

Razones de justicia *versus* razones de Estado

De la amnistía o la institucionalización de la clemencia

Roberto Rodríguez Meléndez

RZ

*Salvador Héctor Soriano**

* Salvador Héctor Soriano falleció, el 22 de diciembre de 2001, en un hecho de violencia. Era abogado, catedrático del Departamento Ciencias Jurídicas de la UCA y colaborador en la sección "Leyendo el Diario Oficial" de la revista *Estudios Centroamericanos*. ECA publica este artículo como un tributo a su memoria.

Resumen

Las normas de la comunidad, entendidas constitucionalmente, deben ser tuteladas y protegidas, en última instancia, por los jueces. Sin embargo, no sólo en esta temática del acceso a la justicia, sino en diversidad de situaciones, los acuerdos establecidos por el constituyente de diferentes formas llegan a veces a vaciarse de contenidos sobre sus mandatos o prohibiciones. Factores externos, como la poca independencia de las instituciones y de las personas encargadas de las mismas, etc., puede que hayan dado como resultado lo que ha sucedido con la amnistía en El Salvador. La amnistía y las ambigüedades que existen, a partir de las interpretaciones gubernamentales, se traduce en una normativa ineficaz de la tutela de los derechos humanos.

Introducción

La primera parte de este ensayo efectúa un esbozo histórico de los orígenes de la institución de la amnistía para poder llegar a ver de afuera hacia adentro la configuración de la institución en nuestra Constitución. También se hace énfasis en esta

parte introductoria, de aspectos tales como la oportunidad política y sus límites jurídicos para el otorgamiento de este tipo de gracias, concedidas por el Estado en determinados contextos. Con esto se pretende llegar a la idea y verificar que las diversas atribuciones del Estado, en el ordenamiento ju-

rídico, son atribuciones limitadas sobre la base de valores y principios fundamentales. Finalmente se analiza el ocaso de gracia en relación con sus pares, es decir, con otros beneficios o institutos similares con la finalidad de ubicarlo y ver las diferencias frente a otros instrumentos utilizados en los estados contemporáneos.

El segundo apartado contiene un análisis de la responsabilidad del Estado, al promulgar disposiciones internas que pueden contrariar sus obligaciones internacionales. Ningún Estado puede invocar su derecho interno para vulnerar sus compromisos del derecho convencional internacional y del derecho humanitario. Sobre todo si ello implicara ilícitos penales de relevancia constitucional.

Finalmente, en la tercera parte nos referimos a las consecuencias jurídicas de la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema. Dada la complejidad del contenido de la sentencia, resumimos las principales ideas. Luego confrontamos la lógica propuesta en la decisión con otras posibles soluciones.

1. Los antecedentes doctrinales de la amnistía

1.1. Del capricho a la configuración de un remedio frente la injusticia

Al dictar sentencia un tribunal, un juzgador combina diversos aspectos que aparecen indisolublemente mezclados dentro de la aplicación del derecho: su conocimiento de la ley, su acervo cultural, la relación de los hechos sometidos a su competencia y, a veces, su temor a las represalias de que puede ser objeto —si no está debidamente protegido por el Estado—, su ideología, la connotación social de su decisión, etc. Sin embargo, su conocimiento de la ley y su obligación de aplicarla tiene —o debiera tener—, por lo general un peso importante. En cambio, cuando un órgano estatal, usando sus facultades, otorga clemencia o perdón, esos supuestos no operan en la misma forma. Eso no quiere decir que no existan influencias como

las del contexto social o la oportunidad o el interés. Si bien la clemencia y el perdón están sometidos a la legalidad, es decir, debe existir la posibilidad de clemencia dentro del ordenamiento —llámese ésta amnistía, indulto o conmutación—, su aplicación es facultativa y no imperativa. Por eso, el órgano en cuestión, a diferencia del juez, no está obligado a aplicarla, sino que posee esa posibilidad, la cual puede aprovechar si se tiene “necesidad” de ella.

En este contexto, entonces, cabe preguntarse por el papel de este instrumento del poder —otorgar clemencia estatal— en la consecución de la justicia, desde la perspectiva jurídica. ¿Cómo proceder para que esta atribución sea una potestad imparcial y objetiva, que tienda a salvaguardar el interés público y se apegue a lo establecido previamente por la ley y la Constitución?

Históricamente, la clemencia ha adoptado muchas formas y ha servido a muchos propósitos. La filantropía del gobernador helénico y la tan pregonada *clementia* del emperador romano eran producto de civilizaciones que daban virajes abruptos de la crueldad al humanismo, de los calculados esquemas a la interminable liberalidad. En muchos momentos, los prejuicios, la magia, la religión o la posición social han operado como fuerzas a veces no reconocidas. En muchas de estas situaciones, la mediación estatal no era necesaria. Este era el caso del criminal que se encontraba con una vestal o con un cardenal, quienes podían librarlo. Había casos donde era necesaria una intercesión activa: el condenado puede ser salvado mediante los buenos oficios de una virgen dispuesta a casarse con él; una forma menos activa era la palabra de un eclesiástico o un noble, quien por su posición o relaciones familiares tenía el privilegio de interceder ante las autoridades locales a favor de la libertad de criminales convictos. Otra alternativa, a la cual se acude aún de manera subrepticia, es la mediación de la Iglesia durante festividades especiales a favor de la libertad de criminales¹. De esta manera, un criminal puede escapar a la aplicación

1. Los actos de indulgencia generalmente se concedían generalmente en ocasiones de gran solemnidad, como las fiestas religiosas, cuando se solía liberar a un gran número de prisioneros de cárceles locales; en otras ocasiones, las necesidades de la guerra inducían al soberano a perdonar a los delincuentes, que previa propuesta y voluntad propia, se alistaban en las fuerzas del Estado; otras veces, la costumbre popular reclamaba el perdón e imponía su birrete al prisionero, cuando una prostituta pedía como marido al reo cuando era llevado al patíbulo, o bien cuando el medio de ejecución capital fallaba. Jorge Ojeda Velázquez, *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, México, 1993, p. 424.

de la ley, porque nunca debió, por "razones de justicia", enfrentar cargos criminales, o porque, "por justicia", debió serle aplicada la pena.

Esta *gracia*, otorgada por quien controla la vida de los demás en virtud de su posición social, la costumbre o la tradición, la magia o la religión, impide la aplicación de la ley, lo cual hace que quien la concede asuma un poder providencialista. Es un poder que interviene en el ejercicio de la administración de justicia, impidiendo que un juez o un tribunal persiga a una persona responsable de un hecho que la comunidad ha definido con anterioridad como ilícito, criminal o aberrante, contrario a la convivencia y a las normas que la rigen.

La indulgencia política, entendida como potestad para perdonar, encuentra su razón de ser en el *mezzogiorno* de la civilización, cuando "el príncipe, como titular único de la soberanía, podía castigar a sus súbditos, y a la vez, perdonar o dispensar la aplicación de las penas"². El desarrollo del Estado, sin embargo, fue despojando al príncipe de tal potestad, la cual pasó a quedar centralizada en aquél. Pero Filangeri, Beccaria y Kant contribuyeron a que la clemencia como atribución de las monarquías o del señor feudal pasara de moda. Lo que Montesquieu considera como "el más bello atributo del príncipe", se convirtió, medio siglo más tarde, con Kant, en el "más resbaloso de todos los derechos de la soberanía" y en el peligro más grande, pues se prestaba a la arbitrariedad del soberano. Para evitar tal peligro, la benevolencia del soberano debía ser reemplazada por la certeza de la ley, tanto en la tipificación de los delitos como en su aplicación a los casos concretos. De esta manera, el Código Criminal Francés de 1791, influenciado por la corriente iusnaturalista y racionalista, suprime la práctica de la clemencia. Napoleón retrocedió e incluyó la clemencia en su legislación. Desde entonces hasta ahora es comúnmente aceptado que los estados deben contar con un procedimiento para otorgar perdón, el cual es considerado como parte esencial del sistema legal.

Al aceptar la clemencia estatal es indispensable identificar el órgano responsable de su aplicación. Esto último no ha sido fácil para los estados contemporáneos, porque sus diferentes órganos

han luchado por controlar el poder del perdón incondicional. Este conflicto está reflejado en el diferente tratamiento constitucional que se da a dicho poder. El Salvador no es la excepción. La amnistía y el indulto son prerrogativas legislativas, mientras que la conmutación está reservada al órgano ejecutivo. Estos mecanismos de clemencia parcial o total están comprendidos en lo que se denomina los recursos de gracia. La participación del órgano judicial se reduce a respaldar o rechazar el acto de clemencia, cuando se trata de un indulto o una conmutación, probablemente porque se trata de actos protagonizados por él mismo. Cuando se trata de una amnistía, el órgano judicial sólo tiene competencia en cuanto a su constitucionalidad y no en cuanto a otorgar o negar el recurso.

Quizás por eso la amnistía tiene un marcado carácter discrecional, lo cual no sucede en el indulto y la conmutación. La amnistía tiene un matiz político, entendido como la evaluación de su conveniencia y el cálculo de sus efectos. En cuanto a esto último, cualquiera que sea la respuesta estatal, ya sea que la conceda o la deniegue, el Estado hace un juicio de fuerza entre su autoridad y sus opositores. Aun cuando la amnistía tiene una connotación política fuerte, puede trascender el simple oportunismo al introducir un matiz subjetivo en la regla de racionalidad a la cual debe apegarse quien ejerce este poder. En todo caso, esa regla de racionalidad posee límites definidos de forma expresa en el ordenamiento legal.

2. La amnistía como consolidación, supervivencia e impunidad

Una política generalizada de otorgamiento de recursos de gracia puede responder a motivos variados, ajenos al deber ser, es decir, a "corregir con justicia a la administración de justicia". Entre esos motivos se encuentran el afán de enriquecimiento, buscar la estabilidad política después de una crisis social cruenta, garantizar seguridad por parte de quienes detentan el poder estatal a sus incondicionales y la simple supervivencia política de un grupo. A veces se concede amnistía a los opositores políticos con tal que abandonen su postura contraria al poder; a veces es la manera que encuentra el bando triunfador en un conflicto social para aban-

2. "Esta institución constituye todavía hoy un remedio de la ideología teocrática absolutista del monarca que, como fuente infalible e incontestable de justicia, podía moderar con su concesión el rigor de la justicia, y con tal finalidad trascendió la barrera de los tiempos para permanecer ahora en la mayor parte de las legislaciones modernas constitucionales". *Ibid.*, p. 424.

donar la persecución y el castigo de sus adversarios derrotados. Cuando este es el caso, la parte que otorga la amnistía renuncia a tratar al derrotado como rebelde o delincuente y busca la pacificación pronta del país.

Pero la amnistía también puede intentar encubrir subrepticamente la impunidad. Este sería el caso de un perdón dado a sí mismo —posibilidad expresamente prohibida por la Constitución salvadoreña—. Se ha sostenido que la amnistía de estados totalitarios victoriosos puede no ser más que la forma técnica para proteger a los partidarios del nuevo régimen de la persecución criminal: el sello del perdón estatal a todos los delitos y las brutalidades cometidos durante el ascenso o la conservación del poder. Tanto Mussolini como Hitler decretaron amnistías en cuanto llegaron al poder. Si el delito fue cometido directa o indirectamente “en servicio de la meta nacional”, el perdón era completo, incluyendo el delito mismo y el castigo.

Ahora bien, la amnistía no necesariamente debe estar motivada por el deseo de mostrar magnanimidad, ni para pacificar rápidamente, ni para asegurar o explotar los frutos materiales y morales de la victoria. La amnistía puede simplemente expresar la necesidad de contar con un instrumento de protección, mediante el cual poner fin de manera ordenada a una era de soberanía en disputa. De esta manera, *la amnistía puede encerrar un compromiso que expresa la relación de fuerzas existente en un momento determinado entre las partes en conflicto* y su capacidad para llegar a este compromiso, el cual podría quedar incorporado en un entendimiento de paz amplia, que no sólo concede el olvido de lo sucedido a todas las partes, sino que además establece garantías para mantener en el futuro un equilibrio en lo jurídico y lo político.

3. Amnistía: virtudes y desconciertos

La legislación contemporánea sobre amnistía se ha convertido en un termómetro para medir el cambiante ardor de la lucha por el poder estatal. El bando vencedor en esa lucha intenta con la amnis-

tía llegar a un arreglo pacificador o bien se vale de ella para generar impunidad para los crímenes más horribles, cometidos durante esa lucha. En cuanto instrumento técnico, puede servir a los intereses de cualquiera: de quienes están en el poder o al margen de él, los expulsados y los descontentos que se preparan para atacar a sus detentadores actuales y de quienes planean dejar las cosas “bien atadas” antes de su retirada estratégica del mismo.

Las amnistías son conocidas como *actos de olvido*, pero esto es sólo una tarjeta de presentación mediante la cual se introduce cualquier grupo o sector social para solicitar una apelación no judi-

cial a favor de quienes desea favorecer. Su intención es borrar el recuerdo y las posibles consecuencias de los actos pasados. El proceso es más efectivo si la situación en la cual el acto tuvo lugar ha cambiado tanto que ya no es posible reconocerla. Entonces y sólo entonces, la amnistía cierra un capítulo y facilita un nuevo comienzo. Dicho de otra manera, cobra sentido

constitucional y político. Únicamente dejamos de llorar las pérdidas cuando nos damos cuenta de que no podemos hacer nada para rescatarlas, ya sea porque el tiempo las aleja o ya sea porque hay que seguir viviendo. Sin embargo, es imposible olvidar si no hay certeza acerca de lo que se ha perdido o de cómo se ha perdido. La ausencia de esta certeza mantiene la herida abierta y cuando se presenta el momento, vuelve el recuerdo o se denuncia. Sin ella, la amnistía no puede dar alivio y más bien se convierte en un agravio o en una tregua o armisticio.

3.1. El desarrollo de la amnistía en el derecho salvadoreño

La posibilidad de que un Estado renuncie o simplemente deje sin efecto una decisión judicial por medio de la cual establecía el ejercicio del *ius puniendi* alcanzó su apogeo en las monarquías absolutas, cuando el rey concentra en sus manos los poderes fundamentales del Estado (legisla, administra justicia y aplica la ley). Esta potestad de gracia surge en los estados absolutos como un instrumento paralelo al poder soberano que puede

suspender la eficacia de los actos normativos —la aplicación de la ley— y dispensar su observancia.

Después de la revolución francesa se instaura “el gobierno de las leyes”, excluyendo del ámbito normativo e institucional “el gobierno de los hombres”. Se reconoce, entonces, que el poder si se concentra se corrompe y, por consiguiente, es necesario distribuir sus potestades, las cuales devienen en órganos distintos, que se controlan mutuamente —es el principio de la división de poderes y uno de los fundamentos del Estado de derecho—. La Francia revolucionaria, siguiendo la ideología liberal y democrática, intentó suprimir toda potestad regia. En 1791, en su código penal se afirma que “para todos los crímenes que proceda con intervención de los jurados, queda abolido el uso de todo acto que tienda a impedir o suspender el ejercicio de la justicia criminal, el uso de decretos de indulto, de remisión, de abolición, de perdón y de conmutación de penas”³. Sin embargo y pese al espíritu revolucionario, la Asamblea Constituyente conservó la amnistía como perdón de las penas y la persecución, a cargo de aquellas instituciones responsables de aplicar las normas frente a hechos delictivos.

Cabe preguntar, pues, la razón por la cual los estados contemporáneos reservan esta prerrogativa. Es una prerrogativa porque los estados contemporáneos mantienen como pilar fundamental para controlar el poder el principio de la división del mismo —o bien, de la distribución de funciones tal como lo expresan la Constitución salvadoreña y sus documentos históricos⁴—. Estos recursos se presentan con bastante claridad como un mecanismo que puede obstaculizar el ejercicio de la administración de la justicia. Este no es el único mecanismo o prerrogativa por medio del cual un órgano estatal interviene en otro. No obstante, temas como la amnistía, el veto o la inconstitucionalidad de las leyes son siempre



polémicos. Aceptarlos y aplicarlos suele ser polémico, porque es difícil, sobre todo en el caso de la amnistía, definir los parámetros para determinar su oportunidad y constitucionalidad, en los sistemas jurídicos contemporáneos. La justificación de la amnistía, por ejemplo, se reduce a la siguiente paradoja: “la amnistía tiene por finalidad emabar actos de justicia contra la administración de justicia”.

Pero la amnistía también puede intentar encubrir subrepticamente la impunidad.

En todo caso y sin lugar a dudas, la Constitución salvadoreña, respetando una larga tradición, reconoce en el Artículo 131, ordinal 26, que este recurso de gracia “corres-

pone a la Asamblea Legislativa”, “conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte; y conceder indultos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia”.

3.2. Las distintas manifestaciones del perdón

El derecho constitucional salvadoreño reconoce tres modalidades de perdón: la amnistía, el indulto y la conmutación de las penas. La amnistía permite que un grupo de personas, por lo general vinculadas a delitos políticos, pueda no ser proce-

3. Primera parte. Título VII, Art. 13. AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española (homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*, Tomo II, Madrid, 1991, p. 1028.

4. Véase al respecto, el *Informe único sobre la elaboración del proyecto de Constitución de 1983*.

sada por haber cometido tales delitos y, en el caso de que ya hubiesen sido condenadas, dejar sin efecto la condena. El indulto se refiere a un perdón específico, es decir, se otorga a una persona en particular, condenada a una pena de prisión o que pueda ser condenada a ella. La conmutación de pena es un perdón parcial, puesto que no extingue la acción penal contra la persona, sino que modifica la pena impuesta por un juez, reduciendo el número de años de cárcel estipulado, al concluir el proceso judicial. Así, la persona condenada no cumple toda la pena impuesta judicialmente.

Estas tres modalidades se diferencian también por el procedimiento. El indulto y la conmutación de la pena requieren de una opinión favorable de la Corte Suprema de Justicia. Esto significa que para otorgarlas es necesaria la participación del Órgano Judicial y, por eso, son gracias limitadas, concedidas por el Estado constitucional de derecho. Si la opinión de la Corte Suprema de Justicia es desfavorable a otorgar la gracia, ésta no puede ser concedida; en caso contrario, si su opinión es favorable, corresponde al Órgano Legislativo si la concede o no, en el caso del indulto, y al Órgano Ejecutivo, en el caso de la conmutación de la pena. La amnistía es otorgada sin consultar a la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto, es una gracia autónoma de la opinión jurídica o del órgano encargado de la administración de la justicia.

3.3. Finalidad

En la actualidad, es difícil sostener que el objetivo último de la amnistía es proporcionar una capacidad incondicional para otorgar clemencia a un órgano estatal, aun cuando la Constitución le conceda esa facultad. La doctrina es casi unánime en aceptar que la amnistía sirve a necesidades, oportunidades o conveniencias políticas, porque es un instrumento por el cual el poder político elimina, en ciertas circunstancias, la aplicación de las sanciones establecidas por la ley por la comisión de determinados delitos y así "pretende alcanzar la justicia, mediante una ponderación entre la aplicación irrestricta de la ley, la reconciliación de la sociedad y la consecución de la paz".

A diferencia de la amnistía, el indulto y la conmutación de las penas conservan cierta vinculación con el principio de la aplicación de la justicia, puesto que se recurre a ellos cuando la administración no ha tomado en cuenta la equidad y las razones de justicia no plasmadas en el texto legal. Es

decir, no están relacionadas con la oportunidad política. Es por eso que cuando se pone en entredicho una ley de amnistía no sólo ha de cuestionarse como instrumento para otorgar perdón —que sería el caso, en sentido estricto, del indulto y la conmutación de la pena—, sino como medio para asegurar la paz. En este sentido, la amnistía es un recurso de gracia fundamentado en una idea de justicia amplia, al apoyarse en la tolerancia y la paz. Es la paz conseguida por medio del olvido. De hecho, amnistía viene del griego que significa olvido. Amnistía es, entonces, ley de olvido —la raíz griega es *amnesis*, amnesia—. Un olvido que pretende fundamentarse en la justicia, la cual se realiza incorporando un instrumento que permite "una medida excepcional para situaciones excepcionales".

3.4. Los efectos

A diferencia del indulto y la conmutación de la pena, la amnistía tiene una eficacia abolutiva absoluta, cuando opera antes de la sentencia judicial firme de condena, y hace cesar, cuando opera después de dicha condena, la ejecución de la pena principal y de las accesorias. Además, la amnistía posee un carácter general, no se concibe como una gracia individual, debido a que su fundamentación radica en la posibilidad de conseguir el perdón y la paz en circunstancias en que han sido afectados grupos de personas, por la comisión de delitos políticos. Así, pues, la amnistía puede ser decidida antes, durante o después del proceso penal. Sus efectos jurídicos son la extinción de la acción penal y la interrupción de la condena. Así, la amnistía deroga retroactivamente determinadas normas, con lo cual se asemeja a las leyes penales, las cuales pueden ser retroactivas, si favorecen al imputado. Ahora bien, su efecto temporal es limitado, ya que sólo contempla el pasado. Rectifica la aplicación hecha de una norma, pero no cuestiona su vigencia. Por eso, paradójicamente, produce unos beneficios de mayor alcance que los de la aplicación retroactiva de una ley, puesto que estos últimos se limitan de manera exclusiva a la pena y no a los otros efectos de la condena.

La amnistía permite al órgano del Estado que posee el monopolio punitivo, ya que es el encargado de definir con exclusividad el delito, la conducta punitiva y su sanción, extinguir la acción penal o cesar los efectos de la condena, si ésta ya ha sido dada. Pero ello no excluye la antijuridicidad del hecho, ni la culpabilidad del autor, sino que

sólo excluye la posibilidad de la sanción⁵. Una buena parte de la doctrina sobre este tema admite que en un verdadero Estado constitucional de derecho, la amnistía debe limitarse a extinguir la pena, porque sólo así es posible conciliar su carácter de *abolitio* pública, basado en la idea de perdón, justicia y paz, con exigencias del poder punitivo del Estado. Sería intolerable que ese poder desapareciera completamente cuando se ha cometido un acto del cual se siguen responsabilidades. La amnistía, entonces, es competencia del Órgano Legislativo, pero ya no se concibe como en la época de las monarquías absolutas. Es una potestad constitucionalmente definida, pero también limitada por la misma Constitución, cuyo sentido radica en ser "procedimiento excepcional que sea capaz de reajustar el ordenamiento jurídico a la nueva configuración de la realidad descaída o querida".

De su mismo carácter excepcional se derivan sus límites: sólo puede otorgarse en el caso de delitos políticos o comunes conexos con políticos o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte (Artículo 131, ordinal 26 Cn); y está prohibido otorgarla en los casos de violación, infracción o alteración de las disposiciones constitucionales, especialmente penadas por la ley, cometidas durante el mismo período presidencial dentro del cual es otorgada (Artículo 244). Esta disposición constitucional suprime la tentación de que los gobernantes y los gobiernos se perdonen a sí mismos. Es moral e inconstitucionalmente imposible que alguien se perdone a sí mismo, pues siempre es "el otro", el afectado, la comunidad, etc., la que debe y puede otorgar el perdón. Pero también hay que considerar aquellos parámetros constitucionales que si bien no están relacionados de manera directa con la amnistía, son indispensables en el momento de concederla. Por ejemplo, hay que respetar el principio de igualdad del Artículo 3 de la Constitución, porque una amnistía que estableciese una

desigualdad "irrazonable" y "no proporcional", adolecería del vicio de inconstitucionalidad.

No obstante, esto último no debe ser entendido de manera absoluta, porque la amnistía provoca una laceración por el simple hecho de existir o ser reconocida por el ordenamiento jurídico, en cuanto su aplicación supone el establecimiento de un tratamiento diferente para la conducta delictiva —al depender de si el acto fue cometido antes o después de determinada fecha—. Por eso, tanto la doctrina como la jurisprudencia, preocupadas por la aprobación de decretos de amnistía que puedan violar derechos como el de igualdad, señalan que las conductas que pueden ser objeto de esta "gracia" deben ser "individualizadas a través de la utilización de la configuración de elementos ya

totalmente realizados y presumiblemente no susceptibles de reproducirse en el futuro, en cuanto conectados a circunstancias excepcionales".

El Tribunal Constitucional italiano, por ejemplo, ha seguido este criterio en varias sentencias, en las cuales confirma el carácter excepcional del procedimiento de amnistía. Así, sólo la considera válida "en el caso de sobrevenir circunstancias de tal índole que induzcan a considerar los delitos cometidos precedentemente, en cuanto ligados a un momento histórico ya superado, ya no ofensivos de la conciencia social"⁶.

En conclusión, la amnistía debe ser otorgada conforme a un criterio objetivo, *in rem*, no en consideración a una o varias personas, sino teniendo en cuenta la infracción cometida y el beneficio a todos aquellos que la cometieron.

3.5. El control judicial de la gracia

Si la Constitución limita el ejercicio de la potestad legislativa para otorgar cursos de gracia, éstos, incluida la amnistía, no pueden ser considerados como una prerrogativa ilimitada, sino que está sometida al control judicial. Sostener lo con-

5. Roberto Terán Lomas, *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, Buenos Aires, 1980, p. 102.

6. Véanse al respecto: las sentencias 175/1971 del 5 de julio y 32/1976 del Tribunal Constitucional italiano.

trario sería incompatible con lo prescrito por la Constitución; aparte de contradecir un principio lógico, según el cual no tendría sentido establecer límites al ejercicio de las potestades legislativas si no existe un órgano con capacidad y competencia también definidas por la misma Constitución para hacer efectivo dicho control.

Ciertamente, otorgar o no otorgar perdón es, según la Constitución, facultad —en su esencia discrecional—, en cuanto a su oportunidad y la extensión de su beneficio, pero eso no implica que esté fuera del control judicial. Esto lleva al conocido tema de las potestades discrecionales en el Estado de derecho: “la discrecionalidad no es sinónima de arbitrariedad”. Así, pues, las “gracias” y las “prerrogativas” establecidas por la Constitución salvadoreña y aceptadas por un gran número de países, están sujetas a una serie de supuestos, definidos con anterioridad y controlados judicialmente, para que al concederlas no se atende contra la carta magna.

4. La Ley de amnistía general para la consolidación de la paz y el derecho internacional

4.1. Marco de referencia

La Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz⁷ —en adelante Ley de Amnistía— sólo puede ser analizada jurídicamente explicando el marco desde el cual se hará dicho estudio. De ahí que sea necesario determinar el derecho aplicable a los hechos violentos, cometidos durante la guerra civil (1981-1991), y a los actos jurídicamente relevantes cuya responsabilidad es atribuible al Estado, por acción u omisión. En vis-

ta de ello, aquí se deja de lado el ordenamiento jurídico salvadoreño y se adopta la perspectiva del derecho internacional.

Del derecho internacional hay que seleccionar aquellos instrumentos vigentes para el Estado salvadoreño durante la guerra civil, en particular los relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos, tanto los de alcance universal como los del sistema interamericano, y el derecho internacional humanitario. Los instrumentos en cuestión son los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁸, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969)⁹, el Convenio de

El indulto y la conmutación de la pena requieren de una opinión favorable de la Corte Suprema de Justicia [...]

La amnistía es otorgada sin consultar a la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto, es una gracia autónoma de la opinión jurídica o del órgano encargado de la administración de la justicia.

Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I de 1949)¹⁰, el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio II de 1949), el Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III de 1949), el Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV de 1949)¹¹, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I de 1977)¹² y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter Internacional (Protocolo II de 1977)¹³.

La Comisión de la Verdad utiliza el mismo marco jurídico en su informe¹⁴, “el concepto de graves

7. Decreto Legislativo No. 486 del 20 de marzo de 1993, *Diario Oficial*, No. 56 del 22 de marzo de 1993.

8. Decreto Legislativo No. 173 del 10 de diciembre de 1952, *Diario Oficial*, No. 37 del 24 de febrero de 1953.

9. *Ibíd.*

10. *Ibíd.*

11. *Ibíd.*

12. Decreto Legislativo No. 12 del 4 de julio de 1978, *Diario Oficial*, No. 158 del 28 de agosto de 1978.

13. *Ibíd.*

14. Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador. De la locura a la Esperanza*, NNUU, 1993.

hechos de violencia... no se da en un vacío normativo y... por lo tanto, éste debe de analizarse en función de determinados principios [jurídicos] pertinentes... en opinión de la Comisión, los principios legales que definen los alcances de su mandato [de la Comisión de la Verdad] se encuentran en normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que son vinculantes para el Estado de El Salvador, su gobierno y los insurgentes que procuraban derrocarlo”¹⁵. Si bien, la misma Comisión argumentó que el derecho internacional de los derechos humanos es, en principio, una obligación de los estados, es decir, del gobierno salvadoreño, concluye que el FMLN



ejerció cierto poder en algunas zonas del territorio del país y, por lo tanto, habría asumido, en la práctica, las mismas obligaciones. No hay duda alguna, por otro lado, que el derecho internacional humanitario es aplicable a la guerra civil salvadoreña —conflicto armado no internacional—, tal y como lo dispone el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra (1949), así como el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, vinculante para las partes en la contienda bélica.

No es el propósito de estas páginas analizar las violaciones —tanto individuales como colectivas— al derecho de los derechos humanos y al derecho humanitario durante el período señalado, sino los efectos jurídicos de la Ley de Amnistía, en cuanto hayan desconocido las obligaciones internacionales del Estado salvadoreño, especialmente en relación con el derecho a la justicia. El Estado salvadoreño conocía sus obligaciones, en cuanto a permitir el acceso a la justicia y a brindar protección judicial (artículos 2.1., 2.3., letra a, 17 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; 1.1., 8, 11.3, 24, 25.1 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 3 común de los Convenios de Ginebra). Esto significa que en el ámbito internacional, el procedimiento penal para impartir justicia estaba definido, de tal manera que los derechos y las garantías del imputado y las víctimas del delito estaban protegidos.

No obstante, cabe señalar que la Comisión de la Verdad al llegar a la responsabilidad de los hechos cometidos y recomendar la persecución y enjuiciamiento de los indiciados, no pasó por alto el funcionamiento irregular de la administración de justicia. Desconfió de su capacidad técnica, de su independencia y de su voluntad política para hacer justicia. Sin embargo, nada de ello implicaba que los hechos —que hubiesen significado la comisión de una figura delictiva o de una empresa criminal— quedaran sin ser investigados y, por lo tanto, sin el proceso para buscar la verdad penal. De hecho, la Comisión recomendó una serie de medidas para fortalecer la administración de justicia, las cuales van desde la destitución de algunos funcionarios, jueces y magistrados del Órgano Judicial —incluso de miembros de la Corte Suprema de Justicia—, por omitir la investigación de los delitos cometidos o por encubrir sus resultados, hasta la reforma orgánica y normativa del mismo sistema judicial, para garantizar su independencia y fortalecerlo. “Ninguna de las tres ramas del poder público —judicial, legislativa o ejecutiva—”, se lee en el informe, “fue capaz de controlar el desbordante dominio militar en la sociedad. Se debilitó el sistema judicial en la medida en que la intimidación la apresó y se sentaron las bases para su corrupción: como este poder nunca había gozado de una verdadera independencia institucional de las ramas legislativa y ejecutiva, su ineficacia no

15. Thomas Buerghenthal, “La Comisión de la Verdad para El Salvador”, en *Estudios especializados de derechos humanos* 1, San José, 1996, p. 41.

hizo sino incrementarse hasta convertirse, por su inacción o actitud de lamentable supeditación, en factor coadyuvante de la tragedia que ha sufrido ese país... Estas reflexiones colocan a la Comisión frente a una serie disyuntiva. La cuestión que se plantea no es si se debe o no sancionar a los culpables, sino si se puede o no hacer justicia. La sanción a los responsables de los crímenes descritos, es un imperativo de la moral pública. Sin embargo, no existe una administración de justicia que reúna los requisitos mínimos de objetividad e imparcialidad para impartirla de manera confiable. Esta es una parte de la realidad actual del país, cuya urgente superación debe ser objetivo de primer orden para la sociedad salvadoreña..."¹⁶.

Esta disfuncionalidad del sistema judicial no fue más que el resultado de la combinación de la doctrina de la seguridad nacional con un sistema judicial inquisitivo y deficiente. La doctrina de seguridad legitimó la violencia, que desencadenó una justicia paraestatal¹⁷, ejecutada por los cuerpos de seguridad, la Fuerza Armada y las organizaciones clandestinas (los escuadrones de la muerte) y concebida como instrumento pacificador del conflicto social —ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, torturas, detenciones ilegales, etc.)¹⁸—. El sistema formal de justicia, por su parte, omitió investigar las violaciones de los derechos humanos

y los crímenes de guerra, pero además, tanto el Código Procesal Penal de 1973 como las leyes de emergencia¹⁹ tenían una orientación procesal de carácter inquisitivo. Lo cual favorecía al clima de abuso del poder estatal sobre el ciudadano común y el encubrimiento de la actividad delictiva de los funcionarios o personajes cercanos al poder estatal.

Es por eso que cuando se pone en entredicho una ley de amnistía, no sólo ha de cuestionarse como instrumento para otorgar perdón —que sería el caso, en sentido estricto, del indulto y la conmutación de la pena—, sino como medio para asegurar la paz. En este sentido, la amnistía es un ocursio de gracia fundamentado en una idea de justicia amplia, al apoyarse en la tolerancia y la paz. Es la paz conseguida por medio del olvido.

La investigación del delito y la acción penal por parte de la Fiscalía General de la República eran completamente desconocidas, bajo el sistema procesal penal de 1973 —ya derogado—, pues el juez era quien debía ordenar las diligencias para la investigación del hecho punible, de oficio o a petición de parte, y luego decidía de manera oficiosa. Aunque, en realidad, quien decidía quién era criminal o no eran los

mismos cuerpos de seguridad pues, en la práctica, sólo capturaban al delincuente común, que no gozaba de su simpatía o protección. No debe olvidarse que junto a la pasividad del sistema judicial para investigar el delito relacionado con la violación de los derechos humanos y del derecho humanitario, se vulneraron los derechos fundamentales de las personas sobre quienes cayó el peso de la maquinaria estatal, al no permitir un juicio en el cual se pudieran presentar y discutir las pruebas que demostraban la culpabilidad del imputado con todas las garantías²⁰.

16. Comisión de la Verdad, *op. cit.*

17. Ver Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Informe definitivo sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador que presenta el Profesor José Antonio Pastor Ridruejo a la Comisión de Derechos Humanos en cumplimiento del mandato concedido por la resolución 1983/29 de dicha Comisión*, Comisión de Derechos Humanos, 19/01/84; Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Informe definitivo sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador que presenta el Profesor José Antonio Pastor, en cumplimiento del mandato conferido por la resolución 1991/75 de la referida Comisión*, Comisión de Derechos Humanos, 16/01/92; Grupo Conjunto, *Informe Grupo Conjunto para la Investigación de Grupos Armados Ilegales con Motivación Política*, San Salvador, 07/94.
18. Grupo Conjunto para la Investigación de Grupos Armados con Motivación Política, *Informe del Grupo conjunto para la investigación de grupos armados con motivación política*, San Salvador, 1994.
19. Desde la vigencia de la Constitución de 1983, hubo dos grandes períodos de regímenes de excepción: del 28 de diciembre de 1983 al 27 de enero de 1987 y del 12 de noviembre de 1989 al 11 de abril de 1990.
20. Confróntense los siguientes informes que contienen relatos sobre violaciones al derecho a un debido proceso penal, durante la vigencia del Código Procesal Penal de 1973: División de Derechos Humanos, *VI Informe del*

4.2. Los tratados internacionales y la responsabilidad del Estado

Los tratados internacionales son acuerdos voluntarios, los cuales pueden constar de un instrumento único o de varios, cualquiera que sea su denominación o su formalización, y destinados a tener efectos jurídicos en el derecho internacional (Artículo 3, Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). La denominación de un acuerdo internacional —convención, tratado, pacto, carta, etc.— carece de importancia, puesto que siempre se rige por las mismas normas de validez, eficacia, cumplimiento, interpretación y extinción. Los sujetos de los tratados son los mismos sujetos del derecho internacional, los estados y las organizaciones internacionales; lo realmente importante es que éstos manifiesten su consentimiento para asumir los compromisos o derechos regulados en el instrumento en cuestión. Las funciones de los tratados en el derecho internacional son, “de una parte... instrumentos jurídicos mediante los que los Estados pueden limitar o modificar las competencias que el derecho internacional les concede y reconoce; de otra, son un cauce jurídico para la satisfacción y regulación de intereses comunes de los estados”²¹.

El régimen de los tratados, en el ámbito internacional, descansa en el principio *pacta sunt servanda*, el cual la Convención de Viena de 1969 formula de la manera siguiente: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe” (Artículo 26). Esto significa que los estados que han asumido el cumplimiento de ciertas obligaciones, estipuladas en un tratado, deberán llevarlas a cabo. No es admisible, en consecuencia, invocar disposiciones del derecho interno (la Constitución, la ley o la jurisprudencia) ni situaciones de hecho para justificar el incumplimiento de un tratado o de alguna de sus disposiciones (Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados).



Por lo tanto, en el ámbito internacional, los tratados internacionales ocupan una posición jerárquica superior al derecho interno de los propios estados.

Según el principio *pacta sunt servanda*, la comunidad internacional considera que la violación, por acción u omisión, de un compromiso derivado del derecho internacional convencional o aun consuetudinario por parte de un Estado u organización internacional lo hace responsable de la misma. Todo incumplimiento que produzca un daño permite reclamar al Estado responsable su reparación. El acto ilícito internacional es atribuible al Estado por acción u omisión de cualquiera de sus órganos internos —Asamblea legislativa, Órgano Judicial, Órgano Ejecutivo, etc.—, aun cuando se pueda alegar exceso de las tareas asignadas. Asimismo, el Estado es responsable de la actuación de sus agentes que vulneren el derecho internacional. Al Estado le corresponde asegurar que los individuos no realizarán actos en su territorio que pongan en peligro los compromisos asumidos y, en caso que lo hagan, debe investigarlos y castigarlos. Buerghental²² afirma, en relaciones a las obligaciones vulneradas en materia de derechos humanos, que “es irrelevante, de acuerdo con los principios del dere-

director de la División de derechos humanos al Secretario General (julio 1992-enero 1993); División de Derechos Humanos, VII Informe del director de la División de derechos humanos al Secretario General (febrero 1993-abril 1993); División de Derechos Humanos, VIII Informe del director de la División de derechos humanos al Secretario General (mayo 1993-julio 1993).

21. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, 1999, p. 105.

22. Thomas Buerghental y otros, *Manual internacional de derechos humanos*, Caracas-San José, 1990, p. 180.

cho internacional general, que el órgano o funcionario haya procedido en violación del derecho interno o fuera del ámbito de su competencia. En efecto, lo decisivo, según los mismos principios, es que actúe aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial como órgano o funcionario. Por lo demás, de acuerdo con el régimen jurídico de la responsabilidad internacional, la imputación al Estado de los hechos ilícitos de sus agentes se rige por las reglas del derecho internacional y no por las del derecho interno". Sin embargo, el Estado no es responsable de los actos u omisiones cometidos por los particulares; pero puede incurrir en responsabilidad internacional si no los previene de forma diligente o, en caso de que hayan sucedido, si no les impone la sanción correspondiente.

La reparación del daño producido por una actuación ilícita de relevancia internacional puede ser exigida por el Estado que se considera lesionado; el reclamo también puede apoyarse en el daño producido a los ciudadanos del Estado responsable. En el caso del derecho internacional de los derechos humanos, las víctimas de los actos ilícitos cometidos por el Estado son los que puede reclamar la reparación de los daños producidos en sus derechos y, o libertades, a través de los cauces establecidos en los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos.

4.3. El derecho internacional de los derechos humanos

La doctrina del derecho internacional de los derechos humanos reconoce, en gran medida, que su fuente tiene un origen convencional²³, es decir, los "tratados" internacionales, en particular aquellos con carácter multilateral. Ello no obsta, sin embargo, para que ciertos principios contenidos en la Carta de Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre formen parte de los principios imperativos del derecho internacional, obligatorio para los

estados (*ius cogens*). Los tratados internacionales de derechos humanos pretenden establecer un régimen jurídico común, que garantice la dignidad de la persona y el ejercicio de sus derechos. Dicho de otra forma, los estados que han asumido estos compromisos internacionales están obligados a respetarlos sin excluir a ninguna persona que se encuentre en su jurisdicción. Por lo tanto, el Estado es el primero que está obligado a proteger a la persona, reparar aquellos derechos que hubiesen sido vulnerados e indemnizar a la víctima.

Esta obligación estatal implica que cualquier violación por causa imputable al Estado es, en sí misma, una violación a sus obligaciones internacionales. El compromiso de respetar y garantizar los derechos de la persona se encuentra en los artículos 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y en el 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. El establecimiento de un orden jurídico para proteger los atributos de la persona y la obligación de instaurar un sistema de tutela se resumen en "respeto" y "garantía" de los derechos humanos. Por lo tanto, el deber de *respetar* los derechos fundamentales obliga al Estado a adecuar su sistema jurídico interno, inclusive el jurisdiccional, a los mandatos del derecho internacional —artículos 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y 2 de la Convención Americana de Derechos del Hombre—. En efecto, es competencia del Estado organizar de tal manera a los poderes públicos que los derechos humanos queden protegidos y de tipificar en la ley penal las conductas que los lesionen. Además, impone a los agentes estatales adoptar una actitud positiva en cuanto a preservar la dignidad humana y les impide utilizar, directa o indirectamente, la fuerza pública para violar los derechos consagrados.

Aparejada a la obligación estatal de respetar los derechos humanos, se encuentra la obligación de *garantizar* el libre ejercicio de aquellos derechos reconocidos por el derecho internacional convencional. O sea que se impone al Estado el deber

la amnistía debe ser otorgada conforme a un criterio objetivo, *in rem*, no en consideración a una o varias personas, sino teniendo en cuenta la infracción cometida y el beneficio a todos aquellos que la cometieron.

23. *Ibid.*, p. 177.

de asegurar la efectividad de los derechos de toda persona que se encuentra en su jurisdicción, previniendo razonablemente las conductas lesivas a esos derechos. Tanto la Convención Americana como el Pacto Internacional de Derechos Civiles disponen que si un derecho humano reconocido es violado, los estados parte están obligados a adoptar las medidas que permitan restablecer el derecho violado, a reparar el daño causado por la violación y a perseguir y sancionar a los responsables.

El Estado debe, pues, establecer un sistema normativo y judicial eficaz para proteger los derechos fundamentales, como lo dispone el art. 1.1. de la Convención "establece el compromiso —dice la Corte Interamericana— de los propios estados partes de respetar los derechos y las libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción... en consecuencia, si por cualquier circunstancia no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección en ella previstos"²⁴. De ahí que sean los jueces y tribunales de los estados los que tienen la obligación principal de tutelar el acceso a la justicia a quien le ha sido violado un derecho humano, reconocido en los instrumentos internacionales vigentes —artículos 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y 25 de la Convención Americana—. Por eso y en el mismo sentido, el sistema de protección internacional e interamericano requiere que primero se agoten los recursos internos antes de acudir a ellos, lo cual enfatiza su naturaleza subsidiaria, puesto que la tutela de los derechos humanos es una función primaria de los órganos jurisdiccionales internos²⁵.

4.4. El derecho internacional humanitario

En los artículos 1 de los cuatro Convenios de Ginebra y 1 del Protocolo Adicional I se establece

el compromiso de las partes contratantes de respetar y hacer respetar los tratados de derecho internacional humanitario. Esto implica que los estados han asumido el deber de asegurar que sus órganos internos y sus agentes respeten el contenido de los Convenios y, en consecuencia, tienen el deber jurídico de asegurar que esas disposiciones sean respetadas por otros estados signatarios. De aquí se derivan las reglas que prohíben toda exclusión de responsabilidades relativas a infracciones graves de los Convenios de Ginebra —artículos 51, 52, 131 y 148—, señaladas en los artículos 50, 51, 130 y 147. Al mismo tiempo, se establece que los derechos protegidos por los Convenios son inalienables —artículos 7 y 8—. El deber de hacer respetar las obligaciones de los Convenios de Ginebra otorga a los estados parte poder para actuar en orden a asegurar, en un conflicto armado internacional o no internacional, el cumplimiento completo del derecho internacional humanitario²⁶. Esta misma obligación permite también a las partes reclamar a otros estados las medidas internas que fuesen necesarias para asegurar su respeto, como la adopción de leyes, tribunales, etc.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I (conflictos internacionales) establecen que los estados parte están obligados a adoptar aquellas medidas legislativas necesarias para definir las figuras delictivas y su respectiva sanción penal. Por ello, los estados están en la obligación de prevenir la comisión de actos contrarios a dichos Convenios y al Protocolo, y también están obligados a investigar, juzgar y sancionar penalmente a quienes resultaran responsables de una conducta antijurídica con consecuencias internacionales. Ahora bien, en conflictos internacionales como los de Ruanda y Yugoslavia no ha resultado fácil la aplicación del derecho penal del internacional humanitario. La burla a los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario ha sido tan escandalosa,

24. Ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29/08/86.

25. Ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87. Ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, del 29/07/1988. Serie C., No. 4.

26. Ver Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, *Nicaragua/Estados Unidos (Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y en contra de ella)*. En esta decisión, la Corte condenó a Estados Unidos por violentar el Art. 3 común de los Convenios de Ginebra.

que la comunidad de naciones estableció tribunales penales *ad hoc* de carácter internacional para juzgar crímenes internacionales²⁷. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, amparado en el Capítulo VII de la Carta —Resolución 827 del 25 de mayo de 1993—, creó el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia²⁸, y luego creó otro para Ruanda —Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994—. Muy recientemente, después de largas negociaciones en Roma, se adoptó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, una instancia de carácter permanente para juzgar los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Los conflictos armados no internacionales —como la guerra civil en El Salvador y Guatemala— se rigen por el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo Adicional II. Dicho Artículo 3 común y los artículos 4 y 6 del Protocolo obligan a los contendientes a un determinado comportamiento, según el cual deben respetar los derechos humanos básicos como la vida, la libertad, la integridad, la prohibición de la tortura y la práctica del juicio, incluidas sus garantías —aplicables a las situaciones de emergencia, reguladas por los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos—. Según el derecho internacional humanitario, los derechos y las garantías fundamentales de la persona —incluso las del debido proceso— no pueden ser suspendidas en “estado de emergencia” o en “regímenes de excepción”.

Así, pues, en el caso de conflicto armado no internacional se da una convergencia entre el sistema de protección de los derechos humanos y el

derecho internacional humanitario, tal como lo afirma Cancado Trindade²⁹, “hay una identidad entre el principio básico de la garantía de los derechos humanos fundamentales en cualquier circunstancia y el principio fundamental del derecho de Ginebra, según el que serán tratadas humanamente y protegidas las personas fuera de combate y las que no tomen parte directa en las hostilidades...”.

En El Salvador, la Ley de Amnistía pone en libertad a aquellas personas que estuvieran guardando prisión por delitos cometidos y vinculados a la violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, asimismo, deja sin efecto las órdenes de captura dadas contra determinados individuos acusados de los mismos delitos y suspende los procesos de investigación judicial por tales ilícitos, puesto que sus responsables ya no tendrían responsabilidad penal ni civil al quedar extinta la acción penal —Artículo 4 de la Ley de Amnistía—. En resumen, todas aquellas actividades delictivas que resultaron de los hechos ocurridos durante el conflicto armado interno, en el que se irrespetan las reglas internacionales, han quedado sin ser investigadas ni enjuiciadas.

Es así como a las víctimas se les ha negado el acceso a un proceso penal para reclamar la aplicación de la pena por la comisión de delitos; tampoco se les ha permitido reclamar reparación civil por los daños producidos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la obligación de los estados a organizarse de tal forma que aseguren el ejercicio de los derechos fundamentales. Según esto, los estados deben prevenir, investigar

27. Ejemplo de esta tendencia puede encontrarse en la Resolución 808 (1993) sobre el conflicto de la ex Yugoslavia, en la que el Consejo de Seguridad decide establecer un tribunal internacional “para perseguir a las personas responsables de violaciones contra el derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991”.

28. Comisión de Derechos Humanos (NNUU), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Kuwait bajo la ocupación irakí* preparado por Walter Kälin (E/CN.4/1992/26). Para el relator, existen tres grandes principios de derecho consuetudinario aplicables a situaciones de conflicto armado —sea nacional o internacional—. Estos principios son: “(i) que el derecho de las partes a escoger los medios y los métodos de combate, es decir, el derecho de las partes implicadas en un conflicto sobre los medios de agresión al enemigo no es ilimitado; (ii) que debe distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y la población civil, de forma que esta última sea preservada tanto como sea posible; y (iii) que se prohíbe lanzar ataques contra la población civil como tal”. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 10.488 Ignacio Ellacuría y otros* (Informe No. 136/99 del 22/12/99), párrafo 159 y 160.

29. Antonio Augusto Cancado Trindade, “Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos”, en *Protección de la persona en situaciones de emergencia*, San José, 1996, p. 42.

y sancionar toda violación de los derechos fundamentales recogidos en la Convención Americana y reparar los daños producidos, incluyendo los reconocidos por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II: "si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción... la obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa"³⁰.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su lado, ha declarado que las leyes de amnistía impiden que el Estado cumpla con su obligación de respetar los derechos y las libertades reconocidas, suprimiendo la posibilidad para investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de su violación³¹.

En consecuencia, el Estado salvadoreño no puede alegar la aplicación de la Ley de Amnistía para desconocer los compromisos adquiridos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969), los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional (Protocolo II de 1977). Es decir, el Estado no puede invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

5. El fallo de la Sala de lo Constitucional sobre la Ley de Amnistía

En lo que sigue haremos una recensión de las más recientes consideraciones jurisprudenciales sobre la amnistía. Para ello observaremos la sentencia del 26 de septiembre de 2000, a raíz del proceso de inconstitucionalidad número 24-97/21-98 contra los Arts.1 y 4 del Decreto Legislativo No. 486, de 20 de marzo de 1993, publicado en el *Diario Oficial* No. 56, Tomo 318, correspondiente al 22 de marzo de 1993, que contiene la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz.

El análisis incluye la identificación previamente de los artículos objeto de la discusión de inconstitucionalidad. Siguen los principales argumentos, máximas o axiomas que la Sala utiliza para pronunciar un fallo desestimatorio de inconstitucionalidad. El espíritu de este ejercicio se centra sobre la base de pensar con mensaje dialéctico las palabras de la magistratura constitucional. Pretendemos proponer otros cauces interpretativos para la formación de las decisiones judiciales. Por ello nuestro esquema propone la síntesis de lo interpretado por la Sala y luego un apartado sucesivo en que se mencionan posibles peligros del modo de argumentar.

En El Salvador, la Ley de Amnistía pone en libertad a aquellas personas que estuvieran guardando prisión por delitos cometidos y vinculados a la violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [...] a las víctimas se les ha negado el acceso a un proceso penal para reclamar la aplicación de la pena por la comisión de delitos; tampoco se les ha permitido reclamar reparación civil por los daños producidos.

De este modo nos centramos en la actitud de la jurisprudencia sobre la soberanía constitucional; sobre la reacción de la Sala para definir el orden fundamental objeto de la tutela constitucional; en las consideraciones sobre los tratados de derechos humanos que han sido deportados históricamente del enjuiciamiento constitucional, sea por no per-

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez* (Sentencia del 29/07/1988).

31. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 10.488 Ignacio Ellacuría y otros* (Informe No. 136/99 del 22/12/99), párrafo 200 y 205. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.481 Monseñor Oscar Arnulfo Romero* (Informe No. 37/00 del 13/04/00), párrafo 123-135.

tener al bloque de constitucionalidad, por servir simplemente como herramienta de desarrollo de los contenidos de los derechos constitucionales, o bien por significar sobre todo obligaciones genéricas con los Estados-parte más que con los miembros internos de la comunidad política. Destacamos por último el papel de los jueces para juzgar la constitucionalidad o no de los delitos amnistiados.

5.1. Artículos de los que se predica inconstitucionalidad

Los artículos cuestionados establecen lo siguiente:

Art. 1. Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos dos, ya sea que contra dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los hechos delictivos antes referidos. La gracia de la amnistía se extiende a las personas a las que se refiere el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional, contenida en el Decreto Legislativo Número 147, de fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos y publicado en el *Diario Oficial* Número 14, Tomo 314 de la misma fecha.

Art. 4. La gracia de amnistía concedida por esta ley producirá los efectos siguientes: a) si se tratare de condenados a penas privativas de libertad, el juez o tribunal que estuviere ejecutando la sentencia decretará de oficio la libertad inmediata de los condenados, sin necesidad de fianza; igual procedimiento aplicará el Tribunal que estuviere conociendo, aun cuando la sentencia no estuviere ejecutoriada; b) si se tratare de ausentes condenados a penas privativas de libertad, el Juez o Tribunal competente levantará de oficio inmediatamente las órdenes de captura libradas en contra de ellos,

sin necesidad de fianza; c) en los casos de imputados con causas pendientes, el juez competente decretará de oficio el sobreseimiento sin restricciones a favor de los procesados por extinción de la acción penal, ordenando la inmediata libertad de los mismos; ch) si se tratare de personas que aún no han sido sometidas a proceso alguno, el presente decreto servirá para que en cualquier momento en que se inicie el proceso en su contra por los delitos comprendidos en esta amnistía, puedan oponer la excepción de extinción de la acción penal y solicitar el sobreseimiento definitivo; y en el caso de que fueren capturadas, serán puestas a la orden del juez competente para que se decrete su

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su lado, ha declarado que las leyes de amnistía impiden que el Estado cumpla con su obligación de respetar los derechos y las libertades reconocidas [...]

libertad; d) las personas que no se encuentren comprendidas en los literales y que por iniciativa propia o por cualquier otra razón deseen acogerse a la gracia de la presente amnistía, podrán presentarse a los jueces de Primera Instancia respectivos, quienes vistas las solicitudes extenderán una constancia que con-

tendrá las razones por las que no se les puede restringir a los solicitantes sus derechos que les corresponden como ciudadanos; y e) la amnistía concedida por esta ley, extingue en todo caso la responsabilidad civil.

5.2. Argumentos centrales de inconstitucionalidad

Actos soberanos y competencias legislativas

La Sala cambia de criterio en el pensar de la jurisdicción constitucional. En ocasiones anteriores había rechazado las peticiones de inconstitucionalidad sobre la base de no poder controlar criterios políticos. Técnicamente sobreseyó y declaró improcedente las solicitudes de inconstitucionalidad de los Arts. 2 de la Ley de Reconciliación Nacional; y de los Arts. 1, 2 y 4 de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. En este contexto la magistratura constitucional se autolimitó para no intervenir en competencias y facultades propias de cada entidad estatal. Pretendía un respeto a las atribuciones de la Asamblea Legislativa, que al imponer la Amnistía, había ejercido sus potestades con criterio político.

La sentencia actual desglosa los argumentos para entrar a conocer sobre el fondo, no ya mirando la amnistía como una gracia, prerrogativa, clemencia producto del ejercicio de la soberanía, sino acentuando su carácter no político, en cuanto competencia del órgano legislativo, ejercicio de sus atribuciones productoras de legislación. Es decir, la amnistía se mira como una norma jurídica no como acto político o de conveniencia. La justificación para conocer la reclamación se centra en el carácter laico que evidencia la promulgación de una ley, no como producto de un acto soberano, sino como un acto-potestad de lo producido por el legislador. En otras palabras, no se trata de controlar los criterios que imperan en el orden de la política, de la soberanía, de las razones de conveniencia sino en el hecho de la competencia para producir una legislación derogatoria, retroactiva y temporal. Se valida el conocimiento de la reclamación por el alto grado de similitud que tiene con la aplicación de leyes penales que favorecen al reo de un delito. No escindir estos dos sentidos de la amnistía llevaría a una solución que irrespete la separación e independencia de cada órgano del Estado. Núcleo central e intocable por la jurisdicción como es la conveniencia en la adopción de una medida legislativa.

Peligro de argumentación:

La Asamblea Legislativa no produce actos soberanos, pero tiene competencias de creación normativa. Lo soberano politiza, la visión normativa permite el enjuiciamiento constitucional.

El argumento podría distorsionar el sistema político reconocido por la Constitución. Hay una contradicción irreconciliable. La Asamblea Legislativa produce normas pero sin representación popular. La afirmación de la magistratura constitucional que la Asamblea Legislativa no ejerce actos de soberanía, vacía de contenido la legitimación que la Constitución coloca en el pueblo, respecto de la actividad parlamentaria. Sin embargo, la afirmación negadora de la soberanía asamblearia, bien pudo tomar otro camino. Tal que entendamos la muerte de la soberanía política de los poderes que se encuentran en el fondo del consenso social. Dejando a un lado la necesaria existencia de una fuerza concretamente identificable portadora del poder último.

Ahora la soberanía es atributo de la Constitución misma.

El orden fundamental y la Constitución

La Sala rechaza que para declarar inconstitucional la Ley de Amnistía sea válido fundar razones en los tratados de derechos humanos. Solamente se reconocen como justificaciones válidas las que se funden en el articulado constitucional.

La jurisdicción constitucional parte de la idea que la Constitución se defiende con razones que están en el mismo texto constitucional. Para identificar si los argumentos mencionados por los quejosos tienen sustento constitucional, la Sala emprende una labor definitoria de que es la Constitución. Luego si los tratados de derechos humanos son norma constitucional, entonces las justificaciones basadas en los tratados de derechos humanos tendrían que tomarse en cuenta para valorar la inconstitucionalidad de la norma producida por el legislador.

La defensa de la Constitución implica un reconocimiento del objeto que se trata de defender. La protección de la Constitución implica decir que es la Constitución. Todas las ideas que la Sala expresa para definir la Constitución fusionan un contenido centralizado y limitado al texto, con marcada evidencia formal. Aunque a veces la fraseología de la Sala aparentemente evoca un contenido amplio. La Constitución es un orden fundamental, es un orden político que está basado en el Estado de Derecho, en la autodeterminación del pueblo por la mayoría, en la libertad e igualdad. La Constitución se asienta sobre la base de principios rectores, los que hay que defender, como el respeto a los derechos humanos, soberanía popular, división de poderes, legalidad de la administración, la independencia de los jueces y tribunales y el principio de pluralidad de partidos.

Peligro de argumentación:

Los tratados de derechos no son alegables ante la jurisdicción constitucional.

Imbert señala que la defensa de los derechos humanos afecta el núcleo del régimen político, "a eso que cualquier Estado considera valores esenciales de la sociedad que regenta"³². La sentencia

32. Pierre Henri Imbert. Los Derechos Humanos en la Actualidad. En Monografías Jurídicas. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Coordinador Antonio Enrique Pérez Luño. Marcial Pons- Madrid. 1ª Edición 1996, p. 73.

también alude a principios rectores que hay que defender como es el respeto de los derechos humanos. Entonces, grave sospecha debe haber sobre la decisión de defender a la Constitución, pero no a los derechos humanos. Más grave si estos conforman principios rectores de un orden fundamental.

El bloque de constitucionalidad

El enfoque para defender la Constitución identificando el objeto, lleva a suponer que los tratados de derechos humanos no forman parte de la Constitución. Ni por un camino de comprobación literal, ni por la revisión argumentativa. La formulación correcta, dicho de otro modo, es que los tratados de derechos humanos no forman parte de un bloque de constitucionalidad.

Los bloques de constitucionalidad son elaboraciones de la doctrina constitucional, que extienden el texto constitucional a otras normas que no han sido producidas propiamente como norma constitucional. Es decir, no han sido hechas por el legislador constitucional, pero dado el grado de importancia y su funcionalidad vertebral en un sistema jurídico nacional, deben o terminan siendo consideradas con la misma naturaleza del texto originalmente producido por el poder constituyente. Asociando el concepto de bloque de constitucionalidad, y bajo la técnica del derecho comparado, la Sala no reconoce que los tratados de derechos humanos formen parte de la Constitución salvadoreña de 1983. La Sala referencia la variedad de modelos de bloques de constitucionalidad que existen en otros países —Francia, España, Italia y Panamá— y concluye que los tratados de derechos humanos en nuestro país no tienen una superioridad especial.

Peligro de argumentación:

Recorre al contenido de bloques de constitucionalidad de diferentes países, y deduce que los tratados de derechos humanos no forman un bloque de constitucionalidad en nuestro país.

Lo controvertible de la situación es que la creación de los bloques de constitucionalidad obedecen, y allí su razón de ser, a una voluntad judicial que entra en subsidio a las omisiones del legislador. La decisión de los jueces constituciona-

les impera en la formación de los bloques de constitucionalidad dada la importancia de las normas que originalmente no tenían la calidad constitucional, y que deben compartir igual naturaleza a partir de la decisión judicial. Aunque el legislador parlamentario puede decidir la formación de los bloques de constitucionalidad, la falta de actividad de este retoma un llamado para los jueces, quienes han de distinguir la necesidad de incorporar a la Constitución normas vitales a la comunidad nacional. La ilusión de bloques de constitucionalidad surge hoy en día como respuesta subsidiaria de los jueces ante las omisiones normativas del legislador central.

Por otra parte, el análisis comparado de los bloques de constitucionalidad que se realiza en la sentencia no menciona que en Argentina algunos tratados de derechos humanos son normas constitucionales por designación del Constituyente, que en Costa Rica lo son por voluntad judicial y que en España los derechos constitucionales deben ser interpretados conforme a los tratados de derechos humanos. El caso español es más importante todavía puesto que los tratados tienen en el "fondo" o en la "práctica" una tenue superioridad especial. Puesto que la jurisprudencia constitucional española se ha reducido a repetir el contenido de los derechos humanos según las definiciones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Karl Peter Sommermann destaca que cada vez son más los estados que interpretan los derechos fundamentales a la luz de los textos internacionales. Canadá, por ejemplo, no ha suscrito y no puede suscribir la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, y recurre a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar los derechos fundamentales nacionales. La Constitución portuguesa ordena expresamente que los derechos constitucionales deben interpretarse conforme los tratados de derechos humanos. En la República Federal, el Tribunal Constitucional Federal, en la resolución de 26 de marzo de 1987, ha establecido taxativamente que "en la interpretación de la ley fundamental" deben tomarse en consideración el contenido y el nivel de desarrollo de la Convención Europea de Derechos Humanos³³.

33. Karl Peter Sommermann, "El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948", en *Monografías Jurídicas. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, coordinador Antonio Enrique Pérez Luño, Marcial Pons- Madrid, 1ª edición, 1996, p. 109.

El *Pacta Sunt Servanda* en los derechos humanos

La sentencia diagnóstica que no hay razón suficiente en el *Pacta Sunt Servanda* para que los tratados de derechos humanos sean objeto de fundamento para un control de constitucionalidad. El principio impera para todos los tratados internacionales y no exclusivamente con los de derechos humanos.

Peligro de argumentación.

El principio de Pacta Sunt Servanda no es exclusivo de los tratados de derechos humanos.

La posición es simplemente curiosa. Los demandantes alegaron un rigor especial del *Pacta Sunt Servanda* en los tratados de derechos humanos. Los demandantes recurren a una *razón mayor*, una *justificación de un deber más fuerte de respeto*, que hay en los tratados de derechos humanos respecto de los tratados en general. La discusión no se centra en si ambas clases de tratados comparten el mismo principio, sino donde opera con mayor fuerza. Si el deber de respetar los tratados de derechos humanos se replantea con un énfasis virtualmente distinto que en los tratados en general, al menos debe haber una cautelosa esperanza para que los derechos humanos sean protegidos y argumentados en la jurisdicción constitucional. El control constitucional debería consumir la protección sobre la base de importancia que acontece en los derechos humanos y según la formulación jurídica que la jurisdicción constitucional es la última barrera de protección.

Desarrollo de los derechos constitucionales

La Sala acredita el desarrollo de los derechos constitucionales a los tratados en derechos humanos. El papel de los tratados de los derechos humanos para configurar en mejor forma las manifestaciones y cualidades de los derechos fundamentales, se debe a la naturaleza misma de las normas constitucionales. Las reglas constitucionales se caracterizan por ser concentradas y escuetas, regulan lo esencial. Por lo que se requiere de otras normas, en este caso la de los tratados de derechos humanos, para que concreten o especifiquen los

contenidos constitucionales. Por el hecho del papel de concreción que desempeñan las normas constitucionales, adquieren importancia en los procesos de hábeas corpus y amparo, más que en el de inconstitucionalidad.

Peligro de argumentación.

La Sala [de lo Constitucional]
rechaza que para declarar
inconstitucional la Ley de Amnistía
sea válido fundar razones en los tratados
de derechos humanos.

Los tratados de derechos humanos desarrollan los contenidos constitucionales, aun así, no son invocables ante la jurisdicción constitucional.

El punto crítico de esta nueva afirmación es que puede llevar a una contrargumentación sofista.

Si los tratados hacen más claro lo que la Constitución quiso decir, si la claridad de la intención constitucional se especifica en los tratados, resulta dudoso que se pueda vedar la tutela de los contenidos de los tratados cuando no hacen más que manifestar lo producido escuetamente en la norma constitucional.

Inconstitucionalidad indirecta

La inconstitucionalidad se evalúa desde la afectación directa a la Constitución. Una ley por ejemplo puede contrariar el texto de la Constitución de manera directa. Sería inconstitucional el contenido de una ley que previera que las noticias de los medios de comunicación serán revisadas por un ente contralor del Estado antes que estas sean difundidas o publicadas. El contenido de la ley afecta directamente el contenido del Art. 6 de la Constitución que prohíbe la censura. Lo novedoso de la argumentación que aparece en la sentencia es que se trata de modular una inconstitucionalidad indirecta. Aquí no es que una ley choca directa y frontalmente con la Constitución, sino de manera indirecta. El caso es el siguiente. La ley debería ser inconstitucional porque contraría un tratado, dado que si la Constitución establece que los tratados no pueden ser modificados o derogados por una ley, el hecho que la ley sea aplicada con preferencia al tratado sobrevendría en una inconstitucionalidad.

La sentencia desestima este nuevo argumento de violación indirecta de la Constitución. La Ley de Amnistía por el hecho de contrariar un Tratado no es inconstitucional, aunque la Constitución pro-

híba la modificación o derogación de parte de leyes ordinarias. La Sala es del criterio que la Constitución proporciona una regla para resolver las antinomias, la infracción a la regla constitucional no es *per se* inconstitucional.

Peligro de argumentación

La ley que contraría un tratado no es inconstitucional. Debe resolverse bajo las reglas solucionadoras de antinomias. En definitiva es problema de aplicación no de inconstitucionalidad.

La construcción constitucional que interpreta la prohibición constitucional que señala que las leyes no deben contrariar los tratados, huelga recordar en la prohibición constitucional al legislador. Únicamente apunta la verdad jurídica hacia el campo judicial, no al parlamentario. La regla constitucional de no contradicción entre ley y tratado tiene dos dimensiones, una que obliga al legislador a abstenerse a producir normas contradictorias a los derechos humanos, y otra, en caso de acontecer tal falla en la configuración de las normas, configura un deber subsidiario que corresponde al juzgador. Por eso la regla Constitucional no podría observarse únicamente como problema de resolución de antinomias, sino también con efecto nugatorio al hacer normas contrarias a la regla constitucional, que manda no crear normas legales que enfrenten a los tratados.

Los delitos objeto de la gracia

La Sala ingresa a las características y circunstancias de los delitos que pueden ser objeto de la amnistía. Un patrón dificultoso que intenta saltar es el problema de la amnistía de los delitos que se cometieron dentro del período presidencial en que se otorgó la amnistía.

Parte de la idea que hay delitos *que son* amnistiables en el período presidencial que se cometieron. Por el contrario, también hay delitos que *no son* amnistiables en el período en que se cometieron. Para diferenciar las dos posibilidades recurre al sustento de la regla general y de la excepción.

La *regla general* que señala la Constitución es que los delitos *pueden ser* amnistiados en el período presidencial en que se cometieron, siempre y cuando sean delitos *que no* atentan la Constitución o contra el orden constitucional. En cambio, la *excepción* sería que los delitos *no pueden ser* amnistiados en el período presidencial en que se

cometieron *si* *atentan* contra la Constitución y el orden constitucional.

Los delitos a que se refieren las reglas constitucionales son los delitos cometidos por un número de personas que no baje de veinte, cometidos por funcionarios públicos. Comprenden delitos políticos, comunes conexos.

Peligro de argumentación

La prohibición o no de amnistiar delitos que se cometieron dentro del período presidencial en el que se promulga la amnistía depende si los delitos atentaban o no contra el orden constitucional. En caso afirmativo, existe prohibición de amnistiar; en caso negativo, es decir si no atentaban contra el orden constitucional, no existe tal prohibición constitucional.

La posición que adopta la Sala se genera desde un análisis bifronte, cuando bien pudo ser complementario. En lenguaje que sustenta la argumentación reproduce el idioma de las reglas generales y las excepcionales, cuando bien pudo ser el de las reglas que aparecen en una parte de la Constitución, y que se completan con reglas establecidas por otra parte de la Constitución.

Sigue además bajo este análisis sistemático que hemos llamado de argumentación complementario, el paralelo de las condiciones simples o compuestas que impone la Constitución. La Sala observa el eje para validar el poder de amnistiar o no en los delitos que atenten contra el orden constitucional, junto al hecho del período presidencial en que se dicta el decreto de amnistía. *Cuando en verdad el período presidencial no está sujeto a un razonamiento condicionador.* No se puede resistir indiscutiblemente al análisis lógico que nadie puede perdonarse así mismo. El autoperdón no existe y resulta totalmente inválido para producir consecuencias jurídicas dentro del derecho. Sería como pretender que el juez se absuelva asimismo cuando ha cometido delitos en el ejercicio de sus funciones.

Por ello, la prohibición de no amnistiar únicamente va de la mano de la condición de los delitos que atentan contra la Constitución o el orden de la Constitución. No es muy coherente a nuestro modo de ver, crear fictamente una condición compuesta por el período presidencial en que se cometieron y en que se otorga la amnistía. Dicho de otro modo, el legislador constitucional prohibió amnistiar durante el período presidencial delitos

que se cometieron dentro del mismo, para todos los casos en que se suscitara la amnistía, fueran o no contra el orden constitucional. Validar la amnistía de delitos que no son contra el orden constitucional, y que se amnistían durante el período presidencial, haría irreconocible la institución del perdón. Es razonable entender que el legislador creó una prohibición genérica para no amnistiar durante el período presidencial en que se cometieron y no una excepción bajo condición compuesta.

La reparación de los derechos fundamentales

La amnistía no debe impedir la protección, conservación y defensa de los de los derechos fundamentales de la persona humana. Por lo tanto, la amnistía es aplicable solo para aquellos delitos que no persigan la reparación de un derecho fundamental. No hay afectación de derechos fundamentales en los delitos políticos cuando la víctima es el Estado. En los delitos comunes no todos afectan derechos fundamentales. En los delitos comunes conexos con los políticos, la amnistía es válida en la medida en que el delito político con el cual tiene conexión es susceptible de ser amnistiado. La Sala identifica los derechos fundamentales como categorías jurídicas subjetivas.

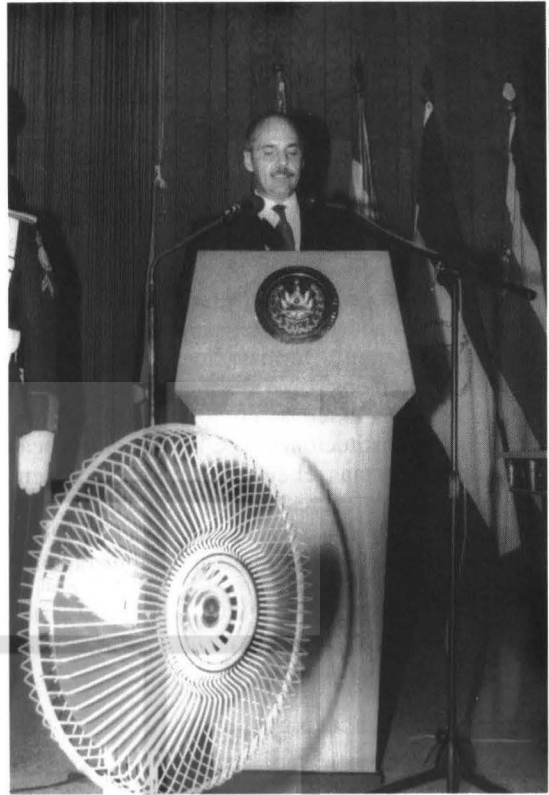
Peligro de argumentación

No son amnistiables los delitos que persigan la reparación de derechos fundamentales.

El axioma que destaca la sentencia puede presentar problemas por el grado de sumariidad. Quiere decir que el mensaje constitucional queda incompleto. Podría hablarse de una super generalización que con dificultad interactúa la sustancia pragmática de protección de los derechos fundamentales. Primero, por que no trascienden los criterios jurídicos para estimar en qué delitos está en juego la reparación de los derechos fundamentales. Y en segundo lugar, tampoco los derechos fundamentales han recibido una recepción definitiva de sus características. La identificación de los derechos fundamentales como categorías jurídicas subjetivas, poca continuidad puede aportar a un "entendimiento práctico".

Responsabilidades e interpretación judicial

La sentencia vigoriza la independencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. Asienta también que el reclamo efectivo depende de los delitos que no han sido amnistiados; depende además de que los jueces realicen una correcta



interpretación y aplicación. Es inconstitucional que apliquen la amnistía para delitos excluidos de la amnistía. Y es constitucional y legítimo que aplique la amnistía si la concesión se basa en una interpretación conforme a la Constitución.

Peligro de argumentación.

A los jueces corresponde interpretar cuