos europeos, adopta una primer resolución –Res.713 (1991)– decidiendo “un embargo general y completo de todo envío de armas y equipo militar a Yugoslavia”. Esta resolución tiene una particular importancia pues por primera vez el Consejo de Seguridad calificó la persistencia de los enfrentamientos armados en Bosnia-Herzegovina como “una situación que constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales”.
- e) Los combates continúan y el 15 de diciembre siguiente el Consejo de Seguridad decide “enviar un pequeño grupo de personal militar” primera avanzada de las “fuerzas de protección de las Naciones Unidas” (UNPROFOR).
- f) El primero de marzo de 1992 los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina se pronuncian por referéndum en favor de su independencia de la República Federal y el 6 de abril, el “Parlamento del pueblo serbio” –esto es, bosnios de la etnia serbia–, proclama “la independencia de la República

serbia de Bosnia-Herzegovina", con lo que pretenden dividir la república de Bosnia-Herzegovina y separarse de ella, para luego unirse con todos los otros serbios de la antigua Yugoslavia y dar vida a la "Gran Patria Serbia", un viejo ideal común de este grupo étnico-religioso.

- g) El 27 de abril siguiente el Parlamento de Belgrado adopta la nueva constitución de la "República Federal de Yugoslavia" (Serbia y Montenegro).
- h) El 30 de mayo de 1992 el Consejo de Seguridad adopta la resolución 757 que condena expresamente a "las autoridades de Serbia y Montenegro" y decide sanciones rigurosas en su contra.

2. En el verano de 1992, por revelaciones de la prensa norteamericana, confirmadas por la prensa europea, por el Comité Internacional de la Cruz Roja y por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la opinión pública mundial empieza a comprender la dimensión de las atrocidades que están ocurriendo en la antigua Yugoslavia y muy especialmente, en Bosnia-Herzegovina. La Comisión de Derechos Humanos se declara "aterrada" por informaciones que describen "violaciones generalizadas, masivas y graves de los derechos humanos" y expresa la repulsión que le inspira el concepto y la práctica de la "purificación étnica", con actos que incluyen ejecuciones sumarias y arbitrarias, violaciones, desaparición forzada de personas, torturas, tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, violación sistemática, embarazos y prostitución forzada de miles de mujeres, utilizadas como medio de depuración étnica y de terror. (Res. 1992/S-1/1 adoptada por la Comisión en su primera sesión extraordinaria el 14 de agosto de 1992).

En este contexto, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adopta una serie de resoluciones, entre la cuales cabe mencionar por su importancia las siguientes:

- a. Res. 764 (1992) de 13 de julio: reafirma que todas las partes en el conflicto tienen el deber de cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional Humanitario, en particular, los Convenios de Ginebra de 1949. Establece, igualmente, que aquellas personas que cometan u ordenen la comisión de actos que impliquen violaciones graves de dichos Convenios serán personalmente responsables; esto es, se exige la responsabilidad individual, aparte de cualquier responsabilidad de los Estados.
- b. Res. 771 (1992) de 13 de agosto: se exige a todas las partes que pongan término en forma inmediata a las violaciones del Derecho Internacional

Humanitario que se estaban perpetrando en Bosnia-Herzegovina; condena en forma enérgica las violaciones y pide a los Estados y a las organizaciones internacionales humanitarias que reúnan información al respecto. En conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo decidió que todas las partes y todas las fuerzas militares acataran lo dispuesto en la resolución, pues de lo contrario, adoptaría nuevas medidas;

- c. Res. 780 (1992) de 6 de octubre: se establece una Comisión de Expertos encargada de examinar las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Compuesta por cinco expertos y presidida sucesivamente por los profesores F. Kalshoven, T. Opsahl y Cherif Bassiouni, la Comisión, a pesar de la insuficiencia de medios y falta de apoyo, estableció, a partir de investigaciones en el sitio, de informes de los Estados, de órganos de Naciones Unidas, de las ONG y de personas privadas, una base de datos impresionante y presentó un informe final (con 3.000 páginas de anexos) dando cuenta de asesinatos masivos, limpieza étnica, violaciones, torturas, destrucción de bienes civiles y culturales, arrestos, ejecuciones sumarias y otra serie de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las mismas violaciones fueron constataadas por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, señor Tadeusz Mazowiecki, en sus varios informes a la Comisión.

3. La Resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 del Consejo de Seguridad:

A estas alturas de la evolución del conflicto (febrero de 1993), resulta evidente que las repetidas negociaciones de paz han fracasado, que la asistencia humanitaria es absolutamente insuficiente para aliviar la situación de las víctimas, que las fuerzas de mantenimiento de paz (UNPROFOR) poco o nada pueden remediar frente a lo que ocurre y que los autores de semejantes crímenes, remedos de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, deben ser sancionados por un tribunal internacional pues se desconfía con razón de que tribunales nacionales puedan llevar a cabo semejante tarea en medio de la guerra.

El Consejo de Seguridad decide entonces, por iniciativa de Francia que apoyan rápidamente los restantes miembros del Consejo, aprobar la creación de un tribunal internacional *ad hoc*.

Tras recordar las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario, y que tal situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y resuelto a poner fin a dicha amenaza, el Consejo

decide que “se establezca un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991”.

Los términos de la decisión son precisos: no se está creando un jurisdicción penal internacional en general ni un tribunal penal internacional de carácter permanente. La jurisdicción del Tribunal así creado tendrá, entonces, unas limitaciones objetivas y temporales. Se pide al Secretario General que someta al Consejo en un plazo no mayor de 60 días, un informe para ejecutar rápidamente la decisión.

4. La Resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993:

La etapa anterior había sido decisiva. Vencidas las reticencias iniciales de China y de Rusia, —que querían evitar toda mención al Capítulo VII de la Carta—, quedaba la tarea de redactar y aprobar el Estatuto del Tribunal. En el plazo fijado por la resolución 808 y recogidas las opiniones y observaciones de 30 Estados, además de las contribuciones iniciales de Francia e Italia, los comentarios de un gran número de ONG, del Comité Internacional de la Cruz Roja, de expertos y de reuniones internacionales (europeas básicamente), examinados los proyectos de Estatuto completo presentados por los gobiernos de Estados Unidos y de Rusia, el Secretario General presentó su informe, el cual fue adoptado por unanimidad. El informe (S/25704), las Resoluciones 713 (1993) y 808 (1993) y la expresa mención al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, son la base jurídica de esta resolución 827 que decide la creación del Tribunal Internacional *ad hoc* y aprueba su Estatuto.

Nace así el primer Tribunal Penal realmente “Internacional” (Nuremberg y Tokyo fueron tribunales multinacionales, establecidos por decreto de vencedores de una guerra) que la comunidad internacional jurídicamente organizada en el marco de las Naciones Unidas, aprueba para juzgar a los responsables de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, cometidas en un conflicto armado. Nace, y esto es muy importante para entender luego muchas de sus limitaciones, cuando la guerra se desarrollaba con toda violencia y ferocidad entre los serbios, hasta entonces victoriosos, y los croatas y bosnios musulmanes.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO

No obstante lo reciente de su creación, mucho se discutió y se discute aún sobre los procedimientos que se utilizaron para establecer el Tribunal Internacional. De entre las distintas opciones jurídicas que se analizaron para crearlo, éstas serían las más relevantes:

- A. Aprobar su creación por medio de un Tratado Internacional: ésta sería la más ortodoxa de las posiciones dentro de los principios del Derecho Internacional Público; también es la menos eficaz. Basta con pensar que para que un Tratado entre en vigor, se requiere de un número determinado de ratificaciones de parte de los Estados, proceso que normalmente tarda años en ocurrir. En una situación como la que existía al inicio de 1993 en la antigua Yugoslavia, era impensable como solución eficaz a los graves crímenes de guerra que se cometían a diario, puesto que el conflicto armado continuaba.
- B. Aprobar la creación del Tribunal por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a propuesta del Consejo de Seguridad: este procedimiento era mucho más expedito y eficaz que el anterior y tendría un fundamento más internacional, dada la composición de la Asamblea General como órgano máximo político-deliberativo de las Naciones Unidas. Con todo, la Asamblea General carece de competencias dentro de la Carta para adoptar resoluciones obligatorias para todos los Estados miembros. Únicamente emite recomendaciones. Si el Tribunal se hubiera creado por esta vía conforme al artículo 22 de la Carta, con carácter de organismo subsidiario de la Asamblea General, habría carecido de carácter coercitivo.
- C. Consideraciones políticas de variada índole, de oportunidad y de celeridad, abrieron la vía para crear el Tribunal *ad hoc* por resolución del Consejo de Seguridad en virtud de las competencias que le otorga el capítulo VII de la Carta: este procedimiento, estimado por algunos juristas y gobiernos como muy audaz –dado que era la primera vez que se utilizaba–, se fundamenta en las disposiciones del artículo 41 que autoriza expresamente al Consejo de Seguridad a “decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones...”

Adicionalmente, según los términos del artículo 29 de la Carta, “el Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones” y la naturaleza jurisdiccional de un órgano subsidiario no es un obstáculo para su creación, sobre todo que el artículo 22 antes citado que otorga idéntica facultad a la Asamblea General, no señala como competencia de la Asamblea la creación de órganos jurisdiccionales.

No resulta ocioso, por lo demás, recordar que las condiciones previstas por la Carta en el Capítulo VII para que se diera la aplicación de artículo 41, se habían cumplido. A saber, la situación de la guerra en la antigua Yugoslavia había sido objeto de una larga serie de resoluciones del Consejo de

Seguridad y de la Asamblea Genral, en las que se pedía a todas las partes respetar el Derecho Internacional Humanitario, se constataba que la situación descrita en los informes constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, se afirmaba la responsabilidad individual de los autores de las violaciones de derechos humanos, y se señalaba la necesidad de crear los mecanismos que exigieran tal responsabilidad (Cf., entre otras, las Res. 771 (1992) y 780 (1992).)

La creación del Tribunal no fue, entonces, más que la conclusión lógica y jurídica de este laborioso proceso, y en mi opinión, una decisión apoyada en un fundamento jurídico claro.

III. OBJETIVOS Y CARACTERÍSTICAS

Escoger el Capítulo VII de la Carta como fundamento de la creación del Tribunal determina simultáneamente sus límites y objetivos. El Tribunal será jurídicamente válido únicamente en la medida en que su actividad judicial se encamine al restablecimiento y mantenimiento de la paz. Para ello, las Resoluciones 808 (1993) y 827 (1993), tantas veces aquí citadas, determinan que restablecer y mantener la paz, disuadir de la comisión de nuevos crímenes y hacer justicia, son los objetivos del Tribunal.

En los términos de dichas Resoluciones, los objetivos del Tribunal se expresan así: "...Decide (el Consejo de Seguridad) establecer un Tribunal con el único propósito de enjuiciar las personas responsables por violaciones serias del derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia....", convencido el Consejo de que tal "objetivo permitiría restablecer y mantener la paz...."

Los crímenes cuya investigación y sanción se encomiendan al Tribunal son los cometidos después del primero de enero de 1991.

Con base en estas mismas resoluciones y el Estatuto del Tribunal aprobado con el informe presentado por el Secretario General en cumplimiento de lo que le ordenó la Res. 808, el Tribunal es: 1) un órgano judicial internacional; 2) colegiado; 3) *ad hoc*; 4) especializado; 5) para juzgar personas físicas (no Estados ni grupos).

1. *Órgano judicial internacional*: como apuntamos antes, el Tribunal fue creado conforme a procedimientos de Derecho Internacional Público por órganos competentes de la comunidad internacional, organizada en Naciones Unidas. Es el primer tribunal penal de estas características, pues Nuremberg fue creado por un Tratado entre las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial y Tokyo, por una decisión del General MacArthur;

además, como hemos dicho, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se funda en medio de la guerra, precisamente para hacer la paz;

2. *Colegiado*: el artículo 12 del Estatuto declara que el Tribunal estará integrado por 11 magistrados independientes, provenientes de todas las regiones del mundo;

3. *Ad-hoc*: el Tribunal es temporal, no es un órgano jurisdiccional permanente;

4. *Especializado*: su competencia se limita a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario como lo establece expresamente el Estatuto en su artículo primero;

5. *Para juzgar personas físicas*: juzgar la responsabilidad penal individual conforme lo establece el artículo 7 del Estatuto es una de sus características más novedosas. Será individualmente responsable de un crimen quien lo ejecute, pero también quien lo haya planeado, instigado u ordenado, y también, el superior que sabía o tenía razones para saber y no adoptó las medidas necesarias para evitarlo o para castigar a los autores. No exime de responsabilidad una orden impartida por un gobierno o por un superior. Identificar a los responsables de los crímenes de guerra y juzgarlos individualmente es la única forma de evitar las culpas colectivas que tanto daño hacen a las relaciones entre las naciones.

Este artículo 7 se aparta claramente del precedente de Nuremberg que también juzgó la responsabilidad de "grupos criminales". En los términos del artículo 9 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, el Tribunal de Nuremberg podía declarar que un grupo o una organización a la cual pertenecía un acusado era una "organización criminal". De aquí resultaba que cualquier persona podía ser traída delante de los tribunales nacionales de los Estados signatarios en razón de su sola afiliación a esta organización. Así lo recogió también el artículo 10 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

En su informe, (S/25704, párrafo 51) el Secretario General actuando conforme al espíritu de las resoluciones del Consejo de Seguridad y con buen criterio, desestimó el que una persona jurídica pudiese ser considerada "criminal" y por esa sola razón, someter a sus miembros a la jurisdicción del Tribunal Internacional. Lo dijo así: "Los actos criminales previstos en el estatuto son llevados a cabo por personas naturales y independientemente de que pertenezcan o no a grupos".

IV. COMPETENCIA Y DERECHO APLICABLE

La cuestión de la competencia del Tribunal fue objeto de los artículos 1 a 9 de su Estatuto y ocupa un lugar considerable en los comentarios del Secretario General en su informe citado y en las observaciones hechas por los Estados al discutirse el tema en el Consejo de Seguridad. Se trata, sin duda, de uno de los problemas más delicados que había que enfrentar.

Creado *ad hoc*, para fines bien determinados, el Tribunal no podía estar dotado más que de las competencias estrictamente necesarias para atender los objetivos que se le asignaron: juzgar a los responsables de los crímenes de guerra para detener las violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario, a fin de restablecer y mantener la paz.

Con estas bases, las competencias del Tribunal son las siguientes:

- A. *Competencia ratione loci*: El Tribunal es competente para conocer de los crímenes cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales (Artículos 1 y 8 del Estatuto).
- B. *Competencia ratione temporis*: Este fue un problema más complicado. Admitir la competencia del Tribunal sobre crímenes de guerra imprescriptibles que hubiesen sido cometidos en cualquier tiempo en la antigua Yugoslavia, era incompatible con el fundamento jurídico de su creación (el Capítulo VII de la Carta). Esto condujo a escoger una fecha a partir de la cual el Consejo había constatado que las violaciones al Derecho internacional Humanitario había constituido una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Fue, sin embargo, un razonamiento simplista y algo arbitrario (las violaciones al Derecho Internacional Humanitario serían, en todo caso, anteriores a la fecha de su constatación). Dentro de criterios encontrados, el Secretario General se fundamentó en los términos de la Res. 808 (1993) e interpretó que el primero de enero de 1991 era la mejor fecha. Quedó así establecido en el artículo 8 del Estatuto.
- C. *Competencia ratione materiae*: La competencia ordinaria del Tribunal determina que conocerá únicamente de "violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario" (Artículo 1º del Estatuto).

Mayoritariamente la doctrina acepta que el "Derecho de Ginebra" (los cuatro convenios de 12 de agosto de 1949 y los dos Protocolos opcionales de 8 de junio de 1977) tendientes a proteger a las víctimas de los conflictos armados, internacionales y no internacionales (militares fuera de combate

y civiles), y el "Derecho de La Haya" que rige los derechos y deberes de los beligerantes en las operaciones de guerra, son el cuerpo convencional y consuetudinario del "Derecho Internacional Humanitario".

En el Estatuto del Tribunal, estos postulados básicos del Derecho Internacional Humanitario, se recogen en su competencia *ratione materiae*, de la siguiente manera:

1. *Artículo 2:* En aras de la necesidad imperiosa de respetar el principio de "nullum crimen sine lege", consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 del Estatuto hace mención expresa de las Convenciones de Ginebra de 1949 (no de los Protocolos opcionales) y luego enumera crímenes tipificados en distintos artículos de las cuatro convenciones, lo cual puede producir confusión a la hora de juzgar los casos concretos de violaciones graves a los Convenios de Ginebra. Sobre todo que estas "violaciones graves" ("grave breaches") contenidas en estos Convenios no han sido aplicadas hasta ahora en ningún tribunal internacional.

En todo caso, para efectos de nuestro análisis, aceptemos que el artículo 2 del Estatuto se refiere a las infracciones graves ("grave breaches") contenidas en los artículos 50, 51, 130 y 147 comunes de los cuatro Convenios de Ginebra.

2. *El artículo 3* del Estatuto es más claro y se refiere a violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, contenidos en la Cuarta Convención de la Haya de 1907 y su Reglamento conexo.

En el informe del Secretario General se hace clara mención a la definición de crímenes de guerra que fijó el Estatuto del Tribunal de Nuremberg en su artículo 6. Por tales se entienden las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra por soldados o civiles. El artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia enumera los crímenes de guerra que el Tribunal de Nuremberg definió.

3. *Artículo 4:* El delito de genocidio definido en el artículo primero de la Convención para la represión y sanción del delito de genocidio de 1948 constituye el artículo 4 del Estatuto del Tribunal. Recordemos que el crimen de genocidio no está basado en que exista guerra de ningún tipo. Es un crimen, bien se cometa en tiempos de paz o en tiempos de guerra y es contrario al Derecho Internacional aunque sea cometido en el territorio de un solo Estado y contra sus nacionales (como en el caso de Ruanda).

4. *Artículo 5:* Este artículo enumera los crímenes de lesa humanidad, o crímenes contra la humanidad, como también se les llama.

Como lo señala el Secretario General en su informe (párrafo 47), "Los crímenes de lesa humanidad fueron reconocidos inicialmente en el Estatuto y Fallo del Tribunal de Nuremberg, así como en la Ley No. 10 del Consejo de Control para Alemania. Los crímenes de lesa humanidad afectan a la población civil y están proscritos aun cuando se hayan cometido durante un conflicto armado, ya sea internacional o interno".

Se debe a la jurisprudencia de Nuremberg el concepto de que crímenes de guerra cometidos de manera sistemática u organizada, por razones políticas, raciales o religiosas, son crímenes de lesa humanidad. Posiciones doctrinales a las que yo me adhiero afirman la autonomía de la noción de crimen contra la humanidad respecto de la existencia de un conflicto armado, de cualquier tipo de que sea. En este sentido, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal que comentamos, recoge una posición más restrictiva al referir los crímenes contra la humanidad a la existencia de un conflicto armado, interno o internacional.

D. *Jurisdicción concurrente:* Empleamos el término "jurisdicción" en vez de "competencia" para referirnos al contenido del artículo 9 del Estatuto del Tribunal, toda vez que resulta más propio.

Este artículo, objeto también de discusiones y análisis en el proceso de redactar el Estatuto, señala que el Tribunal Internacional y los tribunales nacionales tendrán jurisdicción concurrente para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes de guerra, pero establece la primacía del Tribunal Internacional con respecto a los tribunales nacionales.

Dicho de otra manera, el Tribunal Internacional no tiene una jurisdicción penal exclusiva para juzgar los delitos cometidos en la ex-Yugoslavia, pero está capacitado legalmente para intervenir en cualquiera de las fases de las actuaciones de los tribunales nacionales y pedir a éstos que le remitan el conocimiento del asunto de que se trate, siempre que trate de alguno de los asuntos sobre los que el Tribunal Internacional tiene competencia. (Art. 9.2).

En este apartado conviene recordar que el genocidio y los crímenes contra la humanidad son crímenes con jurisdicción universal, con o sin conflicto armado. Las infracciones graves ("grave breaches") a los Convenios de Ginebra y los crímenes de guerra, gozan también de competencia penal universal y los Estados están obligados a juzgar o dar a juzgar a los responsables de tales crímenes, pero han de ser cometidos en tiempo de

guerra (conflicto armado) y en todo caso, la aplicación de estas normas depende de la voluntad política de los Estados. De allí la importancia enorme de un tribunal internacional con competencia para conocer concurrentemente de las violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario.

E. *Cosa Juzgada*: El principio de "non bis in idem" consagrado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantía procesal básica de no ser juzgado dos veces por el mismo delito, está contenido en el artículo 10 del Estatuto. Esto significa que una persona que ha sido juzgada en Tribunal Internacional, no podrá serlo por los mismos delitos en un tribunal nacional. Pero en la situación inversa, esto es, si una persona ha sido juzgada por un tribunal nacional, puede ser juzgada en el Tribunal Internacional en dos hipótesis: a) si el acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) si el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente y tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional.

V. ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS

A. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia es una institución compleja que, en los términos del artículo 11 de su Estatuto, "estará constituido por los siguientes órganos: a) Las Salas, que consistirán en dos Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; b) El Fiscal, y c) Una Secretaría, que prestará servicios a las Salas y al Fiscal".

Como quedó señalado, el artículo 12 del Estatuto dispuso que las Salas estarán integradas por 11 magistrados, tres en cada una de las Salas de Primera Instancia y cinco magistrados en la Sala de Apelaciones.

Al redactarse el Estatuto se previó la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos, dadas las características que ya se conocían de los crímenes cometidos en la guerra en la antigua Yugoslavia y de los cuales las víctimas eran en un 90% civiles inocentes. Se organizó la Unidad bajo la dirección y supervisión de la Secretaría y se le encomendó prestar la asistencia necesaria a las víctimas y a los testigos, particularmente en los casos de agresiones y crímenes sexuales de las que han sido víctimas miles de mujeres y también muchos hombres, en esa guerra. Por múltiples razones no ha funcionado con los objetivos que le asigna el artículo 22 del Estatuto, en el cual por primera vez en un cuerpo de normas internacionales, se incluye el derecho de las víctimas y los testigos a ser protegidos. Este valioso antecedente no ha sido recogido en el proyecto de Código Penal Internacional, en el cual se mantiene la posición tradicional de garantizar exclusivamente los derechos de los acusados y hacer olvido total de los de las víctimas.

B. Se adoptó un proceso caracterizado por la existencia de dos partes procesales en posiciones opuestas (el imputado y el Fiscal) y un órgano jurisdiccional imparcial encargado de conocer el asunto y resolver la controversia.

1. Conforme a los anteriores principios y lo dispuesto por el Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba, el Fiscal es el órgano encargado de realizar las investigaciones, las cuales iniciará de oficio "o sobre la base de la información que haya obtenido de cualquier fuente, en particular de gobiernos, órganos de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales..." (art. 18 del Estatuto). Si encuentra que existen indicios suficientes, el Fiscal preparará el acta de acusación, la cual delimita el hecho punible y la persona responsable. La acusación se transmite al magistrado o magistrada previamente designado, de una Sala de Primera Instancia (mismo artículo 18), con lo cual concluye la fase de instrucción.
2. La fase intermedia siguiente constituye un control judicial de la acción del Fiscal pues el magistrado deberá determinar no sólo que existen indicios de criminalidad, sino también que éstos son imputables al o a los presuntos inculcados. Si el magistrado aprecia la existencia de estos indicios y su imputabilidad a una o unas determinadas personas, confirma el procesamiento y dicta orden de arresto contra el o los acusados. En caso contrario, desestima el procesamiento.

Una vez detenido o detenidos en la Unidad de Detención del Tribunal en La Haya, los procesados comparecen ante el Tribunal para iniciar el juicio.

3. El procesado está cubierto por la presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad. De igual modo, goza de todas las garantías procesales propias de los modernos procedimientos penales, incluido, por supuesto, un defensor o defensora de su elección (art. 21 del Estatuto).
4. El juicio es oral y público. La sentencia que dicta la Sala de Primera Instancia será escrita, motivada y leída en público. Puede ser adoptada por mayoría, por lo que podrá haber opiniones disidentes. Las penas serán únicamente privativas de libertad (no se puede imponer pena de muerte) y se puede, además, ordenar la devolución de bienes adquiridos por medios delictivos (art. 24 del Estatuto).
5. Conforme a un principio procesal garantista moderno (que en Nuremberg no existió), la sentencia de primera instancia tiene apela-

ción. Ambas partes –Fiscal y acusado–, pueden apelar, por errores de hecho o de derecho, conforme lo previsto en el artículo 25 del Estatuto. También existe el recurso de revisión por hechos nuevos.

6. La sentencia se ejecutará en el país que el Tribunal Internacional designe de entre una lista de Estados que hayan indicado al Consejo de Seguridad su intención de aceptar a los sentenciados. Al escribir estas notas únicamente diez países han comunicado su intención de aceptar sentenciados por el Tribunal (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Holanda, Alemania, Bosnia-Herzegovina, Suecia, Croacia, Irán y Pakistán; algunos de ellos han expresado restricciones). El Tribunal podrá supervisar las condiciones de cumplimiento de la sentencia y será consultado obligatoriamente en caso de que el sentenciado sea candidato para algún beneficio penitenciario, incluido el indulto. (art. 27 y 28 del Estatuto).

VI. JUICIOS EN AUSENCIA (O POR CONTUMACIA) Y LA REGLA 61 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBAS

En la época en la que el Estatuto del Tribunal se estaba redactando, se discutió intensamente sobre la posibilidad de que se admitieran los juicios en ausencia, o por contumacia.

La gran mayoría de Estados adoptó la posición contraria y el Secretario General en su informe, expresó lo siguiente: "No debería darse comienzo al juicio hasta que el acusado se encontrase presente físicamente ante el Tribunal Internacional. Existe la noción generalizada de que en el Estatuto no se deben incluir disposiciones sobre un juicio *in absentia* puesto que ello no sería compatible con lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso". (párrafo 101).

Este derecho del acusado a encontrarse físicamente presente ante el Tribunal en el proceso, se incluyó en el artículo 21.4.(d) del Estatuto. Al redactarse las normas de procedimiento y prueba, se discutió ampliamente sobre el tema y al final se decidió que no se celebrarían juicios en ausencia, pero se abrió la posibilidad de un procedimiento especial llamado "Procedimiento en caso de que se incumpla una orden de arresto". Es el llamado familiarmente "procedimiento de la Regla 61", pues ése es el número de artículo respectivo del Reglamento de Procedimientos y Prueba.

De acuerdo con este procedimiento, si dentro de un plazo razonable, una orden de arresto no ha sido ejecutada, el magistrado o la magistrada que confirmó el acta de acusación invitará al Fiscal a que le informe las medidas que ha tomado respecto a notificar al acusado y a las autoridades del Estado

en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción y control la persona reside, de la existencia de la acusación y de la orden de arresto.

En audiencias públicas, la Sala recibirá toda la prueba que el Fiscal posee para sustentar el acta de acusación, incluidos los testimonios de víctimas y testigos llamados por el Fiscal. Los testigos pueden serlo de los hechos o testigos expertos. Su puede llamar también *amicus curiae*.

Satisfecha la Sala de que la evidencia permite afirmar la existencia de indicios de criminalidad y de que el o los acusados han cometido los hechos ilícitos que se les imputan, y que ha existido negligencia o renuencia de parte de los Estados en donde el o los acusados tienen su domicilio, reconfirmará el acta de acusación y dictará una orden de arresto internacional que se transmitirá a todos los Estados. Adicionalmente, la Sala puede pedir al Presidente del Tribunal que informe al Consejo de Seguridad de la falta de colaboración con el Tribunal del Estado en donde residen el o los acusados.

Al no haber juicios en ausencia, este procedimiento de la Regla 61 se ha convertido en la única opción procesal para hacer público el contenido de un acta de acusación y librar una orden de arresto internacional que convierta a los acusados que rehusan comparecer ante el Tribunal en los individuos "más buscados" del mundo. Además, ofrece la oportunidad para que el Consejo de Seguridad acuerde medidas o sanciones contra el o los Estados que se rehusan a cooperar con el Tribunal al no detener a los acusados. Adicionalmente, esta publicidad tiene, entre otros efectos, el de una sanción moral de carácter internacional.

VII. LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Establecer un Tribunal Penal Internacional, aun de naturaleza *ad hoc*, fue sin duda alguna una acción de profunda trascendencia para el futuro del Derecho Internacional Público y para una efectiva aplicación del Derecho Internacional Humanitario. También lo es para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y muy particularmente, para las víctimas de los crímenes cometidos en los conflictos armados de cualquier naturaleza. Con este precedente se creó luego otro Tribunal Internacional *ad hoc*, para juzgar a los responsables del genocidio ocurrido en Ruanda en abril de 1994. Y evidentemente, el precedente será esencial para la tan anhelada Corte Penal Internacional permanente.

También puede serlo para el establecimiento de Cortes Penales Regionales que sin entrar a competir con la jurisdicción de la Corte Penal Internacional permanente, más bien la complementen.¹

1 En el ámbito latinoamericano, sin ir más lejos, los mecanismos de protección de los derechos humanos en situaciones de conflictos armados internos se verían notable-

Creer en la justicia como vía abierta hacia la paz, es creer que la violencia no se acabará nunca con más violencia. También es creer en que la impunidad de los crímenes internacionales contra la paz y contra la humanidad, debe cesar. Que la conciencia humana no puede seguir admitiendo que las peores atrocidades cometidas contra seres humanos con el pretexto de un conflicto, interno o internacional, sean crímenes sin autor. Es impedir que los responsables de masacres, violaciones, torturas, asesinatos, de cientos de miles de inocentes civiles, se paseen libre e impunemente por el mundo y que algunos, incluso, reciban tratamientos de jefes de Estado. Esto ha ocurrido y sigue ocurriendo, pero en la medida en que un Tribunal Penal Internacional compuesto por magistrados independientes pueda investigar, acusar y traer a juicio a los responsables, un paso esencial para la digna convivencia humana se habrá dado, en beneficio de todos. En particular, de las víctimas. Podrá entonces comenzar a hacerse realidad el concepto de "naciones civilizadas" para aplicarlo exclusivamente a aquellos Estados respetuosos de los derechos humanos básicos (la vida, la libertad y la igual dignidad de todos los seres humanos) y con quienes únicamente debe integrarse el concepto de "sociedad de naciones" para todos los efectos del Derecho Internacional.

Desde el principio de nuestra tarea en el Tribunal tuvimos conciencia de que sería muy difícil alcanzar los objetivos que nuestro mandato jurídico nos asignó. Como lo hemos señalado aquí repetidas veces, el Tribunal nació a la vida jurídica internacional en medio de la guerra, cuando algunos de los acusados más connotados no sólo eran entonces los generales victoriosos, sino los interlocutores políticos de las dificultosas conversaciones de paz. La falta de recursos materiales y de personal adecuados y la falta de colaboración de los Estados, se hicieron evidentes desde el principio. Más determinante el segundo que el primero, no obstante las obligaciones que para los Estados derivan de los artículos 48 y 49 de la Carta de la O.N.U.

La falta de colaboración de los Estados, retarda y obstaculiza la labor de la justicia. Sólo en la medida en que todos los Estados que emergieron de la disolución de la antigua República Federal de Yugoslavia abran a las investigaciones imparciales de la oficina del Fiscal todas sus fronteras, podrá realizarse un trabajo completo. Para asegurarlo, los anexos 1-A y 2 de los acuerdos de paz firmados el 14 de diciembre de 1995 en Dayton, Ohio, obligan a todas las partes envueltas en el conflicto armado a cooperar con

mente fortalecidos con la creación de una jurisdicción penal. Un Protocolo Opcional a la Convención Americana (Pacto de San José) de 1966 puede ser la vía para que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el Segundo Protocolo Opcional, así como la Convención contra la Tortura, -para no citar más que algunos de los textos normativos más urgidos de un Tribunal internacional e independiente que los garantice-, encuentren una efectiva tutela jurisdiccional.

el Tribunal. Esa obligación jurídica y moral no se ha cumplido. No se permiten o se obstaculizan las investigaciones y la recolección de evidencias por parte de los Fiscales e igualmente grave, no se detiene a los acusados. La excusa para el incumplimiento es que tal arresto pondría en peligro la paz. La afirmación es falaz, porque no traer ante el Tribunal para ser enjuiciados a los acusados de abominables crímenes, produce que lo que se vive hoy en la antigua Yugoslavia es sólo una ausencia de guerra, porque paz verdadera no habrá mientras no haya justicia.

CONCLUSIONES: SIN JUSTICIA NO HAY PAZ

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia surgió a la vida jurídica internacional en medio de la guerra, después de un largo proceso de resoluciones más o menos ineficaces del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para detenerla; luego de frustrantes esfuerzos por llevar oportuna ayuda humanitaria a las víctimas inocentes; y de inoperantes incursiones de sus fuerzas de mantenimiento de paz (UNPROFOR), enviadas a un territorio en guerra, sin un mandato claro y con más limitaciones que recursos. Nació en medio de las dudas y suspicacias de Gobiernos que no deseaban establecer precedentes que en el futuro pudieran serles aplicados. Fue una institución judicial creada en una conyuntura específica y para algunos, simple "poudre aux yeux", un subterfugio, como lo calificó algún periodista francés. Una manera de lavarse las manos o las conciencias de parte de los gobiernos, europeos básicamente, meros espectadores aterrados de una barbarie que en 1945 habían jurado que no se repetiría. Por lo menos no en Europa.

Pero el establecimiento de este Tribunal representó también la esperanza de obtener justicia para muchas víctimas de una guerra atroz, donde el 90% de ellas han sido civiles inocentes. Y sin duda alguna, significó el paso más positivo dado por la sociedad jurídica internacional de las naciones en lo que va del siglo, para contar con un organismo judicial internacional que juzgara a los violadores del Derecho Internacional Humanitario.

Si resulta inconcebible que a finales del siglo XX se siga hablando en Europa de "purificación étnica" y si para mayor vergüenza universal, la violación de miles de mujeres de todas las edades es un instrumento utilizado para tales fines y si la tortura, el asesinato, la deportación masiva y los más aberrantes crímenes de guerra han sido cometidos dentro de la mayor impunidad, el esfuerzo de muchas personas, organismos y gobiernos para crear un Tribunal donde juzgar a los autores de los crímenes y a quienes los instigaron, los permitieron o no los evitaron, debe ser apoyado sin reservas.

La impunidad de los delincuentes destruye cualquier régimen democrático y junto con la corrupción, constituye la más grave amenaza a los Estados de Derecho. De igual modo, en el orden internacional, los crímenes sin autor, sin responsable y sin sanción, darán al traste con todas las formas de organización jurídica que podamos intentar, las Naciones Unidas incluidas. Sin justicia no habrá paz, ni en la antigua Yugoslavia ni en cualquier sociedad que pretenda vivir conforme a cánones de convivencia civilizada y la paz y la seguridad internacionales estarán siempre en peligro.

Sí, como señalé en alguna parte de estas notas, es más probable que alguien vaya a la cárcel por robar una cartera en la calle que por cometer un genocidio o crímenes contra la humanidad contra miles y miles de seres humanos, algo muy perverso está ocurriendo en el mundo. Y la única forma civilizada y humana que tenemos para prevenir la impunidad y sancionar a los responsables es a través de un Tribunal, vale decir, a través de la justicia impartida por jueces independientes e imparciales.

En el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia estamos trabajando para que las instituciones jurídicas sustituyan a las armas. Para que la paz tenga una oportunidad. Para que las víctimas encuentren reparación. Para que nuestros precedentes se apliquen en el futuro en una Corte Penal Internacional permanente, o en Cortes Regionales. Pero necesitamos el apoyo de todos para lograrlo. De los gobiernos, de las organizaciones y fundamentalmente, de todos y cada uno de los seres humanos que creen en la paz y por ello mismo, no le temen a la justicia.

Crímenes como los cometidos en muchos de los más recientes conflictos armados ocurridos en todas las regiones del mundo, entre ellos, obviamente, la guerra entre los pueblos de la antigua Yugoslavia, nos fuerzan a confrontar lo peor de lo que como seres humanos somos capaces de hacer a otros seres humanos, a nuestros semejantes. Frente a estos crímenes, justicia es el reconocimiento público de que tales atrocidades efectivamente existieron, la identificación y castigo de los responsables, la posible retribución de los daños, la admisión de haber sido nosotros testigos de esas atrocidades. Justicia es también en estos casos reconocer que las víctimas tienen el derecho a testificar públicamente ante un Tribunal, vale decir, derecho a no ser relegadas a lo privado, a lo desconocido, a lo marginal, condenadas a repetir eternamente lo sufrido. Es quizás sólo así, con la justicia, que la recuperación, aunque siempre parcial de las víctimas, es posible. Es quizás sólo así, con la justicia, que podemos acabar en el futuro con la repetición compulsiva de viejas atrocidades. Y por eso es que con firmeza creemos que la justicia es lo mejor que como seres humanos podemos ofrecer.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Inmediatamente después –y aun desde antes– de su establecimiento por el Consejo de Seguridad, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha sido tema de múltiples ensayos, artículos y libros, por parte de reconocidos especialistas internacionales de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario. Para efectos de la preparación del anterior artículo, debo hacer especial mención de los siguientes:

Acosta Estevez, José, “Aspectos Jurídico Procesales - Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia”, Barcelona, 1995, inédito.

Bassiouni, M.C., J. Paust, “International Criminal Law: Cases and Material (1996)”, University of Houston, Law Center, U.S.A.

Meron, Theodor, “The Case for War Crimes - Trials in Yugoslavia”, *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 3, 1993.

Morris, Virginia and Michael P. Scharf, “An Insider’s Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”. Transnational Publishers Inc., U.S.A., 1995.

O’Brian, James C., “The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia”. *The American Journal of International Law*, Vol. 87.

Pellet, Alain, “Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yougoslavie”. *Revue de Droit International Public*. Paris. No. 1, 1994.

Rhenán-Segura, Jorge, “El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia”, *Rev. Derecho Penal*, No. 12, Costa Rica, 1996.

Thornberry, Cedric, “Saving the War Crimes Tribunal”, *New York. Foreign Affairs*, Fall 1996.

EL LARGO CAMINO DE LA VERDAD

Felipe Michelini

Este artículo reseña la transición política en el Uruguay, focalizando en las distintas etapas de la larga lucha en pos de la verdad, llevada adelante desde el mismo momento de la transición democrática tanto por familiares de las víctimas, por organizaciones de derechos humanos, fuerzas sociales y actores políticos. Asimismo, este trabajo es una puesta al día de los distintos hechos e iniciativas que en este tema se han desarrollado en el proceso político e institucional uruguayo.

Por cierto la Verdad y a través de ella esclarecer la situación de los detenidos desaparecidos durante el período de facto, como la defensa de la vigencia irrestricta de los derechos humanos, son temas que conmueven profundamente a todos los Uruguayos, a los que el autor no puede ni quiere escapar. Estas líneas intentan ser un aporte, pero fundamentalmente son un compromiso y un homenaje a la vez. Aporte al seguimiento intelectual y académico de tan importante cuestión. Compromiso para que en definitiva, se abra un canal para solucionar política e institucionalmente la situación, que permita el sosiego y paz a las familias de las víctimas, dignifique a la República en el cumplimiento del derecho y se establezcan bases duraderas para la definitiva reconciliación de todos los uruguayos. Homenaje para todos aquellos que han contribuido a mantener un reclamo ético muchas veces en la incomprensión y en la soledad.

LA DICTADURA Y SUS VÍCTIMAS

Durante la dictadura militar en el Uruguay (1973-1985), los uruguayos vivieron años de opresión política. El gobierno militar de la época violó no sólo el orden institucional, constitucional y tradicional del país, sino que sometió a miles de ciudadanos a un duro régimen autoritario empleando métodos como la proscripción política y civil, la detención arbitraria, la tortura institucionalizada, el exilio, el asesinato, y la desaparición forzada de personas. Esta situación de represión generalizada fue ampliamente de-

nunciada en los foros gubernamentales y no gubernamentales de la época.¹

La situación del Uruguay durante la dictadura militar se ubica en un marco regional en que se padecían dictaduras militares orientadas por la doctrina de seguridad nacional, con prácticas sistemáticas de violaciones graves a los derechos humanos, un fuerte componente anticomunista y de orientaciones económicas neoliberales.²

Hoy a más de veinte años de aquellos hechos continúa aún vigente el reclamo por esclarecer la situación de los detenidos desaparecidos uruguayos, tanto en el país como en los países vecinos.³ Asimismo, ese reclamo también comprende la recuperación de la memoria colectiva a través del reconocimiento de los hechos, la reivindicación de la honorabilidad de las víctimas y la reafirmación de que las violaciones a los derechos humanos no vuelvan a repetirse.

LA TRANSICIÓN

La transición institucional uruguaya de la dictadura a la democracia fue un largo proceso. Se inició con el plebiscito constitucional de 1980 propuesto y luego perdido por los propios militares que pretendieron autolegitimarse frente a la ciudadanía.

Durante esa época en forma incipiente se fue fortaleciendo la sociedad civil con la recuperación de espacios de libertad y de acción colectiva como los partidos, los gremios de trabajadores y estudiantiles. También es en ese período que inicia el trabajo en forma sistemática y organizada, a través de la fundación del "Servicio de Paz y Justicia", de defensa dentro de fronteras de los derechos humanos, complementando el trabajo de los exiliados en el exterior.

Ese proceso político alcanzó su momento clave en 1984 con el establecimiento de las bases para la reinstitucionalización democrática a través de

1 Para una visión general de la situación en materia de derechos humanos en la época ver Servicio de Paz y Justicia "Uruguay Nunca Más -Informe sobre la Violación a los Derechos Humanos (1972-1985)" Montevideo 1989. Asimismo ver el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos sobre Uruguay 1978.

2 1964-Brasil -1973-Chile 1976-Argentina. Paraguay fue un caso diferente.

