

Documento especial

Voto disidente de la magistrada Dra. Victoria María Velásquez de Avilés, en la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ante la demanda de amparo presentada por el IDHUCA sobre el caso Jesuitas

No concuro con mi voto a la formación de la anterior resolución, por las razones que expondré a continuación:

I.I. De acuerdo al examen de admisibilidad de la demanda efectuado por esta Sala en la resolución de las diez horas y dieciséis minutos del día dos de octubre del año recién pasado, esta Sala circunscribió el objeto de control de constitucionalidad a una serie de actos y omisiones que la parte actora atribuye a las autoridades demandadas; en tal sentido, con la decisión que no comparto a plenitud, el resto de los Magistrados de esta Sala han pretendido justificar que no existe la inconstitucionalidad de dichos actos y omisiones, dando una serie de razones que a mi juicio resultan contradictorias con algunos precedentes jurisprudenciales de este Tribunal o, en el peor de los casos, son superficiales en relación al examen de fondo del objeto de control de constitucionalidad.

En consecuencia, para justificar mi posición jurídica en el presente caso, considero necesario traer a cuento la delimitación del objeto de control de constitucionalidad que efectuó la Sala (*II*); y por otra parte, realizar algunas consideraciones previas sobre ciertos conceptos y temas jurídicos —entre ellos, la posición de los tratados internacionales sobre derechos humanos en relación al proceso de amparo en El Salvador, las normas internacionales sobre el derecho humanitario, etc.— vinculados al análisis del fondo de la pretensión de la parte actora (*III*); finalmente, efectuar un estudio de las razones jurídicas de las que discrepo (*IV*), (*V*) y (*VI*).

II.I. Los actos y omisiones a los que esta Sala delimitó el control de constitucionalidad fueron: (*a*) la abstención del Fiscal General de la República —FGR— de

investigar de oficio la autoría intelectual del asesinato de los padres jesuitas, desde el momento que fueron divulgados los nombres de los principales sospechosos en el informe de la Comisión de la Verdad; (*b*) la actuación del FGR consistente en no haber acatado manifiestamente las recomendaciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, relacionadas con la investigación del asesinato de los sacerdotes jesuitas; (*c*) la abstención del FGR de investigar el asesinato de los referidos sacerdotes pese a la denuncia realizada por el señor José María Tojeira Pelayo; (*d*) la petición de sobreseimiento definitivo presentada por la representación fiscal a favor de las personas señaladas como presuntos responsables de la autoría intelectual en el mencionado asesinato; (*e*) la falta de respuesta expresa a la petición de interrupción de la prescripción de la acción penal, formulada en la audiencia inicial celebrada a raíz del requerimiento presentado por la Fiscalía, omisión atribuida a la Jueza Tercero de Paz de San Salvador; (*f*) el pronunciamiento emitido por la Jueza antes indicada, mediante el cual decretó sobreseimiento definitivo a favor de los presuntos involucrados, sin expresar los motivos por los cuales omitió tener por interrumpida la prescripción de la acción penal; (*g*) la falta de respuesta imputada a la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, respecto de la petición de revocatoria del sobreseimiento definitivo pronunciado por la Jueza Tercero de Paz de esta ciudad, en concreto por la omisión de contraargumentar el alegato fundado en la interrupción de la prescripción de la acción penal; (*h*) la presunta falta de fundamento de la decisión pronunciada por la Cámara antes mencionada, por medio de la cual confirmó el sobreseimiento decretado por la Jueza tercero de Paz de San

Salvador, en concreto por no haber razonado los motivos básicos que tuvo que haber formulado dicha funcionaria para abstenerse de aplicar el número 1) del artículo 37 del Código Procesal Penal; (i) la presunta falta de fundamento de la resolución mediante la cual, la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, desestimó la solicitud de revocatoria formulada por la parte actora respecto de la decisión antes indicada; y (j) la omisión de la audiencia que señala el Artículo 79 del Código Procesal Penal para el trámite de la recusación, la cual es atribuida a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y que habría derivado en una declaratoria de inadmisibilidad del incidente promovido por los demandantes en el presente caso.

2. No obstante que la parte actora hace un claro señalamiento en su demanda a trece derechos vulnerados, al momento de la delimitación del objeto del control de constitucionalidad, esta Sala los circunscribió a los siguientes: 1. Derecho a la protección no jurisdiccional, establecido en el artículo 2 de la Cn., para el caso de los actos y omisiones delimitados en los literales (a), (b), (c) y (d); 2. El derecho de petición y el principio de congruencia, derivados del artículo 18 Cn., para el caso de los actos y omisiones delimitados en los literales (e), (f), (g), (h) e (i); 3. El deber de motivar las resoluciones judiciales, derivado del artículo 18 Cn., para el caso de los literales (h) e (i); y 4. El derecho de audiencia establecido en el artículo 11 Cn., para el caso del literal (j), todos estos literales transcritos en el párrafo anterior.

III. Previo a proceder al examen de las razones jurídicas que contiene la decisión con la cual no estoy de acuerdo, considero necesario definir algunos conceptos y temas jurídicos que serán el sustento justificativo para disentir con la resolución de mis estimables colegas.

1. En primer lugar, la parte demandante ha hecho hincapié en la trascendencia que las normas del derecho internacional sobre derechos humanos tienen en el sistema de fuentes del Estado; que son normas jurídicas que vinculan y generan obligaciones para El Salvador y que, por lo tanto, son normas que el Órgano Judicial, incluida la Sala de lo Constitucional, debió tener en cuenta en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento.

No obstante el argumento de los demandantes, la Sala se refirió a las normas internacionales relativas a derechos humanos de manera muy escueta y sin profundizar en la posición jurídica de las mismas en relación al proceso de amparo, aspecto que a mi juicio es de trascendental importancia en relación al análisis del fondo de la pretensión planteada. Ante tal situación, considero oportuno señalar mi punto de vista sobre la posición jurídica que los tratados internacionales sobre derechos hu-

manos —cualquiera que sea su denominación y que tenga por objeto la tutela o protección de los derechos de las personas en cualquier ámbito— tiene para el sistema de fuentes de El Salvador, específicamente para efectos de proceso de amparo; lo que también me obliga a efectuar un análisis sobre el criterio que esta Sala ha sostenido en relación a la eficacia de dichas normas en los procesos constitucionales, así:

A. La sala ha señalado en su Sentencia de Inconstitucionalidad del 26- IX-2000, relativa al proceso n° 24-1997, lo siguiente: “que los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos —igual que otras disposiciones jurídicas que tienen una estrecha vinculación material con el contenido de la Constitución— pueden estimarse como un desarrollo o complementación de los alcances de los preceptos constitucionales, pero ello no les convierte en parte integrante de la Ley Suprema; lo cual se concluye con base en las siguientes razones: (i) La Constitución se ha atribuido a sí misma solamente, en el art. 246 In. 2°, el rango de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, subordinando así, bajo su fuerza normativa, a tratados —Art. 145 y 149 Cn.—, leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas; (ii) según el Considerando I de la Ley de Procedimientos Constitucionales, los tres procesos regulados en ella tienen como finalidad común garantizar “la pureza de la constitucionalidad” — vale decir, la adecuación o conformidad a la Constitución—, de las disposiciones y actos concretos que se controlan por la jurisdicción constitucional”. Ha sostenido además, que en el contexto del Derecho Constitucional salvadoreño no existe un bloque de constitucionalidad, en el sentido que se carece de un conjunto de normas o principios que junto a las normas constitucionales, la Sala deba tener en cuenta como canon o parámetro para enjuiciar la legitimidad constitucional de las normas inferiores, provocando la expulsión del sistema jurídico de éstas últimas si resultan contradictorias a las primeras.

Por otra parte, en esa misma resolución —Sentencia de Inc. 24-1997, de 26-IX-2000, considerando V 5- ha señalado: “Si los tratados no pueden ser parámetros de control en un proceso de inconstitucionalidad, ello no significa que las violaciones concretas no puedan ser reparadas ante la jurisdicción ordinaria salvadoreña. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los restantes instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, tienen fuerza normativa reconocida por la Constitución, y deben ser aplicados por todos los tribunales en sus respectivas áreas de competencia procesal, incluida, por supuesto, esta Sala”.

B. El contenido de la anterior cita constituye la posición jurídica sustentada por la Sala de lo Constitucional,

posición que a la fecha debe entenderse como jurisprudencia constitucional que le vincula y obliga, lo que no implica que sea un criterio o posición irreformable. Jurídicamente cualquier tribunal, independientemente de su naturaleza, puede y debe modificar sus criterios cuando considere que ya no responden al contexto normativo o a las exigencias jurídicas de la realidad, siempre y cuando, como tribunal motive y fundamente jurídicamente el cambio de manera objetiva. En el caso de la Sala, sus integrantes no actuamos de manera aislada, las decisiones que como Sala se han tomado en un determinado momento cumpliendo con ciertas mayorías son decisiones de un Tribunal en sentido institucional y no en sentido personal, con lo cual, los cambios jurisprudenciales requerirían de otra decisión institucional en la que se contengan, volviéndose nuevos precedentes con carácter vinculante para la Sala.

Conforme al precedente citado, a mi entender, la Sala ha dejado entrever que los tratados internacionales sobre los derechos humanos tienen eficacia en los procesos de amparo y de hábeas corpus; si ello es así, corresponderá a la misma Sala delimitar a través de su jurisprudencia dicha eficacia. Criterio jurisprudencial que no ha sido siempre así, pues conforme a anteriores decisiones la Sala ha sostenido que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un "carácter de referencia técnica" —Sentencia de Inc. 15-96 y otras acumuladas, de fecha 14-II-1997— en relación a la jurisdicción constitucional, y que por lo tanto, el contenido y eficacia de los mismos dependerá de si se considera necesario por el tribunal avocarse a ellos. De lo anterior puede advertirse claramente los siguientes criterios interpretativos: (a) que las normas internacionales sobre derechos humanos no conforman un bloque de constitucionalidad en El Salvador, es decir, que no pueden ser utilizadas como parámetro de control de constitucionalidad por esta Sala; (b) que pueden ser utilizadas, si lo considera necesario la Sala, como referencia en cuanto al contenido de los derechos; y (c) se acepta que deben ser utilizados para decidir en los casos de amparo y de hábeas corpus —puede ser entendido como el criterio más reciente—.

Teniendo en cuenta lo anterior, la posición de la Sala no está delimitada por completo, ya que en el precedente más reciente —Sentencia de Inc. 24-1997, citado en su oportunidad— no explica con claridad el cambio —si es que lo hay— del o de los criterios anteriores. Al respecto considero:

a. Con respecto a que las normas internacionales no configuran un conjunto de normas o principios que junto a las normas constitucionales, la Sala deba tener en cuenta como parámetro para considerar la legitimidad consti-

tucional de normas inferiores, es comprensible en razón de la naturaleza jurídica del proceso de inconstitucionalidad, pues éste, no sólo es un proceso de control abstracto sino que además es el máximo medio de defensa de los contenidos abstractos de la *norma constitucional*. Es un criterio válido, porque el objeto y esencia del proceso de inconstitucionalidad radica en la defensa abstracta de la Constitución; por lo tanto, conforme al actual contenido de los arts. 144, 145, 149, 246 Inc.2º. y 248, todos de la Constitución, cabe entender que no existe un bloque de constitucionalidad, en el sentido que junto a la norma constitucional, existen otras normas jurídicas que tengan similar posición a la Constitución, y que además, el proceso de inconstitucionalidad sea una garantía jurídica por medio del cual dichas normas tengan la eficacia para expulsar a otras normas del sistema jurídico.

b. Con respecto al segundo criterio, relativo a entender que los tratados internacionales sobre derechos humanos son para la Sala una mera "referencia técnica", me parece que es un criterio que no responde ni al contexto normativo ni a las exigencias de la realidad. Son verdaderas normas jurídicas que integran el sistema de fuentes salvadoreño y que, por lo tanto, deben ser eficaces, pues de lo contrario serían irrelevantes.

c. En ese orden, cuando se trata de los procesos de amparo y de hábeas corpus, como procesos de control concreto, estos tienen como objetivo determinar si ciertos actos de autoridad formal o material vulneran derechos de las personas, y no efectuar un control abstracto que tenga como consecuencia expulsar normas del ordenamiento jurídico; en tal sentido, las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos deben tenerse en cuenta por la Sala de lo Constitucional para controlar los actos de autoridad y decidir si efectivamente existe o no la vulneración alegada, siendo éste, básicamente el tercer criterio señalado por la Sala.

Ante la posible contradicción entre ambos criterios (b) y (c) —que entiendo existen conforme a las citas antes relacionadas y que no se ha expresado un cambio jurisprudencial al respecto—, considero: (i) que entender a los tratados internacionales sobre derechos humanos como meras referencias técnicas no deja de ser un criterio superado frente al señalado en la Sentencia de Inc. 24-1997, de fecha 26-IX-2000, ello aún y cuando en ésta última de las resoluciones no se contenga una motivación y fundamentación que así lo explique, todo en virtud del ámbito temporal de las decisiones; (ii) que es necesario efectuar la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en los procesos de amparo y de hábeas corpus, pues se trata de procesos de control concreto en donde existe un acto de autoridad delimitado y un derecho que se considera vulnerado por

ese acto; de manera que en dichos procesos el contenido de esas normas debe ser utilizado por la Sala —si no los considera inconstitucionales— para concretar o precisar el contenido de los derechos que están en la Constitución; y (iii) que a través de la interpretación constitucional que debe hacerse de las normas internacionales sobre derechos humanos, se efectúe una integración y ampliación de los contenidos de los derechos constitucionales, lo cual en nada perjudica el sistema de fuentes, por el contrario, le favorece.

En conclusión, las normas internacionales sobre derechos humanos que cumplen con las exigencias establecidas, tanto por ellas y por la misma Constitución —Art. 144 Cn.—, generan una serie de vínculos y obligaciones para el Estado en general y para sus instituciones en particular, específicamente para la Sala de lo Constitucional, la que al conocer en los procesos de amparo y el habeas corpus, debe potenciar el contenido de los derechos que de manera expresa o implícita se encuentran en la norma constitucional, *integrando para ello el contenido de las normas del derecho internacional sobre derechos humanos.*

2. Otro aspecto, estrechamente vinculado con el anterior, que tendré en cuenta como consideración previa, es el relativo a las *normas internacionales sobre derecho humanitario*, también vinculantes para El Salvador. Al respecto señalo:

A. Desde 1946 —año en el que se formuló el Estatuto del Tribunal de Núremberg—, se ha creado una serie de normas internacionales cuyo contenido está referido a establecer; por una parte, una serie de hechos delictivos o crímenes que atentan contra la humanidad y por otra, el juzgamiento de los responsables de esos hechos. En ese orden, Naciones Unidas las ha sistematizado y las ha adaptado a una serie de instrumentos jurídicos internacionales.

Instrumentos internacionales de entre los que cabe mencionar el *Convenio sobre la Prevención y Castigo del Genocidio* de 1948, el cual se encuentra vigente para El Salvador en virtud de haberse aprobado mediante Acuerdo Ejecutivo No. 107, de 31 de marzo de 1950, y ratificado por Decreto Legislativo No. 803, de fecha 5 de septiembre de 1950, publicado en el *Diario Oficial* No. 192, de ese mismo año. Así también las cuatro *Convenciones de Ginebra* del 12 de agosto de 1949, aprobadas mediante Acuerdo Ejecutivo No. 486, de fecha 27 de noviembre de 1952, y ratificadas mediante Decreto Legislativo No. 173, del día 10 de diciembre de ese mismo año. Igualmente los protocolos adicionales 1 y 2 de dichas convenciones, aprobados por Acuerdo Ejecutivo No. 45, del día 13 de enero de 1978, y ratificados por Decreto Legislativo No. 12, del día 4 de julio de 1978.

De igual manera cabe señalar la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*, aprobada mediante Acuerdo Ejecutivo No. 109, del 17 de febrero de 1994, y ratificada por Decreto Legislativo No. 833, del 23 de marzo de 1994.

Se trata entonces de una serie de instrumentos jurídicos —entre los cuales están los entes mencionados—, que van constituyendo un cuerpo legal a través del cual la *Comunidad Internacional protege al individuo*, convirtiéndolo en un *sujeto jurídico internacional*. Son normas jurídicas en las que se tipifica una serie de conductas como delictivas, ello es así, porque a nivel de la comunidad internacional —integrada por Estados libres y soberanos, cuyas normas constitucionales responden a valores y principios universalmente aceptados— se ha considerado que lesionan derechos del individuo, y que, por lo tanto, existe el interés general de protegerlos, autorizándose su persecución extraterritorial de acuerdo al *principio de justicia universal*.

Conforme a lo anterior, los países firmantes —Partes en dichos instrumentos— se encuentran obligados a perseguir y castigar los delitos allí tipificados, específicamente porque se trata de lesiones a derechos humanos y, por ende, son bienes jurídicos prioritarios cuyos atentados deben ser imprescriptibles. Este conjunto de instrumentos han conformado una doctrina distinta del derecho internacional clásico, está destinada a proteger a los individuos, a los grupos sociales y a las poblaciones; son normas que tienen supremacía sobre normas nacionales que obstaculicen su aplicación.

Lo anterior es de suma importancia, porque si se entiende adecuadamente la Constitución —la posición jerárquica que ostenta en el sistema de fuentes, su alcance y contenido— como lo ha hecho la Sala de lo Constitucional desde la Sentencia de Inc. 5-99, de fecha 20-VII-1999, al afirmar que: “En consecuencia, el concepto de Constitución no puede entenderse limitado al texto del Preámbulo y el articulado del documento constitucional, sino que implica el sistema de valores y principios que las tradiciones del constitucionalismo liberal, social y contemporáneo han derivado de la dignidad humana y del principio democrático, asumidos por la Ley Suprema y que inspiran, como parte de su trasfondo, las disposiciones de dicho texto”; las normas sobre derecho humanitario comulgan con ese trasfondo de valores y principios que giran alrededor de la dignidad humana, con lo cual, no será un problema de posibles contradicciones entre normas constitucionales y normas de derecho humanitario, sino con normas inferiores a la Constitución que no respondan a sus mismos valores y principios.

B. En orden al contexto antes formulado, es necesario recordar que al final de la Segunda Guerra Mundial, la

comunidad internacional asumió la necesidad de regular penalmente diversas conductas delictivas consideradas como *crímenes contra humanidad*, en virtud que la ofensa que producen no sólo afecta a las personas que los padecen sino a la especie humana en general, de manera que su trascendencia va más allá de los países en los que tales crímenes se cometen. Como se señala en el texto "*Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*" de Concepción Escobar Hernández y otros, "al aprobarse en 1948 el Convenio de Nueva York contra el Genocidio, la Organización de Naciones Unidas quiso ofrecer a todos los ciudadanos del mundo una protección adicional; no se trataba ya de garantizar el derecho a la vida que estaba por todos los Códigos Penales: se quiso proteger al ser humano en la medida en que podría ser objeto de una persecución indiscriminada, no por sus circunstancias personales, sino por estar integrado en un grupo de características colectivas determinadas. Las eliminación sistemática y ordenada de determinados sectores de población fue tipificada como genocidio, y se dispuso que tal crimen fuera perseguible con independencia del tiempo y lugar de su comisión, de la nacionalidad de las víctimas de las de los verdugos (...); que tales crímenes son imprescriptibles, que sus responsables no tienen ni pueden obtener derecho de asilo, ni estatuto de refugiado, que no pueden excusar su conducta en virtud de obediencia debida, que no pueden obtener perdón, que sus víctimas tiene el derecho fundamental a la justicia. Se estableció la jurisdicción universal, en virtud de la cual todos los Estados están obligados a perseguir los crímenes de lesa humanidad y a posibilitar su persecución por los demás".

Desde esa perspectiva, fue emitida la resolución de Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1973, en la que se contienen los *Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de la lesa humanidad*, en cuyo artículo I se establece: "Los crímenes de guerra y los de lesa humanidad donde quiera y cualquiera que fuera la fecha en que se haya cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas"; en tal sentido, a nivel de Derecho Internacional no existe perdón para quienes han cometido ese tipo de delitos, de manera que, un Estado no puede perdonar a genocidas, pues la ofensa va más allá de una sociedad específica.

Son tantos los instrumentos internacionales que a la fecha existen, en donde se establecen una serie de principios universales de defensa de los valores jurídicos

más profundos de los seres humanos, tal es el caso de los Pactos de Naciones Unidas de Nueva York de 1966, que señalan la innecesidad de una tipificación interna por parte de los Estados, cuando se trata de castigar los crímenes contra la humanidad; así también, el Convenio contra la Tortura del 10 de diciembre de 1984, en el que se establece la jurisdicción universal para que los Estados persigan a los torturadores en cualquier parte del mundo, aunque los delitos no los hayan cometido en el país que pretende juzgarlos.

C. Como consecuencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra los Crímenes que afectan a la Humanidad, se establecen tres conceptos jurídicos que cambian tres principios clásicos del Derecho Penal, estos son:

Los crímenes contra la Humanidad son imprescriptibles, como señala el Convenio de Naciones Unidas de 1968, el concepto de prescripción unido a la seguridad jurídica cede ante la gravedad y trascendencia de los crímenes contra la Humanidad. Son delitos imprescriptibles, por lo tanto, los tribunales no podrán tener en cuenta el transcurso del tiempo como excusa para no conocer y decidir al respecto.

Con el principio de jurisdicción universal se modifica el principio de territorialidad de la ley penal, estrechamente vinculado a la idea de soberanía nacional. Lo anterior es así, porque los crímenes contra la Humanidad traspasan las fronteras, superan la soberanía nacional y tienen que ser perseguidos con una lógica supranacional. Se cometan donde se cometan, las personas responsables deben ser perseguidas por los Estados, juzgadas y condenadas por esos mismos Estados, aunque ningún ciudadano o nacional de dichos Estados fuera víctima de esos delitos, ello simplemente por el hecho de que cualquier Estado representa a la Humanidad cuando ésta es ofendida, en ausencia de un Tribunal Internacional, y cuando el Estado donde se cometió el delito no fue capaz de juzgarlos.

Finalmente, *con el establecimiento de los crímenes contra la humanidad desaparece la necesidad de doble incriminación para que un Estado colabore con otro en la extradición de un responsable*; es decir, no se exige, en aplicación de los principios que rigen estos delitos, que un Estado tenga una tipificación idéntica a la de otro para proceder a la extradición de una persona que es perseguida y solicitada por cometer tales delitos.

D. Por otra parte, el Derecho Internacional Humanitario recoge una serie de conductas consideradas como delitos por atentar contra la humanidad. Delitos que hoy día sirven de base para delimitar la competencia de lo que es la *Corte Penal Internacional*, cuyo Estatuto —

aún no ratificado por El Salvador— prescribe en el artículo 5, n° 1, que la competencia de la misma se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, entre los que están: (a) *el genocidio*, entendiéndose por este, conforme al artículo 6 de dicho Estatuto, como cualquier acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso a través de matanzas de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; así como también, el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo; (b) *los crímenes de lesa humanidad*, entendiéndose por éstos —conforme al artículo 7— cualquier acto que se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque; por ejemplo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, la encarcelación, violación, esclavitud sexual, desaparición forzada de personas, persecución de grupos o colectividad, etc.; (c) *crímenes de guerra*, entendiéndose por ellos —de acuerdo al artículo 8—, los que se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala; son actos que se convierten en graves infracciones a lo estipulado en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 —todos firmados y ratificados por El Salvador—, actos entre los que cabe mencionar: matar intencionalmente, someter a tortura u otros tratos inhumanos, dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades, etc.

La anterior referencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la hago teniendo en cuenta que a la fecha no ha sido ratificado por El Salvador; no obstante ello, me parece muy clara la delimitación que sobre los delitos contra la humanidad realiza la Comunidad Internacional en dicho instrumento, de ahí que sea el mejor marco de referencia sobre el contenido de los delitos contra la humanidad.

E. Por otra parte, de acuerdo al contexto anterior, es necesario referirse al carácter de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, tal como lo establece el derecho humanitario, la doctrina y la jurisprudencia de algunos tribunales. Al respecto, hago las siguientes consideraciones:

a. El 26 de noviembre de 1968, Naciones Unidas emitió la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*, misma que entró en vigencia el 11 de noviembre de 1970; la que si bien, no ha sido ratificada por El Salva-

dor, forma parte del conjunto de normas que integran el Derecho Internacional Humanitario, por lo que es considerada una norma del *ius cogens*.

Al respecto, el Preámbulo de dicha Convención señala: “Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo. Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más grave. Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales (...). Advertiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes. Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal (...).”

Teniendo en cuenta lo antes señalado, es evidente el interés que a nivel del derecho internacional existe para que los delitos que atentan contra la humanidad sean castigados en cualquier época y lugar. Es un interés surgido como consecuencia de la inoperatividad de las instituciones públicas internas —los Estados— de investigar y sancionar a los responsables de esos hechos que afectan el bien jurídico, no sólo del que directamente lo padece, sino de la humanidad en general.

En consecuencia, a partir del derecho internacional se han establecido normas jurídicas que *regulan el carácter imprescriptible* de los delitos contra la humanidad; razón por la cual, los Estados, como miembros de esa comunidad internacional, están obligados a conocer el contenido de dichas normas, a integrarlas en sus sistemas de fuentes y hacerlas efectivas.

b. En el contexto doctrinario, Diego López Garrido en la obra colectiva *Crimen internacional y jurisdicción universal*, al referirse al pronunciamiento del Tribunal de Casación francés de 1985, en el caso de Klaus Barbie, señala que dicho tribunal da una definición de Crimen contra la Humanidad en el que incluye el elemento de la imprescriptibilidad, al expresar: “Constituyen crímenes imprescriptibles contra la humanidad..., los actos inhumanos y las persecuciones que, en nombre del Estado

que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razones de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también *contra los adversos de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición (...)*".

En ese orden, el referido autor afirma: "son crímenes imprescriptibles porque son incompatibles con el olvido. La prescripción no es un acto de voluntad como la amnistía o la gracia. No expresa el perdón de los hombres, sino el olvido del tiempo, que garantiza la impunidad de los crímenes después de un determinado plazo transcurrido desde los hechos (que impiden la persecución penal) (...), o desde la condena (prescripción de la pena que no será ejecutada). La impunidad, cuando bloquea cualquier procedimiento, impide la formación de la memoria, la cual no tiene como función esencial regodearse en el pasado, sino alimentar el presente y preparar el futuro".

En esa perspectiva, el 10 de julio de 1997, el Tribunal Militar de Roma, al reconocer a Erick Priebke y Karol Hass como responsables de los asesinatos de la llamada "Foie Arrebatina", producidos durante la Segunda Guerra Mundial por oficiales nazis, entre ellos los imputados, señala: "la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es un principio general del ordenamiento internacional". Con ello, el mencionado tribunal señala que la imprescriptibilidad no proviene del Convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativo a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad —del cual El Salvador no forma parte a la fecha—, porque dicho convenio no es sino una "consagración formal del principio universal de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión". Es decir, la Convención no ha hecho otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el Derecho Internacional consuetudinario.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional Húngaro al conocer sobre el Proyecto de Ley dirigido a castigar a los responsables de graves violaciones de derechos fundamentales cometidos en el curso de la represión de la Revolución de 1956, en sentencia número 53, de 1993, ha reconocido que "existe una regla general de deber internacional consistente en castigar los crímenes contra la humanidad. Ello estaría por encima de cualquier amnistía".

En consecuencia, ante delitos contra la humanidad existe la obligación de "represión universal"; es decir, la obligación general para todos los Estados de castigar a sus nacionales o extranjeros responsables de un crimen de este tipo.

3. En el contexto del derecho humanitario, es indispensable señalar el contenido del *artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, el cual forma parte del sistema de fuentes salvadoreño al haber sido aprobado por Acuerdo Ejecutivo N° 486 del 27 de noviembre de 1952, y ratificado por Decreto Legislativo N° 173 del 10 de diciembre de ese mismo año. Artículo cuyo numeral uno, literalmente prescribe:

"Art. 3.- En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidas los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados (...)"

Dicho contenido normativo se complementa y desarrolla, sin modificar sus condiciones de aplicación, en el *protocolo número II, adicional a los cuatro Convenios de Ginebra* aprobado por El Salvador mediante Acuerdo Ejecutivo N° 45 del 13 de enero de 1978, y ratificado a través del Decreto Legislativo N° 12 del 4 del referido año. Conforme a dicho contenido normativo, se establece la base del *derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales*, siendo ambos instrumentos indisolubles y de trascendental importancia para los siguientes aspectos:

A. Conforme a lo anterior, *el conflicto armado no internacional* se distingue del conflicto armado internacional por la naturaleza jurídica de los sujetos que se enfrentan: las partes en conflicto no son Estados soberanos, sino el gobierno de un solo Estado que lucha contra uno o varios grupos armados dentro de los límites de su territorio. La expresión "*conflicto armado*", establece un criterio material: la existencia de hostilidades abiertas entre

fuerzas armadas dotadas de cierta organización, de manera que los disturbios y tensiones internas, caracterizados por actos aislados o esporádicos de violencia, no constituyen conflictos armados en sentido jurídico, ni aun cuando el gobierno haya tenido que recurrir a las fuerzas policiales, o incluso a un destacamento militar, para reestablecer el orden. El conflicto armado no internacional aparece como una situación en la que hay hostilidades evidentes entre fuerzas armadas o grupos armados organizados dentro del territorio de un Estado.

Lo anterior es importante porque conforme a la postura clásica, los Estados eran las únicas entidades soberanas consideradas como sujetos del derecho de la guerra; es decir, que las normas relativas a los conflictos armados *no eran aplicables a los conflictos armados internos*. Postura que ha quedado superada en virtud de que los insurrectos se han equiparado al beligerante, es decir, a una parte en una guerra interestatal, a través de la institución jurídica denominada "*reconocimiento de beligerancia*", la cual puede presentarse bajo dos formas:

a. El reconocimiento de beligerante puede emanar de la autoridad legal del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto armado; en este caso, se trata de un acto unilateral, de carácter discrecional, que puede adoptar una forma expresa o tácita: La forma tácita —por su naturaleza presenta mayor complicación y por ende, se hará referencia especial a ella— engloba la mayoría de los casos, esta se deduce de medidas o de una actitud del Gobierno ante una situación conflictiva interna; tal actitud da origen a una nueva situación jurídica entre el Gobierno y los beligerantes que responde al estado de guerra. Tanto el reconocimiento expreso como el tácito, son una manifestación de la competencia que tiene el Estado, que sigue ostentando su soberanía nacional, para hacer la guerra.

b. La segunda forma consiste en que el reconocimiento de beligerancia emana de un tercer Estado, en este caso no puede ser tácito y sólo tiene consecuencias jurídicas en las relaciones entre dicho Estado y las partes en el conflicto armado no internacional. Ahora bien, para que éste reconocimiento de beligerancia no se entienda como una injerencia en los asuntos internos del Estado en el que se desarrolla el conflicto, la situación de beligerancia debe ser objetiva y el Estado que hace el reconocimiento tiene prohibido ayudar de manera unilateral al Gobierno o al grupo beligerante.

En definitiva, en el conflicto armado no internacional se enfrentan partes cuyo estatuto jurídico es fundamentalmente desigual —unos luchas contra las instituciones públicas que actúan en el ejercicio del poder público originario—; razón por la cual, la eficacia del artí-

culo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra, debe entenderse en supuestos como siguientes: primero, cuando las fuerzas armadas gubernamentales se enfrentan con fuerzas armadas disidentes, es decir, en la hipótesis de que una parte de ese ejército gubernamental se subleve; y segundo, cuando las fuerzas gubernamentales se enfrentan a grupos armados organizados —supuesto más frecuente—; en este caso, no se trata de individuos aislados sin coordinación, o mera delincuencia, sino todo lo contrario, debe existir un mando responsable que determina una cierta organización del grupo. Organización suficiente para concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho.

B. Finalmente, el contenido normativo del artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional N° II, ambos vigentes para El Salvador, se aplica a las personas que no toman —o ya no toman— parte en las hostilidades de un conflicto armado; por lo que, a dichas personas debe tenerse como beneficiadas de las normas de protección que el Protocolo establece para ellas de manera específica. También se encuentran obligadas por dicho contenido normativo —por ende se les aplica—, las personas que deben cumplir, de acuerdo al Protocolo, ciertas reglas de comportamiento con el adversario y la población civil presente en el territorio del Estado en donde se desarrolla el conflicto armado.

C. En el caso salvadoreño, a partir de las partes en conflicto —Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional FMLN y el Gobierno de la República—, la naturaleza jurídica del conflicto en sí y en espacio territorial en el que se desarrolló, es evidente que éste fue de carácter nacional, es decir, un conflicto armado no internacional. Conflicto en el que se reconoció al FMLN, a través de la Declaración Franco-Mexicana, como un grupo beligerante en los términos del Segundo Protocolo de las Convenciones de Ginebra, al que antes he hecho referencia.

En ese orden de ideas, desde mi punto de vista, entendiendo que *jurídicamente tanto las partes en conflicto, como los civiles en general, se encontraban sujetos a las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos, las cuales, como he señalado anteriormente, según he citado los decretos ejecutivos y legislativos respectivos, ya eran normas jurídicas vinculantes para El Salvador; de ahí que, como Estado se deba asumir la responsabilidad que de acuerdo al Derecho en mención corresponde.*

IV. Efectuadas las anteriores consideraciones, precisa examinar las primeras justificaciones jurídicas formuladas por la Sala con las que discrepo. Al respecto, éstas constan en el Considerando II, número (1), literal (a) de la decisión de la Sala, el análisis sobre el motivo de in-

constitucionalidad consistente en la abstención del Fiscal General de la República de investigar de oficio la autoría intelectual del asesinato de los padres jesuitas; abstención que, según la parte demandante, le vulnera el derecho de la protección no jurisdiccional establecido en el Art. 2 Cn.

Al respecto, la Sala formuló su argumento en dos partes: en la primera, delimitó el alcance del derecho a la protección no jurisdiccional; y en la segunda, citó parcialmente el texto de ciertas normas que se encontraban vigentes al momento en que fue divulgado el informe de la Comisión de la Verdad, entre ellas el artículo 193 de la Constitución, que delimitaba el ámbito de competencias del Fiscal General de la República, y los artículos 145, 146 y 147 del Código Procesal Penal que regulaban el ejercicio de la acción penal en ese momento.

A partir de lo anterior, el argumento y fundamento de la Sala fue:

1. En relación al alcance del *derecho a la protección no jurisdiccional* señaló que éste, al igual que la protección jurisdiccional, son concreciones del *derecho general a la protección* de todas las categorías jurídicas subjetivas instauradas a favor de las personas en el artículo 2 de la Constitución. Son concreciones que permiten a las personas la posibilidad de acudir al *órgano o entidad competente*, para plantearle vía pretensión procesal o petición, cualquier vulneración de sus derechos; en ese sentido, tanto el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional tienen un *carácter procesal*.

Sostuvo además, que el contenido del Art. 2 Cn. obliga al Estado, a través de sus instituciones, a brindar protección jurisdiccional y no jurisdiccional integral a todas las personas, frente a *actos arbitrarios o ilegales* que afecten la esfera jurídica de las mismas.

Basta con lo señalado, para advertir que el argumento de mis colegas adolece de cierta deficiencia con respecto al alcance de la obligación del Estado de *conferir protección no jurisdiccional a las personas*. A mi entender, se puede conferir protección no jurisdiccional por dos vías:

A. La primera, es a la que la Sala ha hecho reerencia aunque de forma incompleta, cuando apunta: “la disposición constitucional señalada [art. 2 de la Cn.] obliga al Estado, a través de sus instituciones llamadas a tal fin, a brindar protección jurisdiccional o no jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios o ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos”. Es incompleta la postura de la Sala porque se limita a una protección frente a actos arbitrarios o ilegales, lo cual sería válido si la eficacia de los derechos fundamentales

fuese únicamente en sentido vertical, es decir, frente al Estado —respecto de actos arbitrarios o ilegales, propios de los entes públicos—.

Lo anterior no es así, porque los derechos fundamentales también tienen una eficacia de tipo horizontal —*Drittwirkung* de los derechos fundamentales o vigencia de los derechos fundamentales entre particulares en el tráfico jurídico privado—, eficacia que incluso la misma Sala de lo Constitucional ha reconocido a través del *amparo contra particulares*, por ejemplo, la Sentencia de Amparo de fecha 10-VI-1999, correspondiente al proceso no.143-1998, en la que se amparó a la peticionaria señora María Julia Castillo contra providencias dictadas por la Asamblea de Delegados del Colegio Médico de El Salvador; en tal sentido, la protección no jurisdiccional, como obligación del Estado, comprende no sólo los actos arbitrarios o ilegales de los entes públicos, sino además, los actos de particulares que en clara posición de poder afectan derechos de otros particulares.

B. La segunda forma, por la que también se debe conferir protección no jurisdiccional, es a través de la vía oficiosa; es decir, cuando ciertos entes del Estado están obligados por la norma constitucional o por la legal, a actuar de manera oficiosa ante la imposibilidad de que un derecho fundamental logre plena eficacia.

En este caso, el supuesto a tener en cuenta —para efectos del presente amparo— es el relativo al contenido normativo del artículo 193 de la Constitución, en el que si bien se están delimitando las competencias del Fiscal General de la República, al señalar que a éste corresponde ejercer la acción penal de oficio o a instancia de parte, existe en el trasfondo de dicho contenido, un *deber correlativo* a la competencia del referido funcionario; éste deber es la protección no jurisdiccional oficiosa de las personas afectadas en sus derechos.

2. En la segunda parte de su argumento, la Sala delimitó el ámbito de competencias del Fiscal General de la República, para lo cual, citó parcialmente el texto del artículo 193 de la Constitución vigente al momento en que divulgado el informe de la Comisión de la Verdad, y el texto de las disposiciones legales que regulaban el ejercicio de la acción penal. Dichas citas, aunque parezcan excesivas, es necesario traerlas a cuento de nuevo, pues mi análisis se funda en lo que considero una errónea apreciación del alcance y contenido normativo de las mismas. Al respecto, el texto señala:

El artículo 93 de la Constitución expresaba: “Corresponde al Fiscal General de la República: 3°- Dirigir la investigación del delito, y en particular de los hechos criminales que han de someterse a la jurisdicción penal. A tal fin, bajo la dirección de la Fiscalía General de la

República funcionará un organismo de investigación del delito, en los términos que define la ley. Ello no limita la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento. El Organismo de Investigación del Delito practicará con toda diligencia cualquier actuación que le fuere requerida por un juez para los propósitos señalados; 4°- Promover la acción penal de oficio o a petición de parte", el subrayado es mío.

El artículo 145 del Código Procesal Penal establecía: "*El proceso penal podrá iniciarse por denuncia, por acusación y de oficio*".

Artículo 146 del Código Procesal Penal prescribía: "Cuando se proceda por denuncia o por acusación, la resolución que admita una u otra contendrá la orden de proceder a la averiguación del hecho denunciado o acusado y la indicación de las diligencias que se considere necesario o conveniente practicar".

Finalmente, el inciso 1° del artículo 147 establecía: "El juez de primera instancia o el de paz, luego que tenga noticias de haberse cometido un delito perseguible de oficio, procederá a instruir diligencias para la averiguación del mismo, sus autores y cómplices".

En el presente caso, después de haber citado el texto de las disposiciones en comento, la Sala textualmente sostiene: "queda evidenciado que la promoción de la acción penal por parte del Fiscal General de la República a la fecha del informe de la Comisión de la Verdad, ya sea de manera oficiosa o a petición de parte, no constituían los únicos medios para instar el conocimiento jurisdiccional del delito; pues, según la normativa vigente en esa fecha, el proceso penal y la consecuente investigación del ilícito penal podía iniciarse oficiosamente por el juez competente, así como por denuncia o por acusación presentada a aquél (...), la promoción de la acción penal por parte de dicha entidad no era el único medio para iniciar un proceso de tal índole".

A partir de lo anterior, considero:

A. Conforme a lo resuelto en auto de fecha dos de octubre de dos mil dos —en el que la Sala delimitó el objeto de control de constitucionalidad—, la finalidad del presente proceso era determinar si el Fiscal General de la República, como una de las autoridades demandadas, incurrió en la supuesta omisión alegada por los demandantes y si como consecuencia, produjo la trasgresión del derecho a la protección no jurisdiccional de los mismos; por lo tanto, no correspondía determinar si dicha conducta omisiva —en el supuesto que existiese— habría sido imputable a algún juez en materia penal o peor aún, a las víctimas del ilícito penal.

En el presente caso, la Sala formuló su razonamiento a partir del texto de las disposiciones citadas; en ese sentido, señaló que conforme al Código Procesal Penal vigente al momento en que fue divulgado el informe de la Comisión de la Verdad, el proceso penal se iniciaba por el Fiscal General de la República, por el Juez competente o por el ofendido de manera directa —debió tener en cuenta que el 20 de abril de 1998, entró en vigencia el nuevo Código Penal y Procesal Penal—. Sin embargo al tener como fundamento de su motivación jurídica, lo dispuesto de forma genérica por las normas citadas, la Sala es un tanto omisiva en tal aspecto, pues se limita solo a repetir el texto de las normas antes expresadas, sin otras consideraciones de fondo.

Como he señalado al inicio del presente voto, en el Estado Constitucional de Derecho los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional estamos obligados a formular argumentos y a proporcionar el fundamento jurídico de los mismos, de forma tal que nuestras decisiones se justifiquen y defiendan por sí solas. Es una exigencia de la que no se excluye la Sala de lo Constitucional de la Corte de Suprema de Justicia —cualquiera que sea el proceso en el que decida—; de ahí que, la fundamentación y motivación de sus decisiones deben trascender, por una parte, la mera referencia al texto de las disposiciones legales o constitucionales, y por otra, siendo la Sala de lo Constitucional la máxima interprete de la norma constitucional, a ella corresponde a través de su jurisprudencia, perfilar, definir y concretar los contenidos de las normas constitucionales sean éstos expresos o implícitos.

Además, en el presente caso, la Sala utilizó el contenido de las referidas normas para crear una motivación que no corresponde al objeto sobre el que decidió, pues, al entender e incluir en su razonamiento, que el proceso penal podía ser iniciado por los jueces en materia de su competencia, así como por las personas afectadas por el ilícito de manera directa, olvidó por completo señalar que el objetivo del análisis era precisamente determinar si el Fiscal General de la República había incurrido en una omisión inconstitucional, y si ésta a su vez dio lugar a la trasgresión del derecho a la *protección no jurisdiccional* de los demandantes. Estimo entonces que como Sala inobservó el principio de congruencia procesal ya que su razonamiento, más parece enfocado a determinar que no hubo trasgresión al derecho de protección jurisdiccional.

En consecuencia, el razonamiento y criterio de interpretación utilizado por la Sala no sólo son contrarios a los principios de interpretación constitucional, especí-

ficamente al de *garantía de la supremacía de la Constitución*, pues olvida que los contenidos de la norma constitucional deben ser delimitados desde la misma Constitución y no a partir de normas infraconstitucionales; sino que además, no puede entenderse y menos aún por la Sala, que en el presente caso existió —lo que se podría llamar— una causa de exclusión constitucional para el Fiscal General de la República en el ejercicio de la acción penal, debido a que la acción penal, hasta el 20 de abril de 1998 la podían ejercer, de manera oficiosa, los jueces en materia penal o directamente el afectado por cualquier delito; además, desde la fecha en que entró en vigencia el actual Código Procesal Penal, la acción penal, para delitos como el homicidio y todas sus modalidades, es exclusiva del Fiscal General de la República.

B. Por otra parte, en el tantas veces citado Considerando II, número (1), literal (a), la Sala señaló: “Limitando entonces el análisis del contenido del artículo 2 de la Constitución al derecho a la protección no jurisdiccional —por ser la categoría jurídica cuya vulneración es alegada por los impetrantes—, y tomando en cuenta lo expuesto en párrafos precedentes, resulta incuestionable el carácter estrictamente procesal del citado derecho”.

Conforme a los antes transcrito, la Sala incurre en una contradicción al momento que sostiene, con base en el texto de las disposiciones que citó, que la acción penal no era de exclusiva competencia del Fiscal General de la República sino también de los particulares y que, por lo tanto, no hubo transgresión al derecho a la protección no jurisdiccional; lo anterior, como si el derecho a la protección no jurisdiccional se tutelara por el simple hecho de encontrarse habilitados los particulares para ejercer la acción penal, es decir, como si su eficacia se debiera exigir por el titular ante sí mismo, olvidando por completo el carácter procesal del derecho y la obligación de los entes del Estado de brindar tutela al mismo. En su análisis la Sala no sólo entró en una contradicción, sino que además, el argumento con el que llega a sostener que la autoridad demandada no ha incurrido en la inconstitucionalidad alegada, es improcedente puesto que a las víctimas, no se les puede considerar como *agentes habilitados desde la perspectiva jurídica para conferir tutela al derecho a la protección no jurisdiccional*.

En consecuencia, la Sala no debió sostener que el derecho a la protección no jurisdiccional se ha garantizado por la autoridad demandada, por el hecho que la acción penal también pudo ser ejercida por los particulares; su razonamiento jurídico no sólo está fuera del contexto del análisis sobre el objeto de la pretensión, sino que además, pareciera que los *particulares se encuentran habilitados y obligados a conferir protección no jurisdiccional*.

3. Conforme a lo expuesto, en el presente caso, era necesario efectuar previamente un análisis sobre el *alcance y el contenido del principio de oficiosidad o de oficialidad* —según el ámbito doctrinario que se tenga en cuenta— *en el ejercicio de la acción penal*, para que, conforme a la delimitación del mismo, establecer si la autoridad demandada incurrió o no en la omisión que se le atribuyó; desde esa perspectiva, mis consideraciones son:

A. Previo a entrar en el análisis del principio de oficiosidad en el ejercicio de la acción penal, procede citar brevemente lo que en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional se ha señalado sobre el *alcance del principio de legalidad* establecido en el Art. 86 Cn., pues éste es el marco en el que el principio de oficiosidad en el ejercicio de la acción penal debe ser desarrollado.

Al respecto, en la Sentencia del 11-XII-97, correspondiente al Amparo N° 117-97, la Sala de lo Constitucional ha sostenido: “el principio de legalidad no hace referencia sólo a la legalidad ordinaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. Por ello, la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también —y de modo preferente— sujeción a la Constitución. Y es que, sobre la expresión ley no debe olvidarse que —en virtud de los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y regularidad jurídica—, la disposición legal debe ser conforme, en forma y contenido, a la normativa constitucional (...), por lo que, toda actuación de los entes del Estado ha de presentarse como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley, la que lo construye y delimita”.

En consecuencia, puede afirmarse que el principio de legalidad en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, es uno de los principios básicos; principio por el cual todos los entes del Estado se encuentran sujetos a lo que la norma jurídica les permite, de manera que, fuera del ámbito de la norma, sus acciones son inconstitucionales.

B. En orden al alcance del principio de legalidad, debe ser analizado el principio de *oficiosidad en el ejercicio de la acción penal*; principio que, como señalan V. Gimeno Sendra y otros, en el texto *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, septiembre 1999, “es un complemento del principio de legalidad de la acción penal”. Afirmación de la que parto para señalar:

a. En términos generales, la oficiosidad implica que los entes públicos deben realizar, de acuerdo con su marco de competencias, cuando se den los presupuestos fijados por la norma, las acciones institucionales enca-

minadas hacia un fin; ello significa, por una parte, que dichas acciones no deben estar condicionadas por la norma a la previa solicitud del interesado o afectado, y por otra, que el ente público está obligado a utilizar los medios de que disponen para lograr el fin.

Desde esa perspectiva, el Estado —en el ejercicio de su competencia— se encuentra obligado a verificar si se dan los presupuestos necesarios para asumir la *obligación de actuar de manera oficiosa*; obligación que no está vinculada a las pruebas que en un determinado momento los interesados o afectados puedan aportar, como además, a los impulsos o instrucciones de otros entes del Estado; en ese sentido, el impulso de oficio es, pues, una consecuencia del principio de irrenunciabilidad de la competencia. Irrenunciabilidad que no sólo impide la alteración de la titularidad de la competencia, sino también la no realización de la misma, si se dan los presupuestos para su ejercicio.

Por lo tanto, *el impulso de oficio obliga al ente del Estado a tramitar un proceso o un procedimiento hasta su resolución expresa, independientemente de si fue iniciado por solicitud del interesado o directamente por dicho ente.*

b. La acción penal es, de acuerdo a lo que señala Campos Ventura en el texto *Selección de ensayos doctrinarios, nuevo código procesal penal*, un instrumento que viabiliza la instauración y realización del proceso penal con entera desvinculación de todo contenido sustancial; es decir, de toda referencia favorable a la materialización efectiva de la pretensión punitiva o *ius puniendi*. La acción penal, es una actividad procesal requirente que pertenece en los modernos modelos procesales al Ministerio Público —salvo cuando se trate de acciones penales privadas que constituyen un régimen especial de persecución a instancia exclusiva del particular ofendido—; en cuando que la pretensión punitiva, es el derecho del Estado a imponer sanciones penales que únicamente puede ser declarado, luego de un proceso legal previo "*nullum poena sine processu*" mediante decisiones definitivas del juzgador.

En tal sentido, la acción penal que ha de ejercerse no puede identificarse con un derecho a una tutela judicial concreta, esto es, a la imposición de una determinada sanción punitiva, favorable a la tesis acusatoria, ni tan siquiera a que dicte por parte de los órganos jurisdiccionales una sentencia de fondo que decida sobre la culpabilidad del imputado, pues la acción penal cumple su cometido aún cuando el proceso penal finalice con una resolución judicial de sobreseimiento u otra clase.

La acción penal se configura como una actividad procesal de verificación de un hecho que, en primer lu-

gar, debe revestir las características de una infracción penal que ha de demostrarse a través del proceso penal respectivo, sin que éste necesariamente haya de finalizar con una sentencia de condena o de absolución; en tal sentido, la acción penal es la actividad encaminada a requerir la decisión —justa— del Órgano Jurisdiccional sobre un hecho delictivo.

c. En relación a lo expuesto, es de señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 193 de la Constitución, la Fiscalía General de la República es el órgano acusador del Estado, representante del Estado y de la sociedad, monopoliza el ejercicio de la acción penal en nombre del Estado; se le considera como la parte acusadora de carácter público, para exigir la actuación de la pretensión punitiva y de su resarcimiento en el proceso penal.

Como representante de la sociedad, la Fiscalía General de la República no persigue ningún interés propio, ni ajeno, sino que realiza llanamente la voluntad de la ley. Como la parte pública dentro del proceso, la Fiscalía es indispensable para que exista proceso penal, agregando a sus peculiaridades un carácter forzoso, imparcial, de buena fe y privilegiado. Es un ente jerárquico y único, independiente frente al Órgano Judicial y al Órgano Ejecutivo, así como frente a cualquier otro ente. Goza de una serie de atribuciones y competencia constitucionales y legales, que desarrolla bajo el principio de delegación.

En ese orden de ideas, el establecimiento del principio de oficiosidad en el ejercicio de la acción penal, parte de la base de que ante todo delito nace la acción penal para el castigo del responsable; en tal sentido, el constituyente o el legislador ha determinado que para la investigación de los hechos delictivos, será la Fiscalía General de la República, la que informada por los principios de legalidad, independencia, imparcialidad y unidad, deberá ejercer la acción penal como parte de su ámbito de competencia. Sin embargo, en algunos casos y por excepción la acción penal también podrá ser ejercida directamente por los afectados, pero aún bajo esos supuestos, la titularidad del ejercicio de la acción penal, sigue siendo una obligación para el ente público; por lo tanto, no puede entenderse que la obligación de ejercerla corresponde a los ciudadanos o a las personas afectadas directamente.

d. De acuerdo al artículo 193 de la Constitución —transcrito con anterioridad—, vigente a la fecha en que fue divulgado el Informe de la Comisión de la Verdad, y conforme a su actual texto, específicamente el de su ordinal 4º, que prescribe: "Promover la acción penal de oficio o a petición de parte"; puede afirmarse que *constitucionalmente el Fiscal General de la República*

fue y es a la fecha el legitimado para ejercer de oficio la acción penal, es decir, es el titular de la competencia que le obliga a actuar de manera oficiosa.

La anterior afirmación se hace, sin olvidar que el actual Código Procesal Penal, vigente desde el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, en su artículo 19, regula el ejercicio de la acción penal bajo el siguiente esquema: "Art. 19.- La acción penal se ejercitará de los siguientes modos: 1) Acción pública; 2) Acción pública, previa instancia particular; y, 3) acción privada. Corresponde a la Fiscalía General de la República ejercer la acción penal pública, para la persecución de oficio de los delitos en los casos determinados por este Código; asimismo, cuando la persecución deba hacerse a instancia previa de los particulares. (...)"; en tal sentido, las excepciones al principio de oficiosidad en el ejercicio de la acción penal, son: cuando se trata de acciones penales privadas propiamente, en donde la acción está reservada exclusivamente al agraviado; y en el supuesto de ciertos delitos en donde la acción penal deberá ser promovida por la Fiscalía General de la República *previa incitación del afectado.*

Ahora bien, en el caso de estudio, si bien en su momento, existía la posibilidad de que, además del Fiscal General de la República, el proceso penal podía iniciarse a instancia del afectado por denuncia o acusación o por el juez competente en la materia, de forma oficiosa, en el presente amparo, como ya se dejó dicho, no se tenía por objeto juzgar la omisión de los afectados o de algún juez en concreto, sino, determinar si la autoridad demandada había incurrido en los hechos que los demandantes le atribuían, es decir, de si era o no responsable de una omisión de carácter inconstitucional y si como tal, había trasgredido el derecho a la protección no jurisdiccional de los peticionarios.

A mi juicio, considero que la Sala de lo Constitucional debió resolver que el Fiscal General de la República si había incurrido en una omisión de carácter inconstitucional, y que por tal circunstancia había provocado la vulneración al derecho a la protección no jurisdiccional de los peticionarios, ya que evidentemente incumplió con el deber constitucional determinado por el artículo 193 de dicha normativa, olvidando por tanto cumplir su deber genérico a que se refiere el artículo 235 de la misma.

V. Finalmente, discrepo de la decisión de sobreseer por mera legalidad en el motivo atribuido al Fiscal General de la República, analizado por la Sala en el Considerando II, 1, literal c; motivo que de acuerdo a lo planteado por los demandantes, consiste en el hecho que una vez que fue interpuesta la denuncia por el señor José

María Tojeira ante el referido funcionario para que investigara a los autores intelectuales del asesinato de los padres jesuitas, éste se abstuvo de investigar y resolvió que en el caso planteado operaba la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz; desde esa perspectiva, la Sala consideró que los demandantes fundaban su pretensión de amparo en una mera disconformidad con el fundamento jurídico utilizado por la autoridad demandada.

Como parte de mi posición, considero necesario recordar previamente algunos aspectos que la Sala señaló en su motivación y fundamentación, para luego proceder a establecer las razones jurídicas del por qué no comparto la postura de la Sala:

1. Sobre el motivo planteado, el análisis de la Sala comenzó por recordar lo que en su jurisprudencia ha denominado *asuntos de mera legalidad*, señalando al respecto, que la pretensión de amparo debe dirigirse contra autoridades públicas o particulares debidamente individualizadas, reclamando sobre un determinado objeto material —acto u omisión—, con fundamento en hechos concreto —sustrato fáctico— y disposiciones constitucionales específicas —fundamento jurídico—. Luego procedió a citar —en gran parte— textualmente lo que la autoridad demandada había sostenido como fundamento de su decisión —acto contra el que reclaman los demandantes— y que hizo constar en algunos de sus escritos en este proceso.

Finalmente, la Sala decidió que la queja de la parte actora es una mera inconformidad con la decisión adoptada por la autoridad demandada, es decir, un asunto de mera legalidad; que si bien los conceptos de violación expuestos en su demanda sugerían una violación a la protección no jurisdiccional, la autoridad demandada en su decisión se limitó a aplicar lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 238 del Código Procesal Penal, el que le permitía tener en consideración la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz como una excepción autorizada por la ley para no proceder a la investigación del ilícito denunciado.

2. Conforme al juicio de admisibilidad de la demanda efectuado por la Sala —fs. 346 a 351—, el control de constitucionalidad en este punto, se circunscribía a la supuesta violación del derecho a la protección no jurisdiccional ocasionada por la abstención del Fiscal General de la República de investigar el asesinato de los padres jesuitas pese a la denuncia realizada por el señor Tojeira; en ese sentido, la misma Sala ha dicho que "los conceptos de violación expuestos en la demanda sugieren una aparente violación a la protección no jurisdiccional".

La anterior cita es de suma importancia, pues debe recordarse que la Sala sostuvo en el Considerando II, número 1, letra a, que: "el proceso o procedimiento respectivo, como realizador del derecho a la protección jurisdiccional o no jurisdiccional, es el instrumento del cual se valen todas las personas para que sus pretensiones o peticiones sean satisfechas"; de ahí que, puede señalarse que la decisión de cualquier ente público —habilitado para conferir dicha protección—, que de entrada niegue el acceso a las personas ante la exigencia de la tutela de su derecho, podría resultar inconstitucional si el fundamento de la misma no tiene cabida en la Constitución.

En el caso en estudio, de la motivación y fundamentación de la decisión dada por la autoridad demandada, puede advertirse que ésta se basó en criterios restrictivos en la interpretación de las normas, concretamente en las relativas a derechos fundamentales; decisión que ha sido avalada por la Sala olvidando que en su jurisprudencia ha insistido mucho en que las normas infraconstitucionales, deben ser interpretadas bajo criterios extensivos cuando tengan incidencia positiva en los derechos fundamentales y bajo criterios restrictivos si la incidencia es negativa, pero que además, cualquier norma debe ser aplicada al caso concreto previa una interpretación conforme a la Constitución; es decir, los operadores, en palabras de Luis López Guerra en su obra *Introducción al Derecho Constitucional*, "deben encontrar el sentido constitucionalmente válido de la norma". Ahora bien, por operadores deben entenderse no sólo a los jueces sino a todo ente del Estado o funcionario supeditado a la norma constitucional; en el caso salvadoreño, ya sea por lo establecido en el Art. 86 Inc. 1°, por el Art. 172 Inc. 3° o por el Art. 235, todos de la Constitución.

Desde esa perspectiva, si bien el artículo 193 Cn., no le señala de forma expresa al Fiscal General de la República que deba inaplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución, *se encuentra obligado* —conforme a la misma Constitución y aunque la Sala en este caso no lo quiera admitir— a controlar la constitucionalidad de cualquier norma que ha de aplicar para fundamentar sus decisiones, pues de acuerdo al artículo 235 Cn., debe "cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen (...)" deber que él mismo aceptó al momento de tomar posesión de su cargo.

Por otra parte, el ejercicio del deber de control no puede ser entendido como un apartamiento de la sujeción al principio de legalidad establecido en el inciso 3° del artículo 86 Cn.; hago hincapié en esto, porque normalmente el funcionario ha entendido que si la Constitución no le señala de forma expresa que debe controlar la

constitucionalidad de la norma que ha de aplicar, está violando el principio de legalidad, lo cual es totalmente erróneo. El alcance del principio de legalidad sigue siendo el mismo y por ende los funcionarios están sujetos a él, pero debe tenerse en cuenta que en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, tal como lo señalara Manuel García Pelayo en su artículo *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*, recogido en sus Obras Completas, Tomo III, "el principio de legalidad se encuentra subordinado al principio de constitucionalidad", siendo desde esta perspectiva la que debe actuar todo funcionario.

3. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, he de señalar que en el presente caso, el acto contra el que reclaman los demandantes —no investigar a los autores intelectuales de la muerte de los padres jesuitas pese a la denuncia del señor Tojeira—, tuvo como base legal el artículo 238 del Código Procesal Penal, la vigente Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, y en el contexto de ambos cuerpos normativos, la aplicación del criterio de la prescripción de la acción penal; normas que fueron interpretadas y aplicadas al caso por el Fiscal General de la República bajo graves incongruencias con lo establecido en la Constitución y en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, específicamente lo señalado en la Sentencia del 26-IX-2000, correspondiente al proceso de Inc. n° 24-1997, en el que se pidió se declarara inconstitucional la referida ley de amnistía; no obstante ello, esa interpretación y aplicación de las mismas ha sido avalada por la Sala, ya que ésta citó de forma textual parte del fundamento de la decisión sujeta a control de constitucionalidad, con el mismo criterio y en el mismo sentido que la autoridad demandada, para sostener que el asunto planteado por los demandantes en este proceso es de mera legalidad.

Al respecto mis consideraciones son:

A. Advierto que la autoridad demandada se limitó a efectuar una interpretación de carácter literal de las disposiciones en comento, ya que, si bien el artículo 238 del C. Pr. Pn., señala que salvo las excepciones autorizadas por el mismo código o por la ley, el Fiscal no iniciará la investigación sobre un hecho punible cuando tenga conocimiento por denuncia o por cualquier otra vía; la decisión de no proceder a investigar a los autores intelectuales de la muerte de los sacerdotes jesuitas, es contraria a la Constitución y desde luego a la unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico, pues, con su interpretación gramatical o literal, el Fiscal General asume que por la mera existencia de la Ley General de Amnistía para la Consolidación de la Paz, se encuentra desautorizado para proceder a determinar la responsabilidad penal de los autores intelectuales o mediatos de

dicho asesinato, tesis sin respaldo jurídico e inaceptable totalmente desde la perspectiva constitucional.

No es aceptable porque, si bien es cierto, a la fecha existe la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, emitida por la Asamblea Legislativa de acuerdo al artículo 131, ordinal 26° de la Constitución, el contenido de cada una de sus disposiciones debe ser interpretado armónicamente y conforme a lo prescrito en el resto de la Constitución, específicamente en relación al artículo 2 inc. 1° y 244 de la norma suprema.

B. La Sala de lo Constitucional al conocer y decidir en la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de la referida Ley de Amnistía —Sentencia del 26-IX-2000, Inc. 24-97, Considerando VI, 1, A—, al analizar el contenido del ordinal 26° del artículo 131 de la Constitución, sostuvo: “La mencionada disposición establece una regla general según la cual la amnistía y el indulto están permitidos en el ordenamiento jurídico salvadoreño en materia penal, como competencia de la Asamblea Legislativa (...), prevista únicamente para delitos políticos, comunes conexos con éstos, o para delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, quedando por lo tanto excluidos de esta gracia los delitos comunes realizados por un número de personas inferior a veinte, los cuales no pueden ser amnistiados bajo ningún supuesto (...)”.

C. En ese mismo orden, se refirió al contenido del Art. 244 Cn., señalando: “constituye una excepción a la regla general mencionada en el Art. 131 ord. 26° Cn., ya que prescribe en qué casos y bajo qué supuestos no es permitida la amnistía ni el indulto, como tampoco la conmutación. Desde esta última disposición, se concluye que no se admite amnistía, conmutación o indulto cuando el delito reúne en su conjunto los siguientes elementos: (a) cuando se trata de una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, especialmente penada por la ley; (b) cuando el hecho es cometido por funcionarios públicos, sean éstos civiles o militares; y (c) cuando el delito se haya realizado durante el período presidencial en el que se pretende conceder la amnistía, la conmutación o el indulto (...)”.

Conforme a lo anterior, aclaró qué delitos constituyen una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, y al respecto sostuvo: “el artículo en referencia se ubica dentro de lo que la doctrina del Derecho Constitucional analiza bajo el tema de la Defensa de la Constitución (...), y que en resumidas cuentas no es más que el conjunto de instrumentos necesarios para lograr la eficacia de la ley Suprema —que, como todo cuerpo normativo, es susceptible de ser violada o incumplida—. Así, el Art. 244 Cn. contiene una par-

te de esos instrumentos en el sentido que conforma una defensa penal de la Constitución. Para efectos de interpretación de tal disposición constitucional debe tenerse en cuenta, puesto que la misma constituye un mecanismo de defensa de la Constitución, por medio del cual el legislador, cumpliendo con el principio de legalidad que rige la materia penal, puede tipificar especialmente como delitos las conductas que impliquen violación, infracción o alteración de las disposiciones constitucionales, las cuales, como antes se ha dicho, pueden englobarse bajo la rúbrica de los delitos contra la Constitución o delitos contra el orden constitucional. De estos delitos, los que atentan contra la forma y sistema de gobierno son por su propia naturaleza delitos políticos —objeto de la gracia de amnistía, según lo prescrito en el Art. 131 ord. 26° Cn.—, mientras que los delitos contra el goce de los derechos fundamentales o contra el orden económico, aun cuando delitos comunes, en ocasiones pueden tener conexión con los delitos políticos, en cuyo caso también pueden ser objeto de amnistía, o cuando han sido cometidos por un número de personas superior o igual a veinte; de lo contrario, tales delitos no son susceptibles de ser amnistiados (...)”.

En tal sentido, la Sala de lo Constitucional entiende que: “El Art. 244 Cn. establece, pues, los elementos que, al concurrir en un supuesto delito —en principio susceptible de ser amnistiado— impide que el mismo pueda ser beneficiado por tal ocurrencia de gracia. Dichos elementos no pueden ser vistos aisladamente sino que deben verse en conjunto; es decir que, previamente a considerar que un delito encaja en la excepción del artículo en referencia, en primer lugar es necesario determinar si dicho delito constituye o no una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, es decir si se trata de un delito contra el orden constitucional; verificado lo anterior, corresponde advertir si el hecho punible ha sido cometido por un funcionario público o no, y finalmente, procede examinar si el mismo ha sido cometido en el período presidencial en el que se pretende amnistiar (...). La LAGCP tiene un ámbito de aplicación más amplio que el del Art. 244 Cn., por lo que la excepción contenida en esta última disposición podría operar en algunos de los casos contemplados en la LAGCP pero no en todos, lo que implica que corresponde al aplicador del derecho determinar en cada caso concreto cuándo opera dicha excepción y cuándo no”.

D. Por otra parte, en esa misma sentencia, la Sala señaló: “el art. 2 inc. 1° Cn. —como una disposición de contenido valorativo esencial dentro del contexto de la Constitución— también se perfila como una limitación a la atribución concedida a la Asamblea Legislativa en el Art. 131 ord. 26° Cn., siendo que este último debe inter-

pretarse en comunión con dicha limitación. Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa puede conceder amnistía por derechos políticos o comunes conexos con éstos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, siempre que dicha amnistía no impida la protección en la conservación y defensa —por la vía del proceso penal— de los derechos de la persona, que para el caso concreto serían los derechos de la víctima o de sus familiares; *es decir, que la Asamblea Legislativa puede conceder amnistía sin contravenir lo dispuesto en el Art. 2 inc. 1º Cn. cuando se trate de delitos cuya investigación no persiga la reparación de un derecho fundamental (...)*”.

E. En otro orden, también se refirió a la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos que incurran en violaciones a los derechos establecidos en la Constitución, y a la responsabilidad subsidiaria del Estado en estos casos, establecida en el artículo 245 Cn., y su relación con la indemnización por daños de carácter moral regulada en el Art. 2 inc. 3º. Cn.

Al respecto, dijo: “Es necesario señalar que el reclamo de la responsabilidad civil proveniente de alguna violación a los derechos constitucionales es independiente del reclamo de cualquier otro tipo de responsabilidad que pudiere derivar de la misma violación, si bien un juez de lo penal puede declarar que no existe el primero, no puede prejuzgar sobre la posible presencia del segundo y, por tanto, pese a que el acusado sea absuelto en el proceso penal, puede ser demandado, en la vía procesal civil, por el incumplimiento de su obligación de indemnizar los daños causados por un hecho ilícito civil o por un riesgo creado. Lo anterior implica que el reclamo de una indemnización por daños y perjuicios constituye una pretensión independiente que perfectamente puede ser planteada ante los Tribunales competentes, aún cuando se haya rechazado jurisdiccionalmente la existencia de otro tipo de responsabilidad relativa al mismo hecho”.

En tal sentido la Sala ha entendido que: “cabe señalar que para la Constitución, la amnistía comprende no sólo la responsabilidad penal sino también la responsabilidad civil derivadas de una violación, lo cual se deduce del texto del Art. 244 Cn. En consecuencia, interpretando el Art. 245 y el inciso tercero del Art. 2, ambos de la Constitución, en relación con los arts. 131 ord. 26º y 244 Cn., se entiende que los funcionarios y empleados públicos tienen obligación de responder civilmente en caso de violación a los derechos consagrados en la Constitución, siempre que sus actuaciones no hayan sido objeto de una amnistía legítima, es decir de una amnistía concedida conforme a las disposiciones constitucionales. De

lo contrario, si los hechos que dieron origen a la responsabilidad civil de un funcionario o empleado público no han sido amnistiados —por tratarse de delitos que no son susceptibles de ser amnistiados— o la amnistía concedida contraviene la Constitución, el reclamo de la obligación de indemnizar es completamente viable ante los tribunales competentes (...)

Teniendo como base la cita textual de lo que la Sala Constitucional ha señalado en su jurisprudencia, puede concluirse lo siguiente: (a) La Asamblea Legislativa es el ente competente de conformidad al artículo 131 ord. 26º Cn., para decretar una amnistía; (b) que la Asamblea Legislativa tiene dos límites para decretar una amnistía; el primero, que no puede amnistiar los delitos a los que se refiere el artículo 244 Cn., pues esta disposición opera como una clara excepción a la regla establecida en el artículo 131 ord. 26º Cn.; el segundo, que tampoco puede amnistiar delitos cuya investigación tenga por objeto la reparación de un derecho fundamental por parte de los ofendidos o las víctimas del mismo, pues en este caso, la amnistía es inconstitucional por afectar el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional establecido en el inciso primero del artículo 2 Cn.; y (c) que al interpretar una amnistía de la Asamblea Legislativa, debe tenerse en cuenta que los límites antes señalados son una pequeña excepción dentro del ámbito del artículo 131 ord. 26º Cn., y por lo tanto, si el legislador utilizó conceptos jurídicos indeterminados a la hora de delimitar la amnistía —lo cual es inconstitucional pues afecta la seguridad jurídica—, corresponderá a los operadores, entre los cuales cabe entender, según lo señala Bidart Campos en *El Derecho Constitucional del Poder*, a los jueces y entes públicos que coadyuvan en el ejercicio de la función jurisdiccional, como la Fiscalía General de la República para el presente caso, determinar si la amnistía ha respetado los límites que para el caso salvadoreño ha señalado la Sala de lo Constitucional, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 inc. 1º y 244 de la Constitución.

F. Por otro lado, en la decisión objeto de control de constitucionalidad, la autoridad demandada hace referencia a que la acción penal, respecto de los hechos que le fueron denunciados por el señor José María Tojeira, había prescrito y que por lo tanto, esa era otra de las razones por la que no podía dar trámite a una investigación en sede judicial, a tal punto que, si bien en su momento presentó el requerimiento correspondiente también solicitó de forma inmediata el sobreseimiento definitivo por la referida causa prescripción.

Ante tal situación, y teniendo en cuenta todo lo que he señalado en el Considerando III de este voto —sobre

la eficacia de la normativa internacional y en particular sobre la imprescriptibilidad de los delitos en contra de la humanidad, como una norma del *ius cogens*—, a mi juicio, desde la perspectiva jurídica y sin más intención que el respeto al Estado Constitucional de Derecho, los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, conforme al contenido normativo del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional N° II, todos vigentes para El Salvador, aprobado éste último por Acuerdo Ejecutivo N° 486 del 27 de noviembre de 1952, y ratificado por Decreto Legislativo N° 173, del 10 de diciembre de ese mismo año, fueron civiles muertos por intereses políticos en el contexto de un conflicto armado no internacional, en el que la estructura armada del Estado, bajo dirección y coordinación institucional, con claro exceso del poder público, les dio muerte; por lo tanto, jurídicamente es un homicidio con vinculaciones políticas y de ahí que a mi criterio es un caso de los que prevé el referido artículo 3 de las Cuatro Convenciones y su Protocolo adicional II.

En tal sentido, al tratarse de un supuesto que encaja en el contenido del artículo 3 de las referidas convenciones y su Protocolo II, son delitos sujetos al principio de justicia universal y por ende son imprescriptibles; de manera que, tanto entes públicos habilitados para el ejercicio de la acción penal y tribunales en general, en El Salvador o en cualquier otro Estado, están obligados a tener en cuenta la sujeción a las normas del Derecho Internacional, pero sobre todo a entender que se trata de delitos sujetos a la imprescriptibilidad.

Sin embargo, en el presente caso, la Sala de lo Constitucional olvida que el acto de autoridad sujeto a control de constitucionalidad es una decisión que en el fondo está afectando el derecho a la protección no jurisdiccional que está obligado a tutelar el Fiscal General de la República; derecho al que ella se ha referido ampliamente en su jurisprudencia y particularmente en el Considerando II, de su sentencia, alegando de manera superflua que es un asunto de mera legalidad, calificación que a mi juicio es errónea y que debió considerarle como un asunto de trascendencia constitucional.

Y es que además, la Sala de lo Constitucional no ha proporcionado una motivación y fundamentación de su decisión con carácter constitucional, se limitó a efectuar citas textuales de lo que la autoridad demandada señaló en su resolución; de manera que, no efectuó un análisis sobre el contenido de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, el contenido de los artículos 131 ord. 26°, 244 y 2 inc. 1° de la Constitución, y sobre todo, no se refirió, con carácter técnico al hecho de si la acción penal sobre los hechos denunciados ante la autoridad demandada efectivamente habían prescrito.

Lo anterior no es un asunto de mera legalidad, se calificó así pero conforme al planteamiento de los demandantes, lo incongruente en la motivación y fundamentación de la autoridad demandada en su decisión —arriba señalada—, lo convierte en un tema de trascendencia constitucional. Además, la decisión de la Sala al respecto presenta una deficiente motivación, pues se ha limitado a citar textual lo argumentado por la autoridad demandada y ni siquiera cita sus precedentes jurisprudenciales que al respecto debió tener en cuenta.

Basada en un análisis eminentemente jurídico estimo que, la decisión no se encuentra sustentada de manera concluyente, ya que desde la perspectiva del ejercicio de la función jurisdiccional, si bien es cierto, cualquier tribunal puede compartir los argumentos técnicos vertidos por una de las partes, éste debe ser muy claro en señalar las razones por las cuales comparte dicho criterio —lo que no cabe es entender que la fundamentación será la mera cita textual del argumento de una las partes— y además, no olvidar que en todo proceso se deben dictar resoluciones jurídicas debidamente fundamentadas y motivadas, que respondan únicamente a derecho y que tengan únicamente como referencia el planteamiento de cada una de las partes.

En consecuencia, con base a las disposiciones citadas y argumentos planteados, soy de la opinión de que la Sala de lo Constitucional no debió sobreseer en el motivo analizado, pues no es un asunto de mera legalidad; debió dar el trámite correspondiente por ser de trascendencia constitucional y vinculado a la normativa internacional, a la que me he referido con anterioridad y amparar a los peticionarios por violación a su derecho a la protección no jurisdiccional.

VI. Finalmente, quiero referirme a un aspecto del cual no conocí por no formar Sala en ese momento pero que considero oportuno en esta ocasión fijar mi posición jurídica al respecto:

De acuerdo al examen de admisibilidad de la demanda efectuado por esta Sala en la resolución de las diez horas y dieciséis minutos del día dos de octubre del año recién pasado, por advertir el incumpliendo de ciertos requisitos de forma, fue declarada *inadmisible la demanda* en relación a la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, respecto del acto reclamado consistente en el supuesto "atropello" que dicho tribunal cometió al aseverar en su resolución que el transcurso del plazo de la prescripción obedeció a la inactividad de las víctimas.

Al respecto, no obstante la deficiencia advertida por esta Sala, quiero expresar que no comparto el argumentado por Cámara Tercera de lo Penal de la Primera