3 No hay una lista oficial con la cantidad y nombres de los detenidos desaparecidos a manos de las Fuerzas Armadas uruguayas de la época. El número más exacto es el de 140 comprendiendo a los desaparecidos en Uruguay, Argentina, Chile y Paraguay.

un acuerdo político llamado "Pacto del Club Naval".⁴ A pesar de que en él no participaron todos los partidos, igualmente todo el espectro político del país se presentó a las elecciones realizadas en noviembre de 1984.

Durante dicho proceso electoral aún había presos políticos, entre ellos el líder del Partido Nacional, el Senador Wilson Ferreira Aldunate y cientos de personas inhabilitadas a postularse como candidatos incluyendo al líder de la coalición de izquierdas -Frente Amplio-, el General Liber Seregni. De esas elecciones resultó electo el Dr. Julio María Sanguinetti del Partido Colorado, como Presidente de la República.

El parlamento recién instalado en febrero de 1985, sancionó dos leyes de singular importancia para la consolidación del régimen democrático. Por la primera norma legal llamada "Ley de Reconciliación Nacional" número 15.737,⁵ se decretó la amnistía para los presos políticos y se estableció un nuevo proceso para los acusados de delitos de sangre, aunque igualmente se decretó su libertad teniendo en cuenta las duras condiciones de reclusión sufridas por varios años.⁶

En esa amnistía se excluyó expresamente a los funcionarios públicos sean militares o policiales que hubiesen participado en violaciones de derechos humanos.⁷ Asimismo, el mismo texto legal, a su vez ratifi-

4 En ese acuerdo participaron por una parte las Fuerzas Armadas y por la otra el Partido Colorado, la Unión Cívica y el Frente Amplio. Fue notoria la ausencia del otro partido tradicional, el Partido Nacional. La manera de instrumentar ese acuerdo, fue la sanción Unilateral por parte del gobierno militar de determinadas normas que viabilizaron el mismo (Acto Institucional número 19)-, así como la desproscripción del Frente Amplio y la liberación de algunos presos políticos. Hasta el día de hoy la conveniencia y condiciones de ese acuerdo son polémicas y controvertidas, muchas veces con pasión.

5 Publicada en el Diario Oficial del 22 de marzo de 1985.

6 Ley N° 15.737, artículo 1°: "Decrétase la amnistía de todos los delitos políticos, comunes y militares conexos con éstos, cometidos a partir del 1 de enero de 1962. Respecto a los autores y coautores de delitos de homicidio intencional consumados, la amnistía sólo operará a los fines de habilitar la revisión de las sentencias en los términos previstos en el artículo 90 de esta ley." Artículo 9°: "Los Tribunales de Apelaciones de lo Penal ... procederán a la liquidación de la nueva pena en la proporción de tres días de pena por cada día de privación de libertad efectivamente sufrida..."

7 Ley N° 15.737, artículo 5°: "Quedan excluidos de la amnistía los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares, equiparados o asimilados, que fueren autores, coautores o cómplices de tratamientos inhumanos, crueles o degradantes de la detención de personas luego desaparecidos, y por quienes hubieren encubierto cualquiera de dichas conductas. Esta exclusión se extiende asimismo, a todos los delitos cometidos aun por móviles políticos, por personas que hubieren actuado amparadas por el poder del Estado en cualquier forma o desde cargos de gobierno."

có el Pacto de San José de Costa Rica, dándole rango de ley a su contenido.⁸

Por la segunda norma, llamada "Ley de Convalidación, Derogación y Anulación de Normas del Gobierno de Facto" número 15.738⁹, se ajustó el régimen normativo de facto a uno de derecho.

En el marco del restablecido Estado de Derecho, fueron contempladas algunas situaciones de las víctimas de la dictadura militar. Así por la ley 15.783¹⁰ entre otras normas legales, se regularizó la situación de miles de funcionarios públicos destituidos, reincorporándolos u otorgándoles otros beneficios.¹¹

Dentro del espíritu del restablecimiento del parlamento se formaron dos comisiones especiales en abril de 1985 con fines de investigación: una por el asesinato en la ciudad de Buenos Aires en 1976, de los ex legisladores Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmario Michelini y otra por la situación de las decenas de detenidos desaparecidos durante la dictadura militar.¹²

Por otra parte, varias denuncias penales fueron presentadas ante la jurisdicción penal ordinaria durante el año 1985. Estas denuncias comprendían, entre otras, acusaciones de delitos graves como detenciones ilegales, secuestros, torturas, homicidios, y desapariciones forzadas de personas, incluso de menores de edad. Además, individualizaban a un número importante de oficiales de las Fuerzas Armadas como responsables de esos hechos. La cantidad de denuncias no era significativa, pero generaron un alto impacto en la opinión pública y en las Fuerzas Armadas. Asimismo, dado que la principal modalidad de la represión militar durante la dictadura fueron la prisión prolongada y la tortura sistemática practicada en forma

8 Ley N° 15.737, artículo 15°: "Apruébase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, cuyo texto forma parte de la presente ley."

9 Publicada en el Diario Oficial del 22 de marzo de 1985.

10 Publicada en el Diario Oficial del 2 de diciembre de 1985.

11 Tiempo después se otorgaron pensiones graciables a Elisa Delle Piane de Michelini y a Matilde Rodríguez de Gutiérrez Ruiz.

12 No llegaron a ninguna conclusión determinante, la Cámara de Representante resolvió el 7 de noviembre de 1995 el informe final de la "Comisión Investigadora sobre situación de personas desaparecidas y hechos que la motivaron" *DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES* Número 1856 Tomo 620 pág. 511 y el 13 de octubre de 1987 sobre los informes de la "Comisión Investigadora sobre el Secuestro y Asesinato perpetrados contra los ex legisladores Héctor Gutiérrez Ruiz y Zelmario Michelini". *DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES*. Número 1968, Tomo 631, pág. 537.

institucional, el juicio a unos pocos oficiales podía terminar finalmente con el procesamiento y posterior enjuiciamiento de otros muchos.

Todas las denuncias se enmarcaron en los compromisos establecidos en la Comisión Nacional Programática (CONAPRO)¹³ en 1984, en la que habían participado un amplio espectro de fuerzas políticas y sociales, incluyendo el partido del reciente presidente electo. Los acuerdos establecían que sería el Poder Judicial, en definitiva quien decidiría respecto a las violaciones de derechos humanos previa denuncia de las víctimas o de sus familiares.

Luego de una serie de instancias procesales, con claros efectos suspensivos, entre ellas la dilucidación del reclamo de competencia por parte de la jurisdicción militar, finalmente dirimido negativamente por la Suprema Corte de Justicia en el año 1986, los procesos judiciales fueron continuados. Hubo una fuerte presión por parte de los militares a partir del desarrollo de esos procesos judiciales y en particular respecto a las citaciones para que se presentaran a los juzgados varios de los oficiales denunciados. De hecho las citaciones habían estado guardadas en la caja fuerte del Comandante en Jefe del Ejército, en ese entonces el General Hugo Medina haciéndose responsable por la no presentación de los oficiales en la sede judicial y de hecho planteando una seria pulseada institucional.

Parte de la tesis militar consistía que con los acuerdos del "Club Naval" el tema de los derechos humanos estaba saldado y por lo tanto no era admisible el enjuiciamiento a sus oficiales.¹⁴

Es en este contexto que se promueven a nivel político distintas soluciones que de alguna manera contemplasen la situación planteada.¹⁵ Como resultado del fracaso de fórmulas eclécticas, a fines de 1986 el Poder Legislativo sancionó la "Ley de la Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado" número 15.848.¹⁶⁻¹⁷

13 La CONAPRO fue el ámbito donde una vez establecida la fecha de las elecciones de 1984, se articuló desde el punto de vista programático la oposición política y social a la dictadura militar.

14 Se encuentran todas las versiones sobre si estuvo el tema de los derechos humanos o no en la negociación en el acuerdo del Club Naval: desde quienes lo niegan absolutamente a aquellos que afirman que sí estuvo en las conversaciones.

15 Las iniciativas no sólo contemplaban este aspecto. Por ejemplo, la más notoria como el proyecto Zumarán.

Batalla planteaba la necesidad de que los juicios fueran lo más breves posibles para evitar cualquier tipo de conmoción pública. Nunca fue presentado.

16 Publicada en el Diario Oficial del 31 del diciembre de 1986.

17 Las condiciones de aprobación de la ley fueron angustiantes, particularmente dividió al Partido Nacional en la disyuntiva "Justicia - Paz".

Esta ley declara la caducidad de la acción punitiva del Estado para procesar y después sancionar a los responsables de los delitos cometidos durante la dictadura militar.¹⁸ Concluyeron así las acciones penales que se encontraban en trámite. La misma ley establecía que el Poder Ejecutivo debía dictaminar si determinado proceso encuadraba dentro de la hipótesis de la norma, estando el Poder Judicial a lo que aquél resolviera. Asimismo, se establecía en su artículo cuarto,¹⁹ que en los casos que se tratase de personas desaparecidas, se realizaría una investigación en el ámbito del Poder Ejecutivo a los efectos de aclarar la situación.²⁰

Poco tiempo después de sancionada la ley, se creó la "Comisión Nacional Pro Referéndum" con el objeto de someter a plebiscito la Ley de Caducidad. El mecanismo constitucional, previsto en su artículo 79²¹ consiste en obtener dentro del plazo de un año, la voluntad expresa en ese sentido del veinticinco por ciento del cuerpo electoral.

18 Ley N° 15.848, artículo 1°: *"Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios policiales y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de, sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el periodo de facto."*

19 Ley N° 15.848, artículo 4°: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de la promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones."*

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos.

El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada.

20 Las investigaciones del artículo cuarto nunca se llevaron a cabo en forma seria, imparcial y de buena fe.

El Poder Ejecutivo encargó al Fiscal Militar Sambucetti para llevarlas adelante. De hecho, sin ningún tipo de resultado se archivaron todas las denuncias.

21 Constitución de la República Oriental del Uruguay, artículo 79° numeral segundo - *"El veinticinco por ciento del total de inscriptos habilitados para votar, podrá interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra las leyes y ejercer el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo. Estos institutos no son aplicables con respecto a las leyes que establezcan tributos. Tampoco caben en los casos en que la iniciativa sea privativa del Poder Ejecutivo. Ambos institutos serán reglamentados por ley, dictada por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara"*.

Esta Comisión, presidida por tres mujeres²² contó con el apoyo de un importante número de organizaciones sociales y gremiales, de los partidos políticos de la coalición de izquierdas y de algunos sectores de los partidos tradicionales, así como de ciudadanos independientes. Luego de un año intenso de movilización y trabajo, las firmas se presentaron a la Corte Electoral en el plazo establecido constitucionalmente.

El proceso de verificación de las firmas fue lento y lleno de dificultades.²³ Enfrentó duramente a aquellos que estaban a favor con los que estaban en contra de la ley. Muy particularmente el Sr. Presidente de la República, estuvo al frente en forma militante para impedir que se certificara que había número suficiente de firmas para poner a votación popular la Ley de Caducidad. Confirmada finalmente esta exigencia en noviembre de 1988, el 16 de abril de 1989 la ciudadanía, convocada para decidir la vigencia o no de la ley, ratificó la misma y por lo tanto ésta quedó firme. Ningún sector político social impugnó el resultado. En el Uruguay no habría juicio penal ni castigo alguno para ningún responsable de violaciones de los derechos humanos.

Pese a ese resultado, el plebiscito permitió que los sectores más afectados por las violaciones de la dictadura militar tuviesen un camino cívico para expresar su disconformidad con la impunidad legal. Asimismo, significó una campaña de difusión de lo que fue la dictadura y las violaciones a los derechos humanos cometidas en todo el país y fortaleció al sistema democrático al aceptar todos, sin excepción, los resultados de las urnas.

Puede afirmarse, que con este plebiscito sobre la Ley de Caducidad y meses más tarde, en noviembre de 1989 con elecciones nacionales sin limitación de ninguna naturaleza, culminó definitivamente la transición, que llevó casi nueve años, del autoritarismo a la democracia en el Uruguay.

UN PROCESO LATENTE

Como resultado de las elecciones de noviembre de 1989, el Dr. Luis Alberto Lacalle, del Partido Nacional, fue electo como Presidente de la República. En el período de gobierno de esta nueva administración, el tema

22 En efecto, las presidentas fueron Matilde Rodríguez de Gutiérrez Ruiz, Elisa Delle Piane de Michelini y María Esther Gatti Islas de Zaffaroni.

23 Ver "Challenging Impunity - The Ley de Caducidad and the Referéndum Campaign in Uruguay" *An Americas Watch Report*, Marzo 1989. - Además el artículo 79 de la Constitución no tenía reglamentación legal, dándole gran discrecionalidad a la Corte Electoral, lo que hizo aún más difícil su aplicación. Posteriormente se reglamentó por vía legal el referéndum (Ley No. 16.017, del 20 de enero de 1989).

de la violación de los derechos humanos durante la dictadura militar dejó de tener la preponderancia que había tenido en la opinión pública, y de alguna manera dejó de ser parte de la agenda pública y del debate político del Uruguay.²⁴

No obstante, se destacan algunos hechos que sin tener espectacular trascendencia mostraron que el tema tenía aún vigencia más allá del resultado político y jurídico del referéndum.

El Poder Ejecutivo aceptó pagar indemnizaciones pecuniarias de cierta entidad a reclamantes contra el Ministerio de Defensa como transacción judicial frente a demandas por daños y perjuicios tanto morales como patrimoniales promovidas por víctimas de la dictadura militar.²⁵

El mismo Poder Ejecutivo fue resolviendo en el período, desde un punto de vista de la seguridad social, la situación de un grupo reducido pero simbólicamente importante de oficiales militares procesados por la justicia militar de la época dictatorial.²⁶

Ante la denuncia realizada por varios ciudadanos uruguayos, entre ellos familiares de detenidos desaparecidos, damnificados por la ley de caducidad en 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Resolución 29/92²⁷ dictaminó el dos de octubre de 1992, que

-
- 24 Incluso las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, se replantearon sus agendas para asumir, y muchas con éxito, otros temas delicados de la sociedad uruguaya.
- 25 El elemento determinante fue la apertura a diligenciar prueba y la voluntad jurisdiccional de inspeccionar algunos lugares de detención, como la comparecencia de ciertos oficiales militares a las sedes judiciales. Si bien el pago de las sumas no significaba desde el punto de vista jurídico aceptación de responsabilidad ni de la verdad de las denuncias, de hecho sí lo fue.
- 26 Muchos de este grupo estaban acusados de pertenecer al entonces grupo guerrillero y hoy fuerza política legal, Movimiento de Liberación Nacional. La resolución llevó trabajosas negociaciones con las Fuerzas Armadas.
- 27 La Resolución 29/92 establece en su parte resolutive: "1° Concluye que la Ley 15.848, del 22 de diciembre de 1986, es incompatible con el artículo XVIII (Derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2° Recomienda al Gobierno del Uruguay que otorgue a las víctimas peticionarias, o a sus derecho-habientes, una justa compensación por las violaciones a las que se hace referencia en el párrafo precedente. 3° Recomienda al Gobierno del Uruguay la adopción de las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el período de facto. 4° Dispone la publicación del presente informe." Informe N°29/92 Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373. 10.374 y 10.372 -2 de octubre de 1992.- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS OEA/SERV.L/V/11.83/PÁG.162 Y SS.

dicha norma legal vulnera el espíritu y la letra de los compromisos internacionales en materia de protección internacional de derechos humanos.

Asimismo, la Cámara de Senadores del Poder Legislativo llevó adelante un procedimiento disciplinario sobre uno de sus integrantes el entonces Senador Dr. Juan Carlos Blanco, por su responsabilidad como canciller del gobierno de facto de la época, vinculada con el secuestro de la maestra Elena Quinteros de los jardines de la embajada venezolana en Montevideo y su posterior desaparición forzada en 1976.²⁸

La mayoría de las veces que se elevan al Senado de la República la solicitud de venia de determinados ascensos y promociones de oficiales de las Fuerzas Armadas, se discuten sus antecedentes en materia de derechos humanos. En todos los casos en que ha sido notoria su vinculación a la represión ilegal, la mayoría del Senado formada por integrantes de los partidos Nacional y Colorado, han otorgado la venia para el ascenso independientemente de dichos antecedentes.²⁹

Asimismo, los sucesos relacionados con el químico de nacionalidad chilena Eugenio Berríos, su entrega por parte de la policía uruguaya a la inteligencia militar uruguaya-chilena, así como su posterior secuestro y asesinato, demostró la incapacidad de la autoridad civil uruguaya de investigar hechos en los que están involucrados militares o la inteligencia militar. Se puso una vez más de manifiesto que el tema de los derechos humanos en el país tiene serias limitaciones cuando se trata de ámbitos percibidos como estrictamente militares por el propio instituto armado.

Debe destacarse el trabajo de las organizaciones no gubernamentales en derechos humanos, que desarrollaron una intensa tarea para recuperar menores de edad que estaban desaparecidos. En ese sentido se pudo identificar el paradero de dos menores.

LA VERDAD EN PRIMERA PLANA

En 1995 asume por segunda vez a la primera magistratura, el Dr. Julio María Sanguinetti del Partido Colorado. No obstante el triunfo electoral por

28 Comisión Investigadora solicitada por el Señor Senador Juan Carlos Blanco relacionado con su actuación en el Ministerio de Relaciones Exteriores en el caso de la Señora Elena Quinteros. *DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE SENADORES* - tomo 330 págs. 11 y 75, tomo 333 págs. 2, 86 y 187.

29 Las sesiones y votaciones sobre venias son secretas, pero igual trascienden a la opinión pública. Los senadores de los partidos tradicionales no siempre votaron en bloque.

escaso margen de esa fuerza política, se da el hecho que por primera vez en la historia política del Uruguay, los dos partidos tradicionales en forma conjunta no suman los dos tercios en la Cámara de Diputados ni en la Asamblea General.

La nueva administración del Presidente Sanguinetti se da en un marco regional diferente a las dos administraciones anteriores. Por un lado los procesos de transición política de la dictadura a la democrática, están definitivamente consolidados, como la idea de que la OEA es un club democrático y la declaración de Santiago ya tuvo aplicación concreta e inmediatamente exitosa.

Por otra parte se vive en un mundo globalizado en el cual los procesos de integración no escapan a la región, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) ya es una realidad. Aún en este marco regional democrático e integrado, las fuerzas armadas en la región siguen teniendo un peso importante en estas sociedades y en lo político, depende su peso específico de las particularidades de cada país, su transición política y el impacto de las violaciones de derechos humanos practicadas por las dictaduras.

En ese sentido, el proceso político argentino hizo necesario que el General Balza, Comandante en Jefe del Ejército de ese país, iniciara un proceso de diálogo primero con familiares de detenidos-desaparecidos y luego asumiera pública y oficialmente por primera vez la responsabilidad del arma de esa nación en delitos de lesa humanidad. A su vez manifestó que las órdenes contrarias a principios éticos básicos no deben cumplirse y que es necesario oponerse a su cumplimiento.³⁰

En este nuevo contexto regional y nacional, no era lógico que se replantease el tema de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar en el Uruguay. Para ello se hacía imprescindible modificar la tesis histórica de lucha contra la impunidad de "Verdad y Justicia", aceptando que en el Uruguay el camino de la justicia quedó trunco. En ese sentido es que en esta etapa, la lucha contra la impunidad se objetiviza específicamente en "Verdad y Memoria", frente al olvido, concretándose en el esclarecimiento de la situación de los desaparecidos.

30 La tesis del general Balza no es novedosa en sí misma, pero sí en cambio por ser un general en actividad de una institución responsable de miles de detenidos desaparecidos. Es cierto además, que la posición de Balza surge a la luz pública en un momento en que personajes como el Capitán Scilingo impactaron a la opinión pública argentina a través de sus testimonios como victimarios del horror y el desarrollo del proceso judicial contra los responsables de la muerte en Argentina del General Pratz.

En el plano político, deben resaltarse algunas acciones que coadyuvaron a que el tema de los desaparecidos dejase el reducido ámbito de las organizaciones no Gubernamentales especializadas en la defensa de los derechos humanos y en las organizaciones de familiares, donde se había instalado luego de la campaña pro referéndum.

Por un lado, la actitud del líder del Nuevo Espacio, el Senador Rafael Michelini, quien impuso en la opinión pública la necesidad de replantear el tema, colaborando a que el mismo dejase de ser un tabú en la sociedad uruguaya. Michelini abordó el problema desde una perspectiva ética colectiva, planteando que el país debía asumir un compromiso con la Verdad, y que tanto las Fuerzas Armadas como el país todo debían reconocer el fenómeno de la represión y la violación de los derechos humanos y en particular la situación de los desaparecidos para que luego se pudiese definitivamente, reconciliar a todos los uruguayos.

Por otra parte, el diputado socialista del Frente Amplio-Encuentro Progresista, Guillermo Chifflet, en una sesión especial de la Cámara de Representantes, demostró cómo se disponía a nivel judicial y de la prensa, de amplia evidencia para lograr, si existía la voluntad política para ello, la identificación de los numerosos cuerpos encontrados en el período 1976-1978 en la costa uruguaya del Río de la Plata.

A mediados de 1995 y a principios de 1996, resurge con importante fuerza en la opinión pública, la necesidad de dar satisfacción al reclamo de los familiares de los detenidos desaparecidos. En ese sentido, marchan el 20 de mayo de 1996 por la Avenida 18 de Julio, arteria principal de la capital, decenas de miles de personas bajo la consigna de "Verdad, Memoria y Nunca Más" en ocasión de conmemorarse los veinte años del asesinato de Rosario Barredo, William Whitelaw, Héctor Gutiérrez y Zelmar Michelini en la ciudad de Buenos Aires.

En la misma dirección, el 20 de mayo de 1997 se realizó una marcha de similares características en el centro de Montevideo, convocando a un similar número de gente, en apoyo del reclamo de los familiares de los detenidos desaparecidos expresado en "Queremos la Verdad" y cuatro interrogantes principales- "Dónde, Cuándo, Cómo y Por Qué". En la actualidad, el reclamo público para que se aclare la situación de los detenidos desaparecidos está instalado definitivamente en la opinión pública.³¹

31 Por ejemplo, una encuesta de la empresa Factum de abril de 1997 muestra que el 54 por ciento de los encuestados desea que se encuentren los cuerpos de las víctimas y se investigue las condiciones en que murieron y un 8 por ciento que se encuentren los cuerpos pero no investigar cómo murieron. Publicado en radio El Espectador - programa *En Perspectiva - espacio La Opinión Pública* - 29 de abril 1997.

El resurgimiento del tema no sólo fue a nivel de la opinión pública, sino también a nivel judicial. En los meses de febrero y marzo del presente año, el Senador Rafael Michelini, con el objetivo de que se constituyera una Comisión de la Verdad para resolver definitivamente el tema de los desaparecidos, tuvo entrevistas con el Sr. Presidente de la República Dr. Julio María Sanguinetti y con el Sr. Secretario de la Presidencia de la República el Dr. Elías Bluth. A sugerencia de este último, con su intervención, y en conocimiento del Sr. Presidente de la República, se le facilitaron contactos con el General (R) O. Ballestrino, de conocida actuación y responsabilidad durante una parte del gobierno militar.

Agotada esa vía de diálogo con el Poder Ejecutivo, y ante la constatación que no se iba a establecer la mencionada comisión, el Senador Michelini se presentó ante el Juez Letrado en lo Penal de 2º turno, a cargo del Dr. Alberto Reyes, planteando una "notitia criminis".

En ella se da cuenta a la autoridad judicial competente que el citado general le informó al Senador que los desaparecidos estaban fallecidos, que habían sido ultimados durante interrogatorios y que sus restos habrían sido enterrados en forma clandestina en establecimientos militares. Luego en los años 1985-1986 en un operativo militar llamado "operación zanahoria" los cuerpos habrían sido removidos. Asimismo, le comunicó que el Sr. Presidente de la República estaba informado personalmente de los pasos que se habían dado en este tema.³²

Previa ratificación de estilo ante la sede judicial e intervención al Ministerio Público, el Dr. Alberto Reyes -juez actuante- decretó que se debía iniciar con la actividad indagatoria a los efectos de establecer el elemento temporal de la conducta.

Por primera vez en el país y luego de la aprobación y ratificación plebiscitaria de la ley de caducidad, una autoridad Judicial decretaba que se iniciarían investigaciones sobre los desaparecidos. Asimismo, la argumentación del juez Reyes dio una interpretación interesante a la reciente aprobada y ratificada "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas". En palabras del Sr. Juez:

"La Ley 15.848 es inocultablemente, el resultado de una transición del régimen de derecho vigente, donde se consagra una "caducidad de la pretensión puni-

32 Pese a que el Sr. Presidente nunca se refirió públicamente a dichas conversaciones, y tanto el Sr. Secretario Bluth como el General Retirado Ballestrino dieron versiones distintas entre sí como discordantes con la manifestada por el Senador Michelini, quedó claro en la opinión pública quien expresó fielmente los hechos tal como sucedieron.

tiva" emanada de "La lógica de los hechos". En cambio, la Ley 16.724 según la cual la Asamblea General con fecha 13.11.1995 ratifica la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Asamblea General de la OEA Belén 19.6.1994), considera a la desaparición forzada de personas delito extraditable, imprescriptible, sometida a la jurisprudencia de derecho común, para los que "En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia como justificación..." (artículo 10).

Ante tal decisión, el impacto político y público de la misma no se hizo esperar. La Sra. Fiscal Letrado apeló la resolución judicial en cuestión, fundamentando que correspondía al Poder Ejecutivo determinar los hechos.

En ese contexto los autos se elevaron al Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno, que en fallo unánime por los tres miembros revocaron la Resolución/79 y en su lugar dictaminó que el juez *ad quo* enviara los antecedentes al Poder Ejecutivo para que éste en virtud del artículo tercero de la ley de caducidad³³ establezca si los hechos denunciados se encuadran o no en la hipótesis de la referida ley.

Recibidos los antecedentes por parte del Poder Ejecutivo, éste debe instruir, resolver, en forma motivada, y oficiar al Poder Judicial dentro de los treinta días. Si los hechos se encuentran enmarcados en el artículo primero de la ley de caducidad, deberá aplicar el artículo cuarto del mismo texto legal, esclareciendo la suerte de los desaparecidos en el ámbito administrativo. Si el Poder Ejecutivo no comunicase o determinase que los hechos no están comprendidos en la ley, se continuará con el trámite judicial correspondiente.

En otro plano igualmente administrativo, el dieciséis de abril de este año, los familiares de los detenidos desaparecidos en el Uruguay, se presentaron ante el Poder Ejecutivo solicitando a través del recurso de petición

33 Ley N° 15.848, artículo 3°: "A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1° de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso de este artículo".

(artículos 30 y 318 de la Constitución),³⁴ que se les informe qué pasó con sus seres queridos. Dicho escrito se fundamentó básicamente en la propia Ley de Caducidad la cual en su artículo cuarto establece que el Poder Ejecutivo debe investigar la situación de las personas desaparecidas.³⁵ La petición también se fundamentó en que el Estado uruguayo tiene la obligación de investigar de acuerdo con la resolución de la Comisión Interamericana 29/92, así como por su propias expresiones ante el Grupo de Desaparición Forzada de Naciones Unidas, en el que se expresó que el gobierno se comprometía a investigar la situación de los desaparecidos.³⁶

Asimismo, la petición se basa en el surgimiento de hechos nuevos, como las declaraciones surgidas en la prensa por parte de oficiales retirados de alta graduación que decían que los desaparecidos estaban muertos. La legislación uruguaya establece que la autoridad pública tiene 150 días para instruir y resolver y en caso de no hacerlo, el silencio se transforma en una negativa ficta pudiéndose interponer los recursos administrativos correspondientes y eventualmente presentarse vía judicial ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

No se sabe aún cuál será la resolución del Poder Ejecutivo. Todo indica que la vía judicial está cerrada, por lo que serán las vías administrativas o las políticas los caminos idóneos para la resolución del tema.

Tanto la vía judicial ya analizada como la vía administrativa preferida por los familiares,³⁷ generó consecuencias significativas en el ámbito político. Modificó los ejes de discusión al plantear la necesidad de recobrar los

34 Art. 30: *Todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República.* Art. 318: *Toda autoridad administrativa, está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable. Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado.*

35 Ver cita N° 20.

36 *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas, sobre Uruguay, presentado el 13 de diciembre de 1996 ante la Comisión de Derechos Humanos en su 53° período de sesiones. (E/CN.4/1997/34), 13 de diciembre de 1996, español.*

37 En realidad los familiares habían experimentado a través de un expediente en un juzgado del Departamento de Colonia la exhumación de restos enterrados en el cementerio local bajo denominación "NN". Aparte de los problemas teóricos intrínsecos, las idas y venidas del engorroso trámite judicial ciertamente desalentó el utilizar esta vía para otros casos.

restos, el derecho al duelo, como parte de un derecho humano básico de los familiares de las víctimas. Asimismo, las distintas iniciativas presentadas a la opinión pública, tuvieron una importante cobertura periodística que retroalimentaron la importancia que la propia ciudadanía le otorgó al tema.

La necesidad de resolver definitivamente el tema se instaló en el plano ciudadano. Ya no sólo voces aisladas se ocuparon del mismo, a modo de ejemplo, solicitadas en la prensa de distinto origen,³⁸ el Vice Presidente de la República, el Dr. Hugo Batalla, haciendo honor a su trayectoria en la defensa de los derechos humanos, reconoció la necesidad de buscar una solución, el periodista y ex Senador del Partido Colorado el Profesor Manuel Flores Silva, sostuvo públicamente que el cumplimiento del artículo cuarto de la Ley de Caducidad era un imperativo moral que se afirmaba en la razón misma de la larga tradición nacional de solución de conflictos.

La propuesta presentada por el Obispo de la Diócesis de San José, Monseñor Galimberti sintetizó el amplio apoyo demostrado en la opinión pública, al plantear una solución humanitaria al problema reconociendo la legitimidad del reclamo desde la perspectiva religiosa.

La propuesta de Galimberti ofrece la participación de la Iglesia Católica para solucionar la situación, respetando el marco legal vigente incluida la ley de caducidad. Ante esta propuesta, desde una perspectiva policial puede afirmarse que se ha consolidado definitivamente en el Uruguay, el concepto de que es necesario e imprescindible encontrar una solución para dar satisfacción definitiva a los familiares de las víctimas. Así se han pronunciado las colectividades políticas del Frente Amplio, el Nuevo Espacio e importantes sectores del Partido Nacional.

CONCLUSIÓN

El Estado Uruguayo no puede dejar de cumplir con el deber de esclarecer la suerte de los detenidos desaparecidos. Asimismo, la comunidad internacional debe continuar exigiendo el cumplimiento de esta obligación. Ello es así por las convenciones internacionales, tanto universales como regionales, que ha firmado y ratificado la República, como por las resoluciones dictadas por los órganos especializados de supervisión internacional y regional en la materia.

38 Un número importante de jóvenes dirigentes que actuaron en el movimiento estudiantil en la salida de la democracia hizo una solicitada pública, un grupo de residentes uruguayos en Francia, el la organización sindical PIT - CNT. expresaron entre otras el deseo de que el tema se resolviese.

Más allá de las distintas iniciativas judiciales, administrativas y políticas reseñadas, que sin duda alguna le han otorgado al esclarecimiento de la situación de los detenidos-desaparecidos y de la "Verdad" un primer plano en la agenda pública uruguaya, es claro que en ese proceso el Poder Ejecutivo tiene un papel insoslayable y fundamental.

El país tiene hoy todas las condiciones para aclarar definitivamente la situación de los desaparecidos. Más aún, en tanto no se percibe hoy ninguna razón de estado, de riesgo para la tranquilidad institucional, la paz pública o la seguridad interior, oponible si alguna vez legítimamente lo fue para evitar el acatamiento de un mandato ético básico y humanitario, y rehusarse el cumplimiento del derecho internacional de protección de los derechos humanos, negar la observancia del ordenamiento jurídico interno y no atender la voz de amplios sectores de la ciudadanía uruguaya y de la comunidad internacional.

El Sr. Presidente de la República, Dr. Julio María Sanguinetti, Jefe de Estado y de Gobierno del Estado uruguayo, y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas uruguayas, puede buscar establecer las bases para resolver definitivamente esta situación. Reúne todas las condiciones políticas y le asiste la oportunidad histórica para transitar por el camino de la verdad. Sólo él y su conciencia tienen la palabra. Cuanto antes mejor.

GUATEMALA'S NATIONAL RECONCILIATION LAW: COMBATING IMPUNITY OR CONTINUING IT?

*Margaret Popkin*¹

As the Guatemalan peace negotiations concluded in December 1996, debate about the amnesty provisions in the hastily approved "National Reconciliation Law" (NRL) dominated the national press and commentary in the U.S. media. Guatemalan human rights groups condemned the law and challenged its constitutionality, as its terms appeared to leave open the possibility that amnesty would be granted to those responsible for serious human rights violations. The law was seen as a serious stain on a promising peace process. A *New York Times* editorial warned that the "law will make it nearly impossible to prosecute most of the worst crimes committed against innocent people by security forces and guerrillas in the course of the conflict."²

Six months after the law's passage, the Guatemalan courts have yet to grant amnesty in any case involving serious human rights violations. Challenges to the law's constitutionality remain pending in Guatemala's Constitutional Court. Petitions for amnesty remain pending and new petitions continue to be filed.

Although the dire consequences many expected from the NRL have not been realized, it may still be nearly impossible to prosecute most of the worst crimes committed during the armed conflict. The application of the NRL to date has not compounded impunity in Guatemala, but actions by

1 Program Director, Robert F. Kennedy Memorial Center for Human Rights. These comments are an updated version of a memorandum circulated by the RFK Center in March 1997.

2 *New York Times*, Dec. 19, 1996.

the judiciary in key human rights cases are doing just that. The lack of progress in prosecuting military officials allegedly responsible for the 1990 murder of anthropologist Myrna Mack and the acquittal of former military commissioner Candido Noriega, accused of 35 murders and dozens of other violent crimes, are stark reminders that the problem of impunity in Guatemala will not be resolved simply by careful application of the NRL.

Nor should the current cautious application of the NRL by Guatemalan courts suggest that the law was drafted with full consideration of applicable international law limitations on the scope of amnesty laws. The Guatemalan law, while plainly an advance over other Latin American amnesty legislation in its drafting and application to date, still reflects an insufficient understanding of applicable international law by its drafters.

1. THE TERMS OF THE LAW

On December 18, 1996, the Guatemalan Congress overwhelmingly approved the "National Reconciliation Law" (NRL) by a vote of 65 in favor to 8 against—only the deputies from the New Guatemalan Democratic Front (FDNG) and the National Union of the Center (UCN) opposed the law. The NRL was based on the December 12, 1996, agreement negotiated between the Guatemalan government and the Guatemalan National Revolutionary Union (URNG) that established the legal basis for the reincorporation of members of the URNG into Guatemalan society. Both the peace negotiations and the subsequent legislation went beyond the immediate need to legalize the status of URNG members and established provisions for "extinguishing criminal responsibility" for crimes committed by, for example, members of the military, civil patrollers and politicians between the start of the armed conflict (36 years ago) and the date of the law's passage.

The NRL specifically excluded from amnesty those cases involving forced disappearances, torture or genocide, but did not mention extrajudicial executions. Also exempted from the amnesty provisions are crimes that have no statute of limitations or in which criminal responsibility cannot, according to Guatemalan law or international treaties ratified by Guatemala, be extinguished. However, the Guatemalan Penal Code does not include any crimes without a statute of limitations. The Guatemalan constitution establishes that there is no statute of limitations for the undue use of force or weapons against persons detained or held prisoner.³ Guatemala is not a party to the Convention on the Non-Applicability of Statutes of Limitation for War Crimes and Crimes against Humanity. It is a party to the Convention against Torture and the Inter-American Convention to

3 Constitution de 1985, art. 21.

Prevent and Punish Torture, both of which impose on the government a duty to prosecute perpetrators of torture. Guatemala is also a party to the American Convention on Human Rights, which imposes an obligation on states to prevent, investigate and prosecute those responsible for certain violations of human rights.⁴ In addition, Guatemala is a signatory to the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, in force since 1996.

Article 2 of the NRL authorizes amnesty for political crimes against the state committed by the insurgency during the internal armed conflict. "Political crimes" refer to specific crimes against the state, such as sedition and illicit association, not to the motivation for committing crimes. Article 2 list those crimes from the Penal Code and the Law of Weapons and Munitions that may be considered political crimes. The NRL also provides for granting amnesty for certain "related common crimes" committed by insurgents. Article 3 establishes that related common crimes are those acts committed in the armed conflict that directly, objectively, intentionally and causally are related to the commission of political crimes. Article 4 enumerates the specific crimes in the Penal Code that can be considered related common crimes for purposes of granting amnesty to the insurgents. The Guatemalan Constitution (article 171) authorizes Congress to decree amnesty for political and related common crimes.

Article 5 of the law authorizes the courts to grant amnesty to state actors (or members of any other force established by law –e.g., civil patrols) for common crimes perpetrated in the armed conflict with the objective of preventing, impeding, pursuing or repressing the political and related common crimes committed by the insurgents. The relationship between the crimes committed and the preventive goal must be "rational and objective", and the crimes must not have been committed for personal motives. The law appears to place the burden of proof on those opposing the granting of amnesty. Amnesty is also available for those who covered up or in other ways served as accomplices to these crimes.

Article 6 establishes that the amnesty provisions apply to state actors for actions that were ordered, carried out or not carried out in order to avoid a greater harm, as well as to acts related to the peace negotiations, all of which are to be considered to be of a political nature. This would seem to include actions related to President Serrano's 1993 attempted "self-coup".

Article 11 establishes special expedited procedures for determining whether someone is eligible for amnesty. The prosecutor's office and the

4 Inter-American Court on Human Rights, Velásquez Rodríguez case, Sentence of July 19, 1988, Series C, No. 4.

courts, at the request of the interested party or on their own, are to transfer cases that are potentially eligible for amnesty to the designated appeals chamber, which is to ask the parties to submit their arguments within a ten-day period. If the court decides it needs additional information, it can subsequently hold a hearing, providing at least three days advance notice to the parties. Within three days after being notified of the appeals chamber's decision, the "legitimately interested" parties may appeal the chamber's decision to the designated chamber of the Supreme Court", which has five days to confirm, revoke or modify the prior resolution.

The NRL is quite complex and subject to different interpretations. Although the law is not a blanket amnesty, there are legitimate concerns that it may compound the already serious problem of impunity in Guatemala. The law's specific exceptions and its commitment to provide compensation to victims represent an advance over other Latin American amnesty laws passed in recent years.

2. PROVISIONS FOR COMPENSATION AND THE "CLARIFICATION COMMISSION"

In addition to its amenity provisions, the NRL also recognizes the state's responsibility to provide compensation to victims of human rights violations and refers to the role of the "Clarification Commission." Article 9 provides that the State has a humanitarian obligation to assist the victims of human rights violations that took place in the context of the internal armed conflict. Assistance is to be provided under the coordination of the Secretariat of Peace through governmental measures and programs, with priority to be given to those who, from a social and economic standpoint, are in greatest need. In providing compensation to the victims of human rights violations, the Secretariat of Peace is to take into account the recommendations to be formulated by the Clarification Commission (agreed to in the Peace Accords).⁵

The Clarification Commission has yet to begin its work⁶. Its mandate, which does not include naming individual perpetrators of human rights

5 The Agreement on the Establishment of the Commission for the Historical Clarification of Human Rights Violations and Incidents of Violence that have Caused Suffering to the Guatemalan Population was signed by the Guatemalan government and the URNG on June 23, 1994.

6 The U.N. has named Christian Tomuschat, a German human rights expert who served as the U.N. Human Rights Commission's Independent Expert on Guatemala from 1990-93, to head the Clarification Commission.

The two Guatemalan Commission members are Edgar Alfredo Balsells Tojo, selected from the university rectors nominations, and Otilia Ines Lux García, the Educations

violations, was established in the peace negotiations. Article 10 of the NRL refers to the Clarification Commission and recognizes its responsibility to design the means to achieve the understanding and recognition (*conocimiento y reconocimiento*) of the historical truth about the period of the internal armed conflict, with the goal of ensuring that the acts that took place during that conflict will not recur. State organisms and entities are to provide the Commission with whatever support it needs.

While positive, these provisions do not ensure full compliance with the requirements set forth in Inter-American jurisprudence on the scope of amnesty laws.⁷ A commitment to provide compensation will need to be transformed into a meaningful reality. The "historical truth" may not include both society's right to know the truth and survivors right to know what happened to their relatives. Even if a state—like Chile—carries out a serious effort to uncover the truth, recognizes state responsibility and awards compensation to survivors, it will still violate the American Convention's requirement that states prosecute and punish perpetrators of serious violations. The Commission recently clarified that "investigations must seek to identify perpetrators; otherwise victims will find it 'virtually impossible' to establish civil liability of the wrongdoers for damages."⁸ Thus, according to the Inter-American Commission on Human Rights, the American Convention requires that Guatemala go beyond establishment of the "historical truth" and some measure of compensation. It must satisfy the right to justice by leaving victims and their families judicial recourse for identification of those responsible for serious violations of human rights and imposition of appropriate punishment.

The wording of the N.R.L. if not interpreted in a manner consistent with constitutional and international law limitations, leaves open the possibility that amnesty will be granted to those responsible for extra-judicial execu-

Ministry's coordinator of bilingual education, who was proposed by the Mayan sectors. The Commission's start-up date has been postponed until August 1997 because of delays in obtaining funding and hiring staff.

- 7 Following the Velásquez Rodríguez case, *supra* note 4, the Inter-American Commission on Human Rights has issued four decisions on cases involving amnesties in Uruguay, Argentina, El Salvador and, most recently, Chile. In its 1994 country report on El Salvador, the Commission further addressed the sweeping Salvadoran amnesty passed in 1993 in the wake of the U.N. Truth Commission's report.
- 8 D. Cassel, "Lessons from the Americas: The International Community's Response to Amnesties for Serious Violations of Human Rights," report prepared for U.S. Meeting of Experts on Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Human Rights, April 13, 1997 (International Human Rights Law Institute, De Paul University College of Law) at 18; citing (and translating) Report no. 36/96, Case 10.843 (Chile) at 18, para. 66. OAS Doc. OEA/Ser/L/V/II,93. Oct. 15, 1996.

tions, including the massacres of thousands of indigenous peasants in the Guatemalan highlands in the early 1980s. Under the NRL's terms, a key issue in determining the scope of the amnesty is the interpretation of the phrase "in the armed conflict." Under applicable international law, the fact that a serious human rights violation or crime against humanity was committed in an armed conflict does not create an exception to the requirement that those responsible be held accountable. Responsibility for determining who will be eligible for amnesty has been placed in the hands of the Guatemalan judiciary—an institution that has not distinguished itself in the struggle to overcome impunity.

3. MINUGUA'S POSITION

The United Nations Human Rights Observer Mission in Guatemala (MINUGUA) has not denounced the NRL as violate of the March 1994 Comprehensive Agreement on Human Rights, which provides the basis for MINUGUA's mandate, or of international human rights instruments. Instead, MINUGUA has urged a narrow interpretation of the amnesty law. In a "Public Declaration" issued shortly after the law was passed, MINUGUA outlined the restrictions on the application of amnesty contained in the NRL. Thus, for example, its statement clarified that amnesty could not be applied to state actors or forces established by law if any of the following apply: a) the crimes were not committed "in the armed conflict"; b) the crimes were not perpetrated with the objective of preventing, impeding, pursuing or repressing political or related common crimes set forth in the Penal Code and the Law of Weapons and Munitions and enumerated in articles 2 and 4 of the NRL; c) there is not a rational and objective relation among the goals indicated and the acts committed; d) the crimes were committed for a personal motive; e) even though elements appear to suggest that such a relationship existed or that there was no personal motive, this is shown not to be the case; f) the crimes include genocide, torture or forced disappearance; g) the crimes are the consequence of the use of inappropriate means or weapons against a person detained or held prisoner (article 21 of the Constitution). MINUGUA noted that the expression "in the armed conflict" is sufficiently clear to exclude from amnesty those human rights violations that occurred "outside the strict framework of the internal armed conflict". MINUGUA further stated that it would "rigorously verify due process in all cases in which the benefit established by the Law of National Reconciliation is invoked."

The Center for Human Rights Legal Action (CALDH) has called on MINUGUA to verify that the provisions of the NRL violate the Guatemalan government's commitment in the Comprehensive Human Rights Agreement no to support "the adoption of legislative measures, or measures of

violations, was established in the peace negotiations. Article 10 of the NRL refers to the Clarification Commission and recognizes its responsibility to design the means to achieve the understanding and recognition (*conocimiento y reconocimiento*) of the historical truth about the period of the internal armed conflict, with the goal of ensuring that the acts that took place during that conflict will not recur. State organisms and entities are to provide the Commission with whatever support it needs.

While positive, these provisions do not ensure full compliance with the requirements set forth in Inter-American jurisprudence on the scope of amnesty laws.⁷ A commitment to provide compensation will need to be transformed into a meaningful reality. The "historical truth" may not include both society's right to know the truth and survivors right to know what happened to their relatives. Even if a state—like Chile— carries out a serious effort to uncover the truth, recognizes state responsibility and awards compensation to survivors, it will still violate the American Convention's requirement that states prosecute and punish perpetrators of serious violations. The Commission recently clarified that "investigations must seek to identify perpetrators; otherwise victims will find it 'virtually impossible' to establish civil liability of the wrongdoers for damages."⁸ Thus, according to the Inter-American Commission on Human Rights, the American Convention requires that Guatemala go beyond establishment of the "historical truth" and some measure of compensation. It must satisfy the right to justice by leaving victims and their families judicial recourse for identification of those responsible for serious violations of human rights and imposition of appropriate punishment.

The wording of the N.R.L. if not interpreted in a manner consistent with constitutional and international law limitations, leaves open the possibility that amnesty will be granted to those responsible for extra-judicial execu-

Ministry's coordinator of bilingual education, who was proposed by the Mayan sectors. The Commission's start-up date has been postponed until August 1997 because of delays in obtaining funding and hiring staff.

- 7 Following the Velásquez Rodríguez case, *supra* note 4, the Inter-American Commission on Human Rights has issued four decisions on cases involving amnesties in Uruguay, Argentina, El Salvador and, most recently, Chile. In its 1994 country report on El Salvador, the Commission further addressed the sweeping Salvadoran amnesty passed in 1993 in the wake of the U.N. Truth Commission's report.
- 8 D. Cassel, "Lessons from the Americas: The International Community's Response to Amnesties for Serious Violations of Human Rights," report prepared for U.S. Meeting of Experts on Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Human Rights, April 13, 1997 (International Human Rights Law Institute, De Paul University College of Law) at 18: citing (and translating) Report no. 36/96, Case 10.843 (Chile) at 18, para. 66. OAS Doc. OEA/Ser/L/V/II,93. Oct. 15, 1996.

tions, including the massacres of thousands of indigenous peasants in the Guatemalan highlands in the early 1980s. Under the NRL's terms, a key issue in determining the scope of the amnesty is the interpretation of the phrase "in the armed conflict." Under applicable international law, the fact that a serious human rights violation or crime against humanity was committed in an armed conflict does not create an exception to the requirement that those responsible be held accountable. Responsibility for determining who will be eligible for amnesty has been placed in the hands of the Guatemalan judiciary—an institution that has not distinguished itself in the struggle to overcome impunity.

3. MINUGUA'S POSITION

The United Nations Human Rights Observer Mission in Guatemala (MINUGUA) has not denounced the NRL as violate of the March 1994 Comprehensive Agreement on Human Rights, which provides the basis for MINUGUA's mandate, or of international human rights instruments. Instead, MINUGUA has urged a narrow interpretation of the amnesty law. In a "Public Declaration" issued shortly after the law was passed, MINUGUA outlined the restrictions on the application of amnesty contained in the NRL. Thus, for example, its statement clarified that amnesty could not be applied to state actors or forces established by law if any of the following apply: a) the crimes were not committed "in the armed conflict"; b) the crimes were not perpetrated with the objective of preventing, impeding, pursuing or repressing political or related common crimes set forth in the Penal Code and the Law of Weapons and Munitions and enumerated in articles 2 and 4 of the NRL; c) there is not a rational and objective relation among the goals indicated and the acts committed; d) the crimes were committed for a personal motive; e) even though elements appear to suggest that such a relationship existed or that there was no personal motive, this is shown not to be the case; f) the crimes include genocide, torture or forced disappearance; g) the crimes are the consequence of the use of inappropriate means or weapons against a person detained or held prisoner (article 21 of the Constitution). MINUGUA noted that the expression "in the armed conflict" is sufficiently clear to exclude from amnesty those human rights violations that occurred "outside the strict framework of the internal armed conflict". MINUGUA further stated that it would "rigorously verify due process in all cases in which the benefit established by the Law of National Reconciliation is invoked."

The Center for Human Rights Legal Action (CALDH) has called on MINUGUA to verify that the provisions of the NRL violate the Guatemalan government's commitment in the Comprehensive Human Rights Agreement no to support "the adoption of legislative measures, or measures of

any other type, aimed at preventing the prosecution and punishment of those responsible for human rights violations"⁹ MINUGUA has not done so.¹⁰

4. CONSTITUTIONAL CHALLENGES TO THE NATIONAL RECONCILIATION LAW

The Guatemalan Constitutional Court is currently considering two challenges to the constitutionality of specific articles of Guatemala's National Reconciliation Law. The principal petition was filed by the Alliance against Impunity (Helen Mack is the lead petitioner); a second petition was filed by Danilo Rodríguez Galves. The initial petitions were based on Guatemalan constitutional law arguments. The Alliance filed a supplemental brief based on international law arguments. Guatemala's Constitution (article 46) establishes that international human rights treaties and conventions ratified by Guatemala take precedence over national law. The petitions challenge the constitutionality of articles 5, 6 and 11 of the National Reconciliation Law. Among the major arguments advanced are:

- (1) The NRL violates individual constitutional guarantees, such as the rights to access to justice, to be heard before previously established tribunals, to due process, and to public action against those who violate human rights;
- (2) Congress exceeded its constitutional authority by classifying purely common crimes as political and thereby permitting amnesty to be granted for common crimes;
- (3) Members of the government, its institutions and the armed forces may be granted amnesty for actions for which they are constitutionally required to be held responsible; and
- (4) The NRL conflicts with Guatemala's international law obligations to prevent, investigate and punish those responsible for certain violations of human rights.

The Constitutional Court denied the petitioners request for a temporary stay of the amnesty law, because "there is no flagrant unconstitutionality, nor is any permanent injury likely to be caused." This leaves open the

9 Comprehensive Human Rights Agreement, signed March 29, 1994, article 3.

10 A recent article by MINUGUA, lawyer Luis Pásara defended the amnesty provisions of the law. "Guatemala: amnistía para la paz" *ideele*, no 97 (May, 1997). p. 74.

possibility that some individuals might be granted amnesty before the Constitutional Court rules.

Guatemala's Human Rights Ombudsman presented a subsequent petition arguing that the law is unconstitutional, but was not allowed to present an oral argument to the Court. At a hearing on February 14, the Prosecutor General defended the constitutionality of the law while petitioners in the Alliance case argued that the contested articles were unconstitutional. Because a number of cases are backed up in the Constitutional Court, it is not clear when a ruling will be made.

While not impossible, it seems unlikely that the Guatemalan Constitutional Court will opt to undo a law that is seen as part of the peace process and passed overwhelmingly by Congress. The scope of the amnesty is instead likely to be defined on a case-by-case basis. The dangers of arbitrary judicial decisions could be considerably reduced if the Constitutional Court were to establish that the NRL's constitutionality rests on adequate interpretations and application, in conformity with applicable international law.

5. PETITIONS FOR AMNESTY ON INDIVIDUAL CASES

On January 8, 1997, after defendants had begun to apply for amnesty in specific cases, MINUGUA issued a public statement. It called "upon the judiciary to recognize their grave responsibility and not to apply the benefits of the law to crimes that occurred outside the strict context of the internal armed conflict or that did not have a rational and objective relationship with the prevention, pursuit or repression of the crimes enumerated in articles 2 and 4 of the Law."

The wording of the NRL leaves considerable room for interpretation in determining whether a particular crime is eligible for amnesty. Even the procedures for making that determination have been understood differently by different judges.

a. The Mack and Carpio cases*

Statements by government officials have indicated that they do not view the amnesty as covering cases such as the killings of Myrna Mack and Jorge Carpio Nicolle or the Xamán massacre. While the Public Ministry has

* *NOTA DEL EDITOR:* con fecha 12 de agosto de 1997 la Corte de Constitucionalidad decidió que el caso Mack debía ser tramitado de conformidad con el nuevo Código de Procedimientos Penales que establece el juicio oral.

argued that the NRL is constitutional, it has opposed application of its amnesty provisions in specific cases, including those of the Mack, Carpio and Xamán defendants. In explaining why these cases should not be eligible for amnesty, public prosecutor Mynor Melgar was quoted as saying that, in the Xamán case, "the military patrol's attack did not occur in the context of an army counterinsurgency strategy." According to the same article, Melgar further explained that the Mack and Carpio cases were not products of the war because the victims were not guerrillas.¹¹

The prosecutor's reasoning raises troubling issues for other cases. What, for example, might a prosecutor argue if a massacre were carried out as part of the army's counterinsurgency strategy (rather than as an apparently unanticipated over-reaction)? Or if the victims did have links to the URNG or had provided food to guerrilla combatants?

Under article 11 of the NRL, when the public prosecutor or a judicial authority has a case before it that concerns crimes covered by articles 4 and 5, they are to transfer the matter to the *Sala de Apelaciones* (Appeals Chamber). In the Mack and Carpio cases, Judge Delgado of the *Juzgado Primero de Sentencia* (First Sentencing Court) determined that the crimes were not covered by the amnesty provisions of the NRL and that the cases therefore would not be transferred to the *Sala*. The petition for amnesty in the Carpio case was decided on January 14; an appeal was subsequently filed in the Third Appeals Chamber.

A petition for amnesty on behalf of those accused of being intellectual authors of Myrna Mack's murder was filed January 6, 1997. The defendants argued that the murder was a political crime committed during the armed conflict and therefore fell within the NRL's provisions for amnesty. On February 6, Judge Delgado issued a decision declining to transfer the case to the appellate chamber, because *asesinato* (murder) is not one of the crimes listed as a related common crime in the NRL.¹² This ruling followed Judge Delgado's earlier ruling in the Carpio case. In the Mack case, the Tenth Appeals Chamber accepted the public prosecutor's argument that, under the NRL, it lacked jurisdiction to hear an appeal. In June 1997, with no substantive, appellate ruling on their earlier petition, the officers alleged to have planned and ordered the killing of Myrna Mack filed a new amnesty petition in the Third Appeals Chamber.

11 *La Prensa Libre*, Noticias de Guatemala, Jan. 6, 1997 (internet version).

12 Article 4, which relates to the insurgent's crimes, lists the crimes that can be considered "related common crimes", it does not include murder. Article 5, which refers to crimes by state actors. Includes no list.

b. Other cases in which amnesty has been requested¹³

As of May 1997, at least three Appeals Chambers had granted amnesty for former guerrillas who were in criminal proceedings for related common crimes, including illegal possession of weapons, ammunition and explosives.

Initially, few petitions for amnesty were filed. Thus far, all the cases being considered for amnesty have resulted from petitions of defendants who are either currently incarcerated or facing criminal proceedings. At least eight amnesty petitions have been filed on behalf of prisoners serving sentences for common crimes (e.g. murder and rape) in Guatemala's Pavón Prison. In general, lawyers for military defendants appear to be waiting for the Constitutional Court's ruling regarding the NRL's constitutionality before making amnesty applications. Thus, in the Xamán massacre case, lawyers for the defendants have indicated their intention to apply for amnesty for the accused soldiers, but are reportedly awaiting the ruling of the Constitutional Court.

Unlike the judge in the Mack and Carpio cases, trial judges in most cases have transferred amnesty petitions to the appellate chambers without making a preliminary ruling. Amnesty petitions have been filed on behalf of army specialists accused of murder. Two of the defendants in the Carpio case are also accused of murdering two people in 1993 in Amatitlán. Their amnesty petition was rejected by the trial court and is currently before the Tenth Appeals Chamber. Four soldiers convicted of killing Michael Devine were denied amnesty by the Fourth Appeals Chamber.

On February 26, 1997, the Ninth Appeals Chamber in Antigua denied a petition for amnesty on behalf of Cándido Noriega Estrada, a former civil patrol leader accused of being responsible for a series of murders, kidnappings, rapes and threats (a total of 156 crimes) during the 1980s. The Appeals Chamber found that the crimes were not related to the armed conflict, because the army stated that the defendant had not been a civil patroller, making him ineligible for amnesty under article 5 of the NRL. Three months later, however, in a much-criticized ruling, the trial court in Quiché acquitted Noriega of all charges. Appeals Chambers have denied petitions for amnesty of a former military commissioner convicted of drug trafficking and an army captain convicted of kidnapping.

13 Information about individual cases is meant to be illustrative rather than comprehensive. New petitions for amnesty continue to be filed; not all are reported in the press, and, under expedited procedures, cases may move quickly through the judicial system.

In the "Colotenango" case, civil patrollers have been prosecuted for killing 64-year-old Juan Chanay Pablo and wounding two other people during an August 1993 demonstration against civil-patrol abuses. Witnesses to these events have been harassed and intimidated, and the case has been fraught with irregularities. The defendants filed a petition for amnesty and then withdrew it. In an apparently unrelated development, the Guatemalan government and petitioners on behalf of the victims recently reached a "friendly settlement" before the Inter-American Commission on Human Rights. The settlement provides for both individual and community compensation and states that the criminal case will proceed. The community of Colotenango will be compensated with assistance for infrastructure, schools and health centers, worth approximately \$500,000. This assistance will be channeled through FONAPAZ (the National Fund for Peace). The friendly settlement agreement does not directly address the amnesty issue or any other aspect of the Peace Accords.

At the moment, it appears that the Guatemalan courts will continue to rule on amnesty petitions on a case-by-case basis. This is far better than a general amnesty, but, given the wording of the NRL, leaves considerable room for judicial interpretation. Thus far, the government seems eager to ensure that the high-profile cases not be amnestied, although this does not ensure that amnesties will not be granted. Will the government's concern extend to lower-profile cases that have not received international attention? And what will happen with the massacre cases from the early 1980s? Even if they are not amnestied under the NRL, will they be eligible for amnesty under earlier amnesty laws passed during the 1980s? The NRL does not mention or specifically derogate earlier amnesty laws, leaving open the questions of whether they remain in effect.

CONCLUSION

Although initial court rulings have refused to apply the amnesty to defendants in the Mack and Carpio murder cases, final appellate decisions have yet to be issued. Nor has the Constitutional Court ruled on challenges to the provisions of the law that permit amnesty for state agents. Human rights advocates in Guatemala have raised the concern that the burden of proof may be interpreted to fall on those opposing a grant of amnesty and that the minimal period allowed for submitting arguments opposing an amnesty petition is inadequate. Barring a finding of unconstitutionality, the possible fate of cases involving army massacres in the early 1980s is particularly troubling. Whether or not these massacres constituted genocide, they involved the wholesale slaughter of indigenous peasants who were thought to be guerrilla supporters. Guatemalan authorities, particu-

larly the Prosecutor General, need to make clear that the brutal massacre of unarmed peasants cannot fall within the terms of the NRL.

The NRL's amnesty provisions and their judicial interpretation to date suggest that Guatemala is trying to avoid following in the footsteps of its neighbor, El Salvador, which legislated total impunity after the United Nations Truth Commission for El Salvador's 1993 report. In the 32 cases included in its report, the Salvadoran Truth Commission named those perpetrators it was able to identify. Since issuance of the Truth Commission's report and the ensuing amnesty, the Salvadoran government has made no effort—judicial or otherwise—to determine what happened to victims and who was responsible, nor provided any compensation to victims of human rights violations.

In order to comply with its obligations under international law and break with a tradition of impunity, Guatemala faces many challenges. Not only must it establish the "historical truth" of what happened during the years of armed conflict, but it must make it possible for survivors to seek a judicial determination of what happened to their relatives—and who was responsible. Guatemala also faces the enormous challenge of providing appropriate compensation to the victims of human rights violations.

Although the terms of the NRL were far from satisfactory to Guatemalan human rights groups, the prolonged educational and advocacy efforts of these groups undoubtedly contributed to the decision not to pass a blanket amnesty. The Clarification Commission must not become a substitute for justice; the Guatemalan justice system is still obliged to carry out investigations and, when responsibility can be established, impose appropriate punishments. While the Guatemalan government's approach thus far reflects an effort to refrain from compounding the situation of impunity prevailing in Guatemala, it in no way guarantees that justice will be achieved. The Guatemalan courts have not established a strong record in dealing with human rights violators. In many cases, evidentiary problems resulting from the failure to carry out a timely and independent investigation will preclude successful prosecution. Disappearance cases pose a special challenge. The Guatemalan judiciary has a great responsibility to determine whether the NRL will signal an advance in Latin American efforts to overcome a strong tradition of impunity or—as many fear—will help to ensure that most of those responsible for serious violations of human rights during the past 36 years will never have to face prosecution.

LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUNIDAD Y SU TRATAMIENTO EN LAS NACIONES UNIDAS -NOTAS PARA LA REFLEXIÓN-

Wilder Tayler

Director Jurídico Human Rights Watch

1. PRECISIONES PREVIAS

El siguiente no es un análisis completo del fenómeno de la impunidad o del tratamiento que se le ha dado al tema en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Por el contrario, se tratan algunos aspectos del problema, poniendo énfasis en el papel jugado por ciertos actores en la evolución de su tratamiento jurídico y político. Se destacan los importantes avances de las últimas dos décadas así como los obstáculos que han pautado en la ONU, la búsqueda de la verdad y la justicia como forma de protección de los derechos humanos. Este trabajo se refiere principalmente al tema de la impunidad en relación a los autores de las violaciones más graves a los derechos fundamentales: aquellas que como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada vulneran el derecho a la vida y a la integridad de las personas. Sin que esto signifique una jerarquización de los derechos humanos no se ha tratado, por ejemplo, el importante proceso de reflexión que se lleva a cabo en relación a la impunidad de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales.

En su versión literal, impunidad significa ausencia de castigo. Ante la existencia de una violación de los derechos humanos, el sistema judicial penal diseñado para llevar a juicio y castigar a los responsables se encuentra ausente o no entra en funcionamiento. Cuando esto ocurre la noción misma de justicia, sustento esencial de la convivencia democrática, se ve profundamente distorsionada. Los responsables de tales violaciones, al constatar que pueden violar la ley impunemente, encuentran aliento para seguir cometiendo esos crímenes. Esto socava la doctrina del Estado de Derecho que

presume que nadie, incluyendo a los funcionarios y los gobernantes, se encuentra por encima de la ley.

En el caso de las violaciones a los derechos humanos, el concepto de impunidad comprende al menos otras tres dimensiones, diferentes pero estrechamente relacionadas con la ausencia de justicia.

En primer lugar existe impunidad cuando las víctimas y la sociedad no alcanzan a conocer la verdad sobre la extensión y las razones de los abusos que han sufrido. A diferencia de lo que acontece con los crímenes comunes, las violación de los derechos humanos presupone la presencia de funcionarios del Estado, o de personas que actúan por su instigación o con su consentimiento. Es entonces mucho más difícil que los medios de comunicación conozcan y difundan los hechos y que éstos sean registrados para la historia de la sociedad. Sobre todo al final de períodos donde se han perpetrado violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos el conocimiento de la verdad resulta fundamental para que la comunidad y los individuos cuyos derechos han sido vulnerados, puedan restañar las heridas y prevenir situaciones similares a las sufridas en épocas de confrontación y tragedia.

En segundo lugar, para que las violaciones de los derechos humanos no queden impunes, las víctimas de las mismas deben recibir reparación. Esto supone que los afectados deben poder hacerse acreedores a partidas de compensación económica por los daños sufridos y a beneficiarse de medidas de rehabilitación que les permitan sobrellevar las secuelas tanto físicas como psicológicas por los abusos padecidos. También deben hacerse todos los esfuerzos para restablecer la situación existente antes de la comisión de los abusos, si esto fuera posible.

Finalmente, para acabar con la impunidad deben tomarse todas las medidas de prevención para que no se repitan las violaciones de los derechos humanos. Esto significa, entre otras cosas, que se ha de construir y hacer respetar el andamiaje legal y de garantías que amparan a los individuos cuando se encuentran, por ejemplo, en condiciones de detención y que los gobiernos deben anunciar públicamente su más completa oposición a las violaciones de los derechos humanos así como su disposición a castigarlas.

Estos cuatro elementos que hacen a la lucha contra la impunidad de las violaciones de los derechos humanos se traducen en obligaciones y compromisos legales que los Estados adoptan voluntariamente, cuando por ejemplo, aceptan ser partes de un tratado de derechos humanos. En otras ocasiones los compromisos derivan de la jerarquía de los instrumentos que en

cuya elaboración han participado los Estados (por ejemplo, las declaraciones solemnes de la Asamblea General de la ONU).

Por último se debe tener presente que el cumplimiento de todas y cada una de esas obligaciones y compromisos están estrechamente interrelacionados entre sí. La experiencia demuestra que no resulta posible un acción decidida contra las violaciones de los derechos humanos, si no se satisfacen los requerimientos de todas esas obligaciones y compromisos.

Hoy resultaría extraño que un órgano de la ONU, como el Consejo de Seguridad, por ejemplo, trate la situación de un país donde se violan los derechos humanos sin referirse a la necesidad de que quienes comenten esas violaciones no encuentren amparo en la impunidad. O que un organismo especializado como el Comité de Derechos Humanos analice el informe de un país sin hacer mención a la impunidad como uno de los factores que contribuye a la perpetuación de las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, como se verá mas abajo, la adopción de este lenguaje no siempre resultó fácil. Más aún, resta mucho por hacer para que el discurso y la realidad en materia de impunidad se compadezcan uno con el otro.

2. PROGRESOS Y OBSTÁCULOS EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

La ONU fue concebida como un mecanismo para evitar la guerra y como un foro donde los gobiernos trabajarían en conjunto para la resolución pacífica de los conflictos. Las memorias sobre las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial estaban frescas, así como la convicción de que las políticas que dieron lugar a la mismas, reposaron en la violación masiva y sistemática de los derechos humanos. La construcción de un nuevo orden mundial en el cual la paz y el respeto por los derechos fundamentales prevalecerían sobre la agresión y la barbarie estaba presente en las intenciones de los fundadores. La ONU se avocó desde el inicio a la búsqueda de fórmulas para proteger y promover los derechos humanos, y a la puesta en marcha de los medios que previnieran su avasallamiento en el futuro.

Esta labor se tradujo en la progresiva creación de un cuerpo de normas legales de diferente valor y jerarquía que dieron lugar al estado actual de codificación del derecho internacional de los derechos humanos. A lo largo de los años, se elaboraron tratados con fuerza vinculante, declaraciones solemnes de la Asamblea General —que denotan un alto grado de consenso político alcanzado por los Estados—, y conjuntos de principios o directrices preparados por organismos especializados, que brindan orientación para la puesta en práctica de los primeros. Considerados en su totalidad, estos

instrumentos legales reconocen en buena medida el abanico de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, que conforman lo que hoy damos en llamar "derechos humanos" y cuyo disfrute corresponde a todos, sin discriminación alguna.

La Declaración Universal de Derechos Humanos¹ marcó el primer gran paso en el reconocimiento de esos derechos, consagrando la igualdad de todos ante la ley y dotando a todos de la facultad de interponer recursos efectivos para su protección en el caso de que sus derechos fueran vulnerados o amenazados.²

Pero la protección de los derechos humanos significa más que el mero reconocimiento de la existencia de esos derechos. Requiere también encontrar las fórmulas para el tratamiento debido a quienes al amparo del poder del Estado, violan los derechos fundamentales. Implica dar satisfacción a las necesidades de las víctimas de los atropellos y las de sus familiares, incluyendo el conocimiento de la verdad sobre las razones por las que se cometieron las violaciones. Prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones exige que los gobiernos tomen todas las medidas necesarias para que las mismas resulten impracticables. Estos objetivos marcaban la tarea de las Naciones Unidas al inicio de su labor para proteger y promover los derechos humanos y para que las violaciones de tales derechos no quedaran sumidas en la impunidad.

Los inicios fueron parcialmente promisorios. Los primeros esfuerzos se orientaron a asegurar que los violadores de los derechos humanos pudieran ser llevados ante los tribunales de justicia. El 9 de diciembre de 1948 la Asamblea General adoptó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,³ calificando a tal crimen como un "delito de derecho internacional". La Convención preveía que las personas acusadas de tal delito fueran juzgadas ante una "corte penal internacional que sea competente respecto de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción" y que los Estados se "comprometían a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...". Pero la Convención omitió incluir a los grupos políticos entre aquellos pasibles de ser víctimas del delito de genocidio dejando así una laguna que se haría evidente al transcurrir la segunda mitad del siglo: en efecto, las terribles matanzas de comunistas en Indonesia llevadas a cabo a mediados de los años

1 Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

2 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículos 7 y 8.

3 Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 260 A(III), de 9 de diciembre de 1948.

60, o el aniquilamiento sistemático de una importante parte de la población camboyana perpetrado por Jmeres rojos una década mas tarde, no quedaban cubiertas por la Convención.

El paso del tiempo vio la elaboración de nuevos instrumentos internacionales que incluían disposiciones para evitar que los violadores de los derechos humanos se ampararan en la impunidad. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad⁴ buscó que los responsables de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial no escaparan al castigo beneficiándose del mero transcurso del tiempo desde el momento en que cometieron los delitos. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*⁵ galvanizó el rechazo del mundo civilizado a esta práctica ejemplificada durante las pasadas décadas por las políticas del gobierno de Sudáfrica y declaró que tales prácticas "son crímenes que violan los principios del derecho internacional...y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales". La Convención agrega que "las personas acusadas [del crimen de apartheid] podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte...o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente...".⁶ Así también esta Convención se adelantaba a la posible creación de un tribunal penal internacional y le asignaba competencia para entender en los casos correspondientes. Pasarían varias décadas sin embargo antes de que la creación de tal tribunal fuera encarada seriamente por la comunidad internacional.

Poco a poco se fue creando un importante conjunto de instrumentos internacionales que consagran explícita o implícitamente normas y principios para combatir la impunidad. Algunas de estas normas reconocen el derecho de las víctimas a recurrir a las instituciones y organismos del Estado en busca de justicia cuando sus derechos fundamentales han sido vulnerados. Un ejemplo de éstas lo da el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁷ que en su artículo 2 dispone que los Estados Partes se comprometen "a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sometidos a su jurisdicción los derechos re-

4 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de Noviembre de 1968.

5 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973. Esta es sólo una de varias convenciones de la ONU elaboradas en la lucha contra el *Apartheid* y otras formas de discriminación.

6 Artículo V de la Convención precitada.

7 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

conocidos en el presente Pacto". A su vez el PIDCP prevé que toda "persona cuyos derechos y libertades...hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en el ejercicio de sus funciones oficiales..."

Otros tratados de derechos humanos son más explícitos en cuanto a las obligaciones de los Estados en relación con la impunidad. No sólo contemplan el derecho de las víctimas de acudir a los tribunales y la obligación de los Estados de dictar leyes criminalizando ciertas violaciones de los derechos humanos, sino que imponen la obligación de tomar iniciativas para investigar esas violaciones y castigar efectivamente a los responsables. Así la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) obliga a los Estados Partes a velar "para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal" y a proceder a una investigación "pronta e imparcial" "siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura".⁸ La Convención contra la Tortura también crea un amplio régimen de cooperación internacional para que los Estados Parte procedan a la aprehensión, extradición y sometimiento a juicio de los torturadores, de modo que estos no encuentren refugio o santuario seguro fuera de las fronteras del país donde cometieron el delito.

Los tratados internacionales también establecen con frecuencia organismos de control sobre la forma en que los Estados ponen en práctica las obligaciones que asumen al ratificar los instrumentos. El PIDCP estableció el Comité de Derechos Humanos y la Convención contra la Tortura un correspondiente grupo de expertos (el Comité contra la Tortura), que en forma periódica reciben y analizan informes sometidos por los gobiernos sobre la forma en que éstos cumplen con sus obligaciones convencionales. Estos organismos especializados hacen recomendaciones a los Estados sobre el respeto de la normativa convencional, interpretan los respectivos instrumentos y, previa aceptación explícita de los Estados Partes⁹, aprueban dictámenes sobre casos de violaciones específicas cometidas los gobiernos en contra de individuos. Algunos de estos dictámenes han marcado im-

8 Convención contra la Tortura y Otras Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Artículos 4 y 12.

9 Para que el análisis de comunicaciones individuales sea posible por los dos Comités, los Estados Partes deben haber ratificado el Protocolo Facultativo al PIDCP en el caso de este instrumento, o en el caso de la Convención contra la Tortura haber formulado la declaración prevista en el Artículo 22 de la misma por la cual los Estados Partes aceptan que el Comité examine denuncias individuales relativas a violaciones de la Convención.

portantes pautas en la interpretación de las obligaciones de los gobiernos en cuanto a cómo responder a las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad de los perpetradores. Un ejemplo es el caso de la denuncia individual conocida como *Quinteros contra Uruguay*¹⁰ relativo a la desaparición en 1976 de la maestra Elena Quinteros en aquel país. Su madre concurre ante el Comité de Derechos Humanos y éste concluyó que Uruguay había violado los derechos a la libertad y a la seguridad personales de la víctima. Más aún, el Comité formuló cuatro recomendaciones que resumen las obligaciones de los Estados para combatir la impunidad: el gobierno de Uruguay debería tomar todas las medidas necesarias para determinar la suerte de Elena Quinteros, debía llevar a los responsables de su "desaparición" ante la justicia, debía abonar una indemnización por los daños y el sufrimiento experimentados y adoptar medidas preventivas para que tales violaciones de los derechos humanos no se repitieran en el futuro.

A pesar de estos progresos, el desarrollo de la normativa para proteger los derechos humanos combatiendo la impunidad ha sido, hasta la fecha, incompleto. Basta pensar que todavía no existe una convención de la ONU que haga un crimen internacional de los asesinatos cometidos por los gobiernos por razones políticas, de raza o de religión, y que disponga la obligación de esos mismos gobiernos de castigar tales crímenes. Es cierto que una multiplicidad de instrumentos internacionales de derechos humanos reafirman el carácter inviolable del derecho a la vida y que de allí resulta claramente que los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y castigar las violaciones de este derecho fundamental. Pero no existe aún el instrumento que imponga en forma explícita esa obligación. Y teniendo en cuenta la situación objetiva del respeto por los derechos humanos en el mundo de hoy, no debería dejarse ningún resquicio a la interpretación interesada en cuanto a las obligaciones de los Estados en esta materia. Lo mismo puede decirse respecto de la desaparición forzada de personas.¹¹

10 Informe del Comité de Derechos Humanos, de 1983 Anexo XXII. Para un análisis de la decisión véase: "The treatment of prisoners under international law". Nigel Rodley, Clarendon Press Oxford, 1987, págs. 201-203.

11 En relación con las ejecuciones sumarias existen los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, recomendados por el Consejo Económico y Social de la ONU en 1989. En relación a las "desapariciones" la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas en 1992. La elaboración de ambos instrumentos conllevó muy importantes progresos en la lucha contra la impunidad, como se verá en este trabajo. Sin embargo, el hecho de que estos instrumentos no constituyen tratados internacionales conteniendo obligaciones legales vinculantes para los Estados Partes, ha llevado en ocasiones a que los gobiernos de países donde se cometen estos crímenes, cuestionen su obligatoriedad. La Convención contra la Tortura fue precedida por una Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes y luego se entendió la necesidad de contar con un tratado para la prevención y la sanción de este crimen.

Pero no sólo la normativa internacional en la materia es insuficiente. Lo más grave es que los avances en la elaboración progresiva del andamiaje jurídico internacional contra impunidad, no se compadecen con el respeto que los Estados muestran en general por esas normas y por su aplicación efectiva. El combate contra la impunidad es uno de los terrenos donde se perciben las brechas más amplias entre la retórica y la realidad, entre las intenciones expresadas por los gobiernos (de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos) y los resultados obtenidos. Es así que sofisticados procedimientos de cooperación internacional como el de jurisdicción universal¹² diseñados originalmente para evitar que los torturadores escapen a la mano de la justicia, no se han visto puestos en marcha. A nivel doméstico de los estados basta consultar un periódico o examinar los informes de los organismos no gubernamentales de derechos humanos, para constatar que las violaciones de los derechos humanos se cometen en todas partes del mundo. Por el contrario, en muy raras ocasiones se sabe que un torturador haya debido comparecer ante la justicia, o de un gobierno que decida poner en marcha los mecanismos para revelar la verdad, cuando sus funcionarios se han visto implicados en desapariciones forzadas, o para indemnizar a quienes han sufrido la privación arbitraria de su libertad.¹³

La renuencia de muchos estados a responder internacionalmente por la falta del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, de llevar ante la justicia a los violadores de los derechos humanos, sacar a la luz pública la verdad sobre esas violaciones y reparar a las víctimas, se asienta frecuentemente en doctrinas jurídicas que reafirman el principio de la soberanía de los estados y el de la no injerencia en los asuntos internos.¹⁴ Estas doctrinas que anteceden a la fundación de las Naciones Unidas y el trabajo de codificación del derecho internacional de los derechos humanos, sostienen que el

12 Este concepto contempla que aún aquellos Estados en cuyo territorio no se cometieron los crímenes contra los derechos humanos deben establecer su jurisdicción sobre ellos. En el caso de que una persona presuntamente responsable de tales crímenes sea ubicada en un país determinado, éste debe someterla a la justicia o extraditarla o otro país donde pueda ser juzgada.

13 Los informes anuales de organizaciones internacionales de derechos humanos tales como Human Rights Watch o Amnistía Internacional, dan una clara visión de lo que se afirma.

14 El principio de soberanía de los Estados ha sido reflejado en el párrafo 2 del Artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas según el cual ningún país podrá aducir una disposición de la Carta para intervenir en cuestiones que estén "esencialmente bajo la jurisdicción de un Estado". Este ha sido el fundamento legal utilizado por muchos países en los que se producen violaciones de los derechos humanos para rechazar la vigilancia internacional o aun la mera expresión de preocupaciones sobre tales violaciones, tanto por parte de otros países como de organismos internacionales.

tratamiento que un gobierno dé a sus súbditos constituye materia exclusiva de su jurisdicción interna. En consecuencia se ha interpretado con frecuencia que la expresión de preocupación por las violaciones de los derechos humanos en un país determinado, tanto por parte de los órganos de la comunidad internacional (como la ONU) como por parte de terceros países, constituye una injerencia indebida en los asuntos domésticos de esa nación y podría implicar la vulneración de su soberanía. En buena medida, las dinámicas de la guerra fría contribuyeron a exacerbar estas tendencias. Dado que la ONU constituía un escenario de la confrontación entre visiones antagónicas del mundo y la sociedad, el tema de las violaciones de los derechos humanos (a veces supuestas, las más de las veces reales) fue utilizado con frecuencia para sustentar ataques mutuos. Al estar compuesta por Estados, la ONU, más allá de los nobles propósitos para los que fue creada, no pudo escapar a estas tensiones. Como resultado de ello cualquier progreso obtenido con relación a los derechos humanos areas, fue el resultado de minuciosas transacciones entre los poderes representados en la Organización.

A pesar de ello la codificación progresiva del derecho internacional fue debilitando las concepciones jurídicas que dejan inermes a los individuos frente al poder arbitrario del Estado, a través del establecimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y de órganos de verificación sobre el cumplimiento de esas obligaciones. Al mismo tiempo se ha abierto paso paulatinamente la noción de que la situación de los derechos humanos en cualquier país constituye materia de preocupación legítima de la comunidad internacional. Pero lo cierto es que aquellas doctrinas pautan todavía hoy la conducta de muchos gobiernos y la forma como estos se relacionan entre sí y con sus ciudadanos en relación a los derechos humanos. Quizá el caso más representativo en el día de hoy esté dado por China. A pesar de que se registran en aquel país graves y masivas violaciones contra los derechos a la libertad e integridad de sus ciudadanos, y de que la comunidad internacional es consciente de las mismas, el gobierno de China rechaza enfáticamente cualquier expresión de preocupación por parte de la ONU al respecto. Cada año en la sesión regular de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, donde se analiza el estado de los derechos humanos en el mundo, el gobierno chino moviliza toda su influencia política y ahora su emergente poderío económico, para evitar que los Estados miembros de la Comisión alcancen un pronunciamiento condenatorio de la situación de los derechos humanos en China. La retórica de los representantes de China en la ONU está claramente impregnada por las doctrinas que reivindicán el principio de soberanía estatal, y el tratamiento de los derechos humanos como una cuestión puramente doméstica. Hasta ahora China ha sido exitosa en sus esfuerzos para evitar el escrutinio internacional sobre su situación de derechos humanos.

No es de extrañar entonces, que si aún existen doctrinas que afirman como parte inherente de la soberanía estatal su virtual inmunidad a la crítica internacional cuando se cometen violaciones de los derechos humanos dentro de su jurisdicción, resulte aun mucho más difícil para algunos Estados aceptar que existen una serie de obligaciones legales sobre el tratamiento que debe dispensarse a los autores materiales o a los responsables ideológicos de aquellas violaciones, o sobre la forma en que se debe compensar a las víctimas.

3. LOS MECANISMOS DE LA IMPUNIDAD

Clásicamente se han observado dos grandes tendencias o tipos de impunidad. Se les ha dado a llamar impunidad "de hecho" e impunidad "legal".¹⁵ Con frecuencia los mecanismos derivados de estos dos tipos de impunidad se usan en forma combinada.

La impunidad "de hecho" deriva de la debilidad de las instituciones, en especial de los poderes judiciales, alimentada por actos que obstaculizan la marcha de los procesos o corrompen la independencia y la imparcialidad de la justicia. Muchas veces se traduce en la negativa de las fuerzas de seguridad de proporcionar las pruebas necesarias para identificar a los autores de los abusos contra los derechos humanos, en la resistencia de los funcionarios presuntamente implicados a declarar ante los tribunales, en la falsificación de registros públicos, o en la intimidación y la amenaza a las víctimas, jueces, abogados y testigos. La pasividad de los gobiernos antes estos actos, debida frecuentemente, a la falta de voluntad, y en ocasiones, a la impotencia para ejercer la autoridad de la que están investidos, contribuye aun más al debilitamiento del Estado de Derecho. En casos extremos, cuando la violencia, la intolerancia o la arbitrariedad dictatorial son los rasgos distintivos de un determinado gobierno, ni siquiera esto es necesario: las víctimas y sus familiares paralizados por el temor y desalentados por la ausencia de instancias a las que acudir, se abstienen de reclamar sus derechos y denunciar los abusos.

La impunidad "legal" se traduce en forma de leyes, decretos o instituciones jurídicas que impiden que ciertas personas que se han visto implicadas en las violaciones de los derechos humanos deban comparecer ante la

15 Esta es ya una distinción clásica de los tipos de impunidad e incorporada en la mayoría de los trabajos sobre el tema. Véase por ejemplo: "Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La Crisis de los derechos humanos en los noventa" pág. 184-185. Ediciones de Amnistía Internacional, 1994 o "Impunidad y derecho internacional", Alejandro Artucio en "No a la impunidad. Sí a la justicia", pág. 195. *Commission nationale consultative des droits de l'homme* y Comisión Internacional de Juristas. Ginebra, 1992.

justicia u otras instituciones que investigan los hechos. Así se dictan normas que disponen de antemano la inmunidad de los miembros de las fuerzas de seguridad, es decir que extienden "carta blanca" a aquellos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que en el ejercicio de sus tareas violen los derechos humanos. En otras ocasiones se elaboran leyes de amnistía que operan *ex post facto*, extendiendo impunidad a quienes habiendo ya incurrido en los abusos, enfrentan la posibilidad de acciones judiciales en su contra. En situaciones en que violadores de los derechos humanos ya fueron encontrados culpables en procesos judiciales, los gobiernos recurren a los indultos u otras medidas de gracia. Frecuentemente se dictan estas medidas de perdón sin haber identificado a los violadores de los derechos humanos que se quiere perdonar, con lo que no sólo se evita el castigar a los responsables, sino también el investigar las circunstancias en las que las violaciones fueron cometidas. Como consecuencia de esto las víctimas o sus familiares tampoco pueden acumular las pruebas necesarias para inicar juicios civiles contra los funcionarios o el Estado. Estas son en general medidas excepcionales, diseñandas para situaciones durante las cuales se han registrado numerosas violaciones de los derechos humanos. En otras ocasiones las mismas autoridades gubernamentales que han ordenado o tolerado las violaciones de los derechos humanos conceden las medidas de olvido y perdón para los autores materiales de los abusos y para sí mismos. Estas medidas se conocen como "auto-amnistías" o "auto-indultos" y constituyen una de las formas más intensas de la perversión de la ley, puesta al servicio de la injusticia.¹⁶

También se recurre a institutos comunes de derecho penal destinados a mitigar o extinguir las responsabilidades de los infractores. La prescripción penal se invoca con frecuencia, resultando en que el mero transcurso del tiempo beneficia con la impunidad al responsable. Otras veces se apela al principio de la obediencia debida, por el cual los violadores materiales de los derechos humanos quedan a cubierto de responsabilidades al alegar que cuando cometieron los abusos estaban cumpliendo órdenes impartidas por un superior jerárquico. A su vez, la negativa de esos mismos funcionarios a declarar ante los tribunales, resultará en que aquellos que impartieron las órdenes, planificaron la comisión de los delitos, o los alentaron o toleraron, tampoco serán llamados a responsabilidad, esta vez, por falta de pruebas suficientes. Finalmente, cuando a pesar de todo los tribunales de justicia deciden actuar en casos particulares, se ponen en marcha los mecanismos de la justicia militar. Así los tribunales militares reclaman (y frecuentemente obtienen)

16 Dos ejemplos clásicos de estas "auto-amnistías" son la ley No. 22.924 del 22 de Setiembre de 1983 en Argentina (que luego sería anulada por un gobierno constitucional) y el Decreto Ley 2119 dictado en Chile por la dictadura militar en 1978. Este último ha sido invocado aun luego de la finalización del régimen militar.

competencia para juzgar a los militares u otros funcionarios de los servicios de seguridad por las violaciones de los derechos humanos. En forma casi invariable estos tribunales absuelven a los responsables de los abusos. No es de extrañar que así sea, en la medida en que carecen de la imparcialidad y la independencia necesaria para juzgar aquellos casos en los cuales la institución a la que pertenecen y de la que dependen, es la principal responsable de los crímenes que supuestamente investigan.

4. EL DEBATE SOBRE LA IMPUNIDAD EN AMÉRICA LATINA COMO ANTECEDENTE DE LAS DISCUSIONES EN LA ONU

Los mecanismos de impunidad reseñados anteriormente son utilizados por diferentes gobiernos, en distintas épocas y situaciones y en diversas regiones del mundo. Una situación especial que se dio en América Latina fue la que inicialmente dio lugar a un intenso debate sobre la impunidad en las llamadas "sociedades en transición". Este debate tendría luego importantes repercusiones en el seno de las Naciones Unidas. Durante la década de los 80 y principios de la presente, muchos países de esta región vieron el fin de regímenes dictatoriales inspirados por la Doctrina de la Seguridad Nacional o de conflictos violentos, así como el resurgimiento de frágiles estructuras democráticas. En estas circunstancias quienes habían sufrido violaciones de los derechos humanos durante los períodos anteriores y la sociedad civil en general, albergaron esperanzas de que las nuevas autoridades satisficieran sus necesidades de verdad y justicia. Alentadas por el resurgimiento del Estado de Derecho y la revitalización de los principios democráticos, esperaban que se revelara la verdadera extensión de las atrocidades cometidas por los regímenes anteriores, haciendo que los responsables comparecieran ante los tribunales de justicia y que fueran indemnizados aquellos cuyos derechos habían sido injustamente avasallados. La respuesta de estas nuevas democracias ha sido variada, aunque muy frecuentemente incompleta.

En algunos países se hicieron esfuerzos importantes para que la verdad sobre las violaciones pasadas saliera a relucir y por esclarecer el destino de las víctimas (sobre todo cuando se tratara de "desaparecidos"). El extenso trabajo de documentación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas en Argentina (más conocida como la Comisión Sábato) representa uno de los primeros antecedentes en este sentido. Años más tarde con el advenimiento de un sistema democrático en Chile se crearía la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación con el mandato de investigar las más graves violaciones de los derechos humanos durante el período de la dictadura militar de Pinochet y recomendar medidas de reparación para las víctimas y de prevención de los abusos en el futuro. La labor de éstas y otras entidades similares en la región representó un importante paso para las so-

ciudades de esos países, que con frecuencia y debido el secreto que rodeaba a los abusos cometidos en el pasado, no contaban hasta el momento, con una versión oficial de los trágicos sucesos que hacían a su historia reciente.

Pero el reclamo de aquellos que sufrieron las violaciones de sus derechos fundamentales o de sus familiares no podía limitarse a que se confirmara oficialmente la verdad sobre los hechos o a que se rehabilitara la memoria de sus allegados. En cada sociedad en transición se constató un clamor creciente para que aquellos sobre quienes recaían sospechas de haber participado en los abusos fueran investigados y castigados conforme a ley si su responsabilidad era establecida. Esto no sólo restauraría noción de justicia como fundamento del orden social y la paz (ausente durante los periodos anteriores) sino que operaría como un elemento adicional de prevención y un poderoso disuasivo para posibles violaciones de los derechos humanos en el futuro. Sin embargo, la tendencia de los nuevos gobiernos constitucionales fue, mayoritariamente, la de confirmar la impunidad heredada de los regímenes anteriores. Para esto se dictaron nuevas leyes de amnistía que ampararon a los violadores, o se permitió que operaran otros mecanismos de la impunidad tanto en sus expresiones legales como de hecho. Los mecanismos de la prescripción, la obediencia debida así como la jurisdicción militar han sido los más utilizados.

Los gobiernos de la región han esgrimido diversos argumentos para justificar la forma en que permitían que se perpetuara la impunidad de los violadores de los derechos humanos. La razón más frecuentemente invocada ha sido la necesidad de cimentar la reconciliación nacional luego de períodos de confrontación violenta. En sus expresiones más crudas esta tesis sostiene que un ejercicio de verdad y justicia no tiene lugar en un contexto de reconciliación y que esos reclamos deben subordinarse a las necesidades políticas del momento. En Uruguay por ejemplo, el pragmatismo fue llevado al extremo aun en las palabras de la ley: en efecto la ley que concedió impunidad a los violadores de los derechos humanos en aquel país reza: "Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre los Partidos Políticos y las Fuerzas Armadas en Agosto de 1984, y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden institucional, ha caducado la pretensión punitiva del Estado respecto de delitos...."¹⁷

Es cierto que el derecho internacional considera el otorgamiento de medidas de clemencia como un signo positivo y hasta necesario, sobre todo cuando se negocia el cese de las hostilidades en un conflicto armado o se

17 Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, No. 15.848, de 22 de Diciembre de 1986.

celebran acuerdos de paz.¹⁸ Pero también es cierto que los mismos cuerpos normativos que favorecen la adopción de tales medidas, incluyen claros principios sobre cuáles son las conductas que deben ser tratadas con el mayor rigor y que por tanto no deberían ser pasibles de medidas de clemencia. Graves infracciones tales como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución de personas indefensas o no partícipes en el conflicto, entre otras, constituyen lo que se ha dado a llamar crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.¹⁹ Por otro lado, muchas de las violaciones de los derechos humanos cometidas en la región en las pasadas décadas no tuvieron lugar en el marco de conflictos armados, sino cuando estos ya habían cesado, o fueron simplemente expresiones del terrorismo de estado usado por gobiernos de la época. A pesar de esto, varios gobiernos arguyeron que esas medidas de impunidad (en particular las amnistías) eran necesarias por razones de "simetría jurídica" en el tratamiento de las partes contendientes en esos supuestos "conflictos", dado que así se favorecería la reconciliación política. Implícitamente se equiparaba así la responsabilidad de las víctimas y la de los victimarios de las violaciones de los derechos humanos.

Otros gobiernos recurrieron a las lagunas e insuficiencias de la doctrina y el derecho internacional para justificar el otorgamiento de medidas de impunidad. Se adujo la inexistencia de normas internacionales que expresamente prohibieran por ejemplo, dictar amnistías para quienes cometieron actos de desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales. Este razonamiento se complementaba diciendo que tales actos atroces constituían en realidad crímenes conexos con delitos políticos (al haber sido parte de la represión política desatada por los regímenes anteriores contra los ciudadanos de sus países). Y se concluía que, al ser medidas como las amnistías, una prerrogativa exclusiva de la autoridad estatal así actos de carácter esencialmente político, resultaba legítimo para un gobierno disponer cuándo y cómo se adoptarían esas medidas, aun si los derechos de las víctimas resultaban menoscabados.

Otra forma de dejar sin efecto los reclamos de las víctimas ha consistido en afirmar la inevitabilidad de una cierta impunidad parcial o "impunidad relativa". Esta tesis está informada por un alto grado de pragmatismo polí-

18 El Protocolo II Adicional a la Convenciones de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, recomienda en el Artículo 6.5 que al cese de las hostilidades se conceda "...la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado..."

19 Se entiende que quienes hayan incurrido en este tipo de delitos deberán comparecer ante la justicia sin importar el lugar donde se encuentren o donde cometieron el delito, e independientemente de su nacionalidad o la de las víctimas o del tiempo que haya transcurrido desde la comisión del crimen. Tampoco se beneficiarán del instituto de asilo político ni podrán invocar la eximente de haber recibido órdenes superiores.

tico que anuncia que un reclamo "intransigente" de justicia, o de "retribución", no se adecua a las exigencias de una transición pacífica de los regímenes dictatoriales a las democracias. Se sostiene que si bien no todos los reclamos originados por la represión sufrida durante un régimen anterior pueden ser satisfechos, y en particular el reclamo de castigo para los responsables de las violaciones, las víctimas y la sociedad en general pueden esperar que la verdad sea revelada, por lo menos en relación a los delitos más atroces. Distintas formas de compensación y rehabilitación también se sugieren en estos casos. Cuando esta formulación ha prevalecido, es en general el principio de justicia el que resulta sacrificado y en consecuencia los responsables de los abusos han escapado a la acción de los tribunales. Se ha afirmado también, que la revelación de la verdad en torno a los hechos investigados y sus orígenes debería constituir de por sí una medida de justicia, aunque esta afirmación a duras penas disimula la transacción de valores (verdad a cambio de justicia) que opera en estas situaciones. Esta tesis representa un avance sobre las otras más radicales, que no reconocen en la práctica, la injusticia intrínseca de la represión política que afectó a muchos de los países del área. Pero aquel principio fundamental de que en la lucha contra la impunidad los cuatro elementos necesario para combatirla (justicia, verdad, compensación y prevención) se encuentran profundamente interrelacionados, sufre inevitablemente un grave revés.

Estas tesis no fueron fácilmente aceptadas por los afectados por las violaciones de los derechos humanos y por amplios sectores de las sociedades donde se pusieron en práctica. Las organizaciones de derechos humanos, los familiares de los "desaparecidos" y muchas otras agrupaciones sociales se han embarcado durante años en un agitado debate para rebatir estas tesis y asegurar que sus reclamos sean satisfechos. En muchas ocasiones sin embargo la impunidad ha prevalecido. Pero ese debate sigue abierto incluso en aquellos países donde lograron avances parciales, y la activa presencia de las víctimas y sus familiares y esos otros sectores sociales que siguen reclamando justicia, sugiere fuertemente que no se ha dado solución satisfactoria a los problemas derivados de la impunidad. La discusión en América Latina, también trascendió los límites de la región y habría llegar hasta los órganos de la ONU.

5. LA REPERCUSIÓN DEL CASO DE AMÉRICA LATINA EN LA ONU

A mediados y fines de los años 70 las Naciones Unidas comenzaron a dar muestras de interés activo por las violaciones sistemáticas de los derechos humanos que se cometían en América Latina. La creación del Grupo de Trabajo sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile y la del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (Grupo

de Trabajo sobre las "desapariciones"), son ejemplos de esta preocupación. Estos dos Grupos de Trabajo constituyeron el inicio de una práctica que continúa hasta hoy, y que en 20 años ha desarrollado una vasta maquinaria de protección de los derechos humanos por parte de las Naciones Unidas, fundamentalmente a través de los organismos dependientes de Comisión de Derechos Humanos.²⁰ El problema de la impunidad sin embargo, no aparecía destacado en estas primeras actuaciones y las iniciativas al respecto fueron escasas o no recibidas con interés. El Grupo de Trabajo sobre las "desapariciones" por ejemplo, fue creado por la Comisión con un mandato estrictamente humanitario, restringido a tratar de establecer el paradero y la suerte corrida por los "desaparecidos". Durante los primeros años el Grupo se ciñó estrictamente a este mandato, conciente de que la continuación de su importante labor, dependía de la voluntad y de los acuerdos alcanzados por los gobiernos, muchos de los cuales no se encontraban exentos de responsabilidad en las mismas "desapariciones" que el Grupo debía elucidar.

Uno de los primeros intentos para abordar el tema de la impunidad aparece en una resolución de 1981²¹ de la Subcomisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (la Subcomisión).²² En su resolución la Subcomisión pedía a la Comisión de Derechos Humanos que urgiera a los Estados en los que se registraran "desapariciones" a no dictar leyes de amnistía que pudieran entorpecer las indagaciones respecto del destino de las víctimas.²³ A pesar de la mesura y hasta de la timidez de la resolución (que no mencionaba a los responsables de tales violaciones en relación a esas amnistías), la preocupación de la Subcomisión no fue tenida en cuenta por la Comisión y tal llamamiento no fue hecho. Pasarían todavía

20 La Comisión de Derechos Humanos es un órgano de la ONU creado en 1946 para ser el principal foro de la Organización dedicado a temas de derechos humanos. Está compuesta por 53 Estados miembros y se reúne anualmente en Ginebra, Suiza. La Comisión aprueba resoluciones sobre la situación de los derechos humanos en sesiones que pueden ser públicas o privadas. Además ha creado a lo largo del tiempo numerosos mecanismos para examinar la situación de los derechos humanos en diversos países o dedicados a estudiar o intervenir en ciertos temas como el de las "desapariciones".

21 Una resolución de la Asamblea General de la ONU 1978 que expresaba su preocupación por el problema de las "desapariciones" y sugería que sus autores deberían ser jurídicamente responsables, fue la que abrió el camino para el proceso de la Subcomisión.

22 La Subcomisión es un órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, compuesto por 26 expertos que actúan a título individual. Estos preparan estudios sobre temas de derechos humanos y así como proyectos de instrumentos legales internacionales que son sometidos a la Comisión para su discusión y aprobación.

23 Resolución 15 (XXXIV) la Subcomisión, de 10 de Setiembre de 1981.

algunos años para que el tema de la impunidad y las medidas necesarias para combatirla fueran incorporadas al vocabulario de las Naciones Unidas.

Cabe preguntarse entonces: ¿cómo fue que progresivamente la comunidad internacional llegó a reconocer la existencia del problema y a debatir fórmulas para su solución?

Para responder es necesario tener en cuenta que el progreso en materia de derechos humanos así como la elaboración del derecho internacional que los reconoce no es, ni ha sido nunca, el producto exclusivo de la labor de diplomáticos y juristas. Por el contrario, la consagración de los derechos humanos es, en gran medida, el producto de luchas y de arduas negociaciones –y a veces de dolorosas confrontaciones– donde los individuos y los pueblos que han sufrido las violaciones de los derechos humanos, obteniendo los avances que han de reflejarse en el derecho internacional y en la ley.

Como en tantos otros temas de derechos humanos, en materia de impunidad fueron las organizaciones no gubernamentales, otras asociaciones sociales y fundamentalmente las víctimas y sus familiares quienes dieron el impulso y sostuvieron la acción para que la comunidad internacional se ocupara del problema. Además del trabajo que los organismos de derechos humanos y los familiares desarrollaban en sus países, acudiendo a los tribunales de justicia, a la prensa y a las autoridades, esto significó muchos años de presencia y arduas discusiones en los órganos políticos de las Naciones Unidas, ganando espacios en la denuncia de los abusos, persuadiendo a los gobiernos y sus representantes y brindando los testimonios que señalaban las responsabilidades por las violaciones de los derechos humanos.

Se recurrió también a los organismos de control sobre la aplicación del derecho internacional, logrando que estos adoptaran innovativas resoluciones atacando el problema de la impunidad y estableciendo la responsabilidad internacional de los Estados de combatirla. Algunos de los avances más significativos no tuvieron lugar en las Naciones Unidas sino a través del sistema de promoción y protección de los derechos humanos en la Organización de los Estados Americanos (OEA). En Julio de 1988 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) declaró la responsabilidad de Honduras por haber violado sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de Angel Manfredo Velázquez Rodríguez, un estudiante hondureño que había “desaparecido” en 1981. Estas obligaciones surgían por ser Honduras un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A pesar de que la Convención no menciona explícitamente la obligación de un Estado Parte de castigar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, la Corte reafirmó la obligación de los estados

de "prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención".²⁴ Además la Corte reafirmó que según el principio de la continuidad del Estado, la obligación de investigar permanece mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte de la persona "desaparecida", independientemente de que se hayan operado cambios de gobierno en un país.

Otra importante decisión fue adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano de la OEA. En 1992, la CIDH concluyó que los efectos de la ley de amnistía que amparaba a los perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos en Uruguay, contravenían las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Declaración Americana sobre los Derechos y los Deberes del Hombre.²⁵ Las violaciones a las que se refería la CIDH habían sido contemporáneas de la "desaparición" de Elena Quinteros, en el caso mencionado más arriba en relación al Comité de Derechos Humanos del PIDCP. Por su parte la ley que amparaba a los violadores fue dictada en 1986 por lo que fueron necesarios todos esos años para que los organismos de la comunidad internacional tomaran cartas en este espinoso problema. En estos, como en otros casos, la continua gestión de víctimas, familiares y organismos de derechos humanos fue fundamental para que se lograra avanzar.²⁶

Al tiempo que acudían a las instancias internacionales como las de la ONU o la OEA, los organismos de derechos humanos se dirigían a la opinión pública mundial para que ésta hiciera suyos los reclamos de verdad y justicia. Aparte de la continua labor de prensa y de su presencia en numerosos foros nacionales e internacionales, promovieron importantes instancias de reflexión política ética y jurídica sobre el tema de la impunidad en

24 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velázquez Rodríguez*, párrafo 166; en igual sentido caso *Caballero*, punto 5º de la parte resolutive de la Sentencia.

25 Informe No. 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

26 Fue gracias a la activa participación de organismos no gubernamentales hondureños e internacionales como el Comité para la Defensa de los Derechos Humanos en Honduras, Americas Watch, con sede en Washington (hoy Human Rights Watch/Americas) y organizaciones de familiares de "desaparecidos" en Honduras y América Central que se pudo recabar los fondos y también llevar a cabo las investigaciones que proporcionarían las pruebas para presentar en el caso. Lo mismo puede decirse en cuanto la labor de Americas Watch en relación con el caso de Uruguay, en el cual no se podría haber logrado una resolución favorable sobre el problema sin la contribución permanente de ese organismo. Gracias a estos esfuerzos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió informes condenando las leyes de amnistía en El Salvador, Uruguay, Argentina y recientemente Chile (Informe 36/96, Caso N° 843, Informe Anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 1996).

América Latina. Una de esas instancias fue la celebración del Tribunal Internacional de los Pueblos, un tribunal de opinión que reunido en Bogotá, Colombia, en 1991 enjuició la impunidad vigente en los países de la región²⁷. Una serie de audiencias nacionales preparatorias en cada uno de los países tratados revitalizó la discusión sobre las modalidades de la impunidad en la región. Años antes, el apasionado debate originado en una conferencia convocada por el Aspen Institute en Maryland en el otoño de 1988, puso de manifiesto los duros dilemas éticos y políticos que los mismos defensores de los derechos humanos enfrentaban sobre este tema.²⁸

Las actividades de los familiares y los organismos de derechos humanos, unidas a los progresos conceptuales alcanzados en ámbitos como la OEA, fueron influyendo e inspirando las direcciones que tomaría el tema de la impunidad en la ONU. Las discusiones en el seno de la ONU a su vez, alimentaron el trabajo en otras esferas. Una de las primeras reflexiones sobre el tema comenzó en 1983 como parte de un estudio de la Subcomisión sobre el papel que las leyes de amnistía desempeñan en la "salvaguardia y la promoción de los derechos humanos"²⁹. El experto francés Louis Joinet, a cargo del estudio de referencia, afirmó la necesidad de que las amnistías que se otorgan, por ejemplo, al finalizar un conflicto armado no amparen a los responsables de crímenes de lesa humanidad (como la práctica sistemática de las torturas, las "desapariciones" y las ejecuciones extrajudiciales) dado que en estos casos "el atentado a la "condición humana" es tal que "el derecho al olvido amenaza con transformarse en derecho a la impunidad". El experto enfatizó el carácter preventivo que tiene el castigo de estas graves violaciones de los derechos humanos: "el que un torturador esté convencido de que algún día tendrá que rendir cuentas es el medio más eficaz de prevenir la tortura mediante la disuasión"³⁰.

27 Los trabajos de este tribunal de opinión, continuador histórico del Tribunal Russel que juzgara los crímenes de guerra en Viet Nam, se encuentran en la publicación "Proceso a la Impunidad de los Crímenes de Lesa Humanidad en América Latina 1989-1991", Tribunal Permanente de los Pueblos, Liga Internacional por los Derechos y la Liberación de los Pueblos-Sección Colombiana, Bogotá, 1991.

28 Referencias a las discusiones relacionadas con estos dilemas pueden encontrarse en la obra de Lawrence Weschler, "A Miracle, A Universe", pags. 3 y 243 a 246. Pantheon Books, Nueva York, 1991. El autor desarrolla una profunda reflexión en torno al sufrimiento de los individuos y las sociedades de Brasil y Uruguay durante los pasados regímenes militares y las formas como éstos abordaron el complejo tema de la impunidad y la reconciliación nacional durante la transición de las dictaduras a la democracia.

29 Documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1985/16 del 21 de Junio de 1985.

30 Estudio citado. Párrafos 72 y 74

Otras importantes intervenciones siguieron. En 1990 el Grupo de Trabajo sobre las "desapariciones", al tiempo que se mantenía fiel a su original mandato humanitario, decidió abordar las raíces del problema. El Grupo declaró en forma categórica que quizá "el factor único que más contribuye al fenómeno de las desapariciones sea el de la impunidad. La experiencia adquirida por el Grupo de Trabajo a lo largo del último decenio ha confirmado el viejo adagio de que la impunidad engendra el desprecio de la ley. Las personas que cometen violaciones de los derechos humanos, sean civiles o militares, se vuelven más descaradas cuando no tienen que rendir cuentas ante un tribunal".³¹

Pronunciamientos como los anteriores aunados a la actividad permanente de los organismos no gubernamentales crearon el clima favorable para que la ONU se decidiera a atacar el problema. En 1991 una coalición informal de organizaciones internacionales de derechos humanos entre las que se contaban Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y la Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos (FEDEFAM) pidieron a la Subcomisión que iniciara un estudio sobre la impunidad. La iniciativa tuvo éxito y la Subcomisión encomendó a dos de sus expertos que iniciaran un estudio titulado "Promoción y Protección de los Derechos Humanos: Estudio sobre los Efectos Nefastos de la Impunidad y los Medios para Combatirla".³² El mismo título del estudio, aunque luego cambiaría, daba la nota sobre la dirección del tema.

Los organismos no gubernamentales continuaron brindando su apoyo al trabajo sobre la impunidad. Una conferencia convocada por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) en Ginebra, Suiza, contribuyó significativamente al desarrollo del estudio especializado. Una vez que el estudio estuvo en marcha aquella coalición de organismos no gubernamentales continuó presentando documentos a los expertos a los efectos de sugerirles ideas que pudieran ser incorporadas al estudio.³³

Simultáneamente a estos avances de la ONU en el reconocimiento del tema de la impunidad otras instancias también avanzaron en cuanto a la

31 Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de 1990, párrafo 344. Citado en "Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los 90", pag 184. Ediciones de Amnistía Internacional.

32 El informe provisional está contenido en el Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1993/6.

33 Ver el trabajo de Javier Miranda, "La lucha contra la impunidad" en "Prevenir la Tortura: un desafío realista". Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), Ginebra, Suiza, pags 156 a 182. El autor desarrolla un análisis crítico del estudio sobre la impunidad y reseña las contribuciones de los organismos no gubernamentales de derechos humanos.

proposición de soluciones para el problema. Como se dijo antes, la Convención contra la Tortura, adoptada en 1984, estableció la obligación de los Estados Partes de investigar los casos de tortura al tiempo que creaba un complejo sistema de jurisdicción universal. Pero la Convención omitió referirse al tema de las amnistías o al de la prescripción del crimen de tortura. Estos fueron algunos de los principales mecanismos utilizados para otorgar impunidad a las violaciones de los derechos humanos en los años que siguieron a la adopción de la Convención.

En diciembre de 1989 la Asamblea General de la ONU aprobó los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principios sobre ejecuciones). En forma contundente, este instrumento afirma la obligación de los gobiernos de investigar y hacer comparecer ante la justicia a aquellos que sean sospechosos de ejecuciones, reafirma el principio de jurisdicción universal y rechaza la excepción de obediencia debida como justificación para la comisión de las ejecuciones. Pero los Principios sobre ejecuciones fueron más allá, al declarar que "en ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones...".³⁴ Esto marcó un cambio en la actitud que la comunidad internacional adoptaba en torno a uno de los puntos más controvertidos del tema de la impunidad. Por primera vez se sugería en un instrumento internacional de derechos humanos que la facultad de los Estados para dictar medidas de impunidad para los violadores no es discrecional. Aún así, el lenguaje utilizado por los redactores revela un tratamiento muy cuidadoso del tema y la calificación de que la inmunidad referida es aquella "previa de procesamiento" es indicativa de la transacción por la que debió transitarse antes de acordar el texto.

En 1992 la Asamblea General de la ONU proclamó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Al igual que el instrumento anterior el proceso de redacción de la Declaración contra las "desapariciones" contó con la participación activa de los organismos no gubernamentales.³⁵ La Declaración reafirma el anterior principio en contra de la aplicación de la obediencia debida. Pero da otros pasos inno-

34 Ver el Artículo 19 de los "Principios".

35 Por ejemplo la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) con sede en Ginebra, Suiza, organizó un seminario internacional con la participación de juristas, otros expertos y organizaciones de los familiares de los "desaparecidos" con el propósito de asistir al redactor del primer proyecto de la Declaración en 1989. A partir de ese momento los organismos de derechos humanos continuaron con actividades de promoción de la Declaración y de cabildeo hasta que la misma fue finalmente adoptada.

vadores en el tratamiento de la impunidad legal. El artículo 18 reza: "Los autores o presuntos autores de [una desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal". En cuanto a la prescripción extintiva de delitos la Declaración afirma que "la relativa a actos de desaparición forzada ha de ser de plazo largo y proporcionado a la extrema gravedad del delito"³⁶ calificando así la discrecionalidad de la legislación y los tribunales nacionales para beneficiar a los reponsables de una desaparición forzada con la aplicación de estos institutos legales.

También se registraron retrocesos, en esta oportunidad en torno al concepto de jurisdicción universal, que resultó parcialmente debilitado en la redacción del artículo. Y no se pudo incorporar a los artículos dispositivos de la Declaración el concepto de que la práctica sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad. Esta calificación quedó ubicada en el cuarto párrafo del Preámbulo de la Declaración.

6. EL TRATAMIENTO GENERALIZADO DEL PROBLEMA DE LA IMPUNIDAD EN LA ONU

Hoy en día el tema de la impunidad y sus negativos efectos en materia de derechos humanos está incorporado al lenguaje de los organismos de la ONU a todos los niveles.

Se espera que en agosto de 1997 el experto de la Subcomisión presente su estudio final sobre la impunidad a éste órgano, incluyendo un detallado "Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad".³⁷ De acuerdo con los textos preliminares disponibles estos principios tratarán del "derecho a saber" (sobre las violaciones de los derechos humanos y sus causas) y los procedimientos de investigación, del "derecho a la justicia", del "derecho a obtener reparación" y de las medidas que deben adoptarse para la no repetición de las violaciones de los derechos humanos. El estudio y los "Principios" serán seguramente referidos a la Comisión de Derechos Humanos y a otros órganos superiores de las Naciones Unidas para su adopción.

No sólo el problema del enjuiciamiento de los violadores de los derechos humanos ha sido tratado en profundidad. Entre 1989 y 1993 otro ex-

36 Artículo 17 de la Declaración.

37 Originalmente el Informe Final del estudio iba a ser presentado en la sesión de la Subcomisión de 1996, pero el experto a cargo del mismo decidió postergar un año su presentación a los efectos de poder incorporar contribuciones de organismos no gubernamentales de derechos humanos.

perto de la Subcomisión, el Prof. Theo van Boven, condujo un estudio sobre "el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales".³⁸ Nuevamente aquí la labor de un experto de Naciones Unidas se benefició de la contribución de las organizaciones sociales y académicas, en esta ocasión a través de seminarios de discusión y reflexión sobre el tema.

Pero además de la reactivación del debate político, la reflexión técnica y la elaboración de normas sobre la impunidad, los inicios de los 90 vieron algo sin precedentes en la historia de las Naciones Unidas en esta materia. En efecto, las Naciones Unidas pasaron a la acción. Esto se tradujo en actividades en las operaciones de verificación de la observancia de los derechos humanos sobre el terreno, a veces como resultado de acuerdos concluidos bajo los auspicios o mediación de la ONU para poner fin a un conflicto armado. La primera experiencia se dio en El Salvador y resulta paradigmática. Entre los acuerdos firmados entre el gobierno de este país y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) se contó el Acuerdo de San José, sobre Derechos Humanos.³⁹ Como resultado de este acuerdo se estableció una misión de verificadores internacionales integrada por observadores civiles, militares y policiales con la función de observar el respeto a los derechos humanos durante el período de transición. Los observadores recibieron denuncias sobre violaciones de los derechos humanos, condujeron sus propias investigaciones y presentaron casos ante la policía, los tribunales de justicia, las fuerzas militares y el FMLN. También se constituyó una Comisión de la Verdad para investigar las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto. La Comisión fue establecida en 1992 y recogió los testimonios de muchas víctimas del conflicto, que había durado 11 años (1980-1991) y costado 75.000 vidas. A lo largo de su labor tanto la Comisión como la misión de verificación recibieron la contribución de los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, de las víctimas de los abusos y otros sectores de la sociedad. La investigación confirmó que durante los años del conflicto las fuerzas armadas, policiales y grupos paramilitares habían sido responsables por la comisión de torturas, "desapariciones" y masacres en gran escala. Al finalizar su investigación la Comisión de la Verdad decidió publicar los nombres de los responsables de esas graves violaciones de los derechos humanos. Sin embargo se abstuvo de recomendar la intervención de los tribunales para juzgarlos. Pero esto no se debió a la timidez política la Comisión, sino al hecho de que la misma constató la ausencia de un poder judicial independiente que garantizara que se hiciera justicia para las víctimas. La Comisión sí recomendó la

38 Este detallado estudio está contenido en el Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8.

39 Firmado en Julio de 1990 en San José, Costa Rica.

remoción de sus puestos de los oficiales militares involucrados en la comisión o el encubrimiento de los abusos y de los civiles y jueces que habían omitido investigar las violaciones durante el conflicto armado. Asimismo recomendó que se legislara para que todos aquellos implicados en las violaciones fueran excluidos del ejercicio de cargos públicos en el futuro. Por último recomendó que todos los jueces de la Suprema Corte de Justicia renunciaran a sus cargos para permitir la reconstrucción de un poder judicial independiente desde la cúspide.⁴⁰ El gobierno de El Salvador se apresuró a dictar una amnistía otorgando impunidad a los perpetradores de los abusos investigados por la Comisión. Otras misiones similares siguieron a la de El Salvador en el marco de distintos acuerdos políticos o de pacificación y con distintos resultados.

Un punto culminante del progresivo reconocimiento del problema de la impunidad como un problema de derechos humanos por parte de la ONU, se dio en Viena, Austria en el junio de 1993 durante la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Con la presencia de 171 Estados miembros de la ONU y cientos de miembros de organizaciones no gubernamentales la Conferencia adoptó una Declaración y Programa de Acción que sintetiza el estado de la reflexión, y las preocupaciones mundiales en materia de derechos humanos. La Conferencia se caracterizó por los arduos debates entre posiciones encontradas y diferentes concepciones de los derechos humanos. En muchos aspectos se produjeron importantes avances conceptuales que reflejaban los nuevos consensos resultantes del fin de la Guerra Fría. En otras áreas se retrocedió o se estancó el progreso como resultado de nuevas tensiones y polarizaciones en el escenario mundial. La Conferencia declaró que "ve con preocupación la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos y apoya los esfuerzos de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión...por examinar todos los aspectos de la cuestión".⁴¹ La primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en Teherán, 25 años antes, no había hecho mención al tema.

La Conferencia también alentó a la "Comisión de Derecho Internacional"⁴² a continuar sus trabajos relativos a un tribunal penal internacional",

40 Ver extractos del trabajo del Prof. Thomas Buergenthal "The United Nations Truth Commission for El Salvador" en *International Human Rights in Context*, Henry J. Steiner y Philip Alston, Oxford University Press, 1995.

41 Párrafo 91 en la sección E. "Aplicación y métodos de vigilancia" de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

42 La Comisión de Derecho Internacional fue creada por la Asamblea General de la ONU en 1947. Es un órgano de expertos con el cometido de promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

de este año en Nueva York donde los Estados discutieron entre otras cosas la definición de los crímenes sobre los cuales la Corte tendrá jurisdicción. En el debate se lograron importantes avances, por ejemplo en cuanto a incluir definiciones relativas a los derechos de la mujer. En otras áreas se produjeron estancamientos y desacuerdos; por ejemplo, al discutir qué tipos de delitos cometidos durante los conflictos armados no internacionales deberán ser sometidos a la jurisdicción de la Corte. Nuevamente las viejas doctrinas sobre la no injerencia y la soberanía de los estados han hecho su aparición.

Las próximas sesiones del Comité Preparatorio tendrán lugar durante el resto de 1997 (la primera de ellas en Agosto) y en 1998. Entre los temas más importantes a discutir se incluyen⁴⁴:

- el de la jurisdicción inherente de la Corte. Se discutirá aquí si la Corte contará con la facultad de procesar judicialmente los crímenes dentro de su jurisdicción sin necesidad de obtener el consentimiento previo de los Estados. El proyecto de Estatuto, tal como está redactado sólo concede esta facultad a la Corte en relación al delito de genocidio. Para el juzgamiento de otros crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra se concibe un complicado procedimiento en el que se requiere el acuerdo previo del Estado donde se encuentra detenido el sospechoso y el del Estado en cuyo territorio fueron cometidos los crímenes. Existe así el riesgo de un sólo Estado pueda bloquear la intervención de la Corte aún cuando el reclamo internacional para su gestión sea evidente.
- el papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El actual proyecto de Estatuto permite que el Consejo de Seguridad decida si la Corte puede intervenir en situaciones que se encuentren sometidas al tratamiento y resolución del Consejo. Siendo el Consejo de Seguridad un organismo esencialmente político, donde sus cinco miembros permanentes pueden ejercer el derecho de veto, resulta claro que la independencia de la futura Corte se encontraría gravemente amenazada de mantenerse esta disposición. Cuando estén en juego algunos intereses nacionales, los miembros permanentes del Consejo podrían ejercer su poder de veto para lograr que acusados potenciales escapen a la jurisdicción de la Corte.
- la función del Fiscal y los mecanismos de denuncia de los crímenes sujetos a la jurisdicción de la Corte. El proyecto actual prevé un

44 Ver: Llamado a la acción: La Corte Penal Internacional. Abril de 1997. Circular de Human Rights Watch en la que esta organización resume las cuestiones a resolverse en el futuro cercanos respecto del tribunal. Un estudio detallado sobre este tema puede encontrarse en: *The International Criminal Court. Making the Right Choices*. documento de Amnistía Internacional de Enero de 1997. AI Index: IOR 40/01097.

mecanismo sumamente restrictivo para que el Fiscal pueda iniciar una investigación. De acuerdo al mismo, el Fiscal no podría abordar una investigación que no le fuera referida por el Consejo de Seguridad o por un Estado que haya ratificado el instrumento estableciendo la jurisdicción de la Corte. Nuevamente se pretende que los mecanismos conducentes a la acción de este tribunal queden subordinados a criterios políticos manejados por un pequeño grupo de Estados.

En definitiva los obstáculos que podrían afectar la independencia y la eficacia de la Corte son de la misma naturaleza de aquellos que clásicamente han caracterizado a la impunidad legal. Y si bien no se habla en voz alta de amnistías que pudieran enervar la administración de justicia internacional, se busca que la impartición de la justicia sea dependiente de la voluntad de los políticamente poderosos.

Existe un importante bloque de Estados dispuestos a crear una Corte fuerte e independiente. Existe asimismo una amplia Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional, con sede en Nueva York, que incluye a organizaciones nacionales e internacionales de diversas partes del mundo. Esta Coalición desempeña una importante función en su trabajo con los representantes gubernamentales, al inyectar nuevas ideas para el debate, promover la adopción de las propuestas más avanzadas y alertar a las opiniones públicas sobre los riesgos que podrían resultar en una Corte débil o subordinada a intereses particulares de unos pocos Estados. Del éxito que tengan la Coalición y el bloque de Estados referidos, dependerá que se concrete uno de los proyectos más ambiciosos de este siglo para la defensa de los derechos humanos a través del combate a la impunidad.

7. CONCLUSIONES

Durante los últimos años se han producido notables avances conceptuales en el reconocimiento de que la impunidad constituye un real problema de derechos humanos. Estimulada primero por el debate surgido en América Latina, y luego por la reacción de la comunidad internacional frente algunas de las peores tragedias de derechos humanos desde la Segunda Guerra Mundial, la ONU ha comenzado a dar algunos pasos significativos para combatir el fenómeno. Las siguientes son algunas de las tareas necesarias para seguir avanzando:

1. Es necesario, como siempre, continuar el trabajo para la puesta en práctica a nivel doméstico de las normas internacionales de derechos huma-

nos. Esta no es tarea exclusiva de los que luchan contra impunidad, sino de todos los que trabajan por la protección de los derechos humanos. El derecho internacional actual, si bien aún en estado de desarrollo, propone soluciones que combinadas con una política decidida de los Estados, podrían contribuir en gran medida a combatir los mecanismos de la impunidad. Como en toda materia de derechos humanos, es cuestión de crear la voluntad política necesaria, por parte de los Estados.

2. El establecimiento de una Corte Penal Internacional constituirá posiblemente el evento más importante de los últimos cincuenta años en la lucha contra la impunidad. Será necesario trabajar por una Corte eficaz y fuerte, independiente de los poderes políticos dentro de la ONU, y con las facultades para intervenir por iniciativa propia, si un Estado se mostrara reticente o incapaz de llevar ante la justicia a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.
3. Es necesario continuar con un trabajo de elaboración progresiva del derecho internacional de los derechos humanos que fortalezca los conceptos y mecanismos contra la impunidad. Algunas de las violaciones más graves de los derechos humanos, como las "desapariciones" y las ejecuciones sumarias, no cuentan aún con tratados internacionales para su prevención y sanción. Pero las bases para crear esos tratados están ya disponibles en instrumentos como los Principios sobre ejecuciones o la Declaración contra la desaparición forzada.
4. A nivel conceptual, es necesario elaborar más en el debate general sobre la impunidad. Por ejemplo, la discusión en cuanto a la obligación de los Estados de administrar plena justicia y cuáles han de ser las expectativas de las víctimas en contextos de transición a la democracia o de finalización de un conflicto armado, aún sigue abierto. Habrá que generar el consenso de que también en esas situaciones, quienes sufrieron la violación de sus derechos, han de ver satisfechos todos sus reclamos legítimos. Para esto es necesario reconocer la estrecha interrelación existente entre los mecanismos de justicia, esclarecimiento de la verdad, reparación y prevención de las violaciones de los derechos humanos.
5. Por último, es imprescindible brindar reconocimiento y apoyo a las personas y organismos que al interior de sus países, y muchas veces en difíciles circunstancias, protegen los derechos humanos y luchan contra la impunidad. Los familiares de las víctimas, los organismos de dere-

chos humanos y los funcionarios, tales como jueces y fiscales, que enfrentan la arbitrariedad del Estado y procuran realizar los valores de verdad y justicia, son frecuentemente ellos mismos, víctimas de persecución y hostigamiento. Sin su contribución y el aliento de las dinámicas que han sabido crear a lo largo de los años no se habría avanzado en el combate contra la impunidad para proteger los derechos humanos.

Nueva York, Mayo de 1997

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 Taylor

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

Douglas 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)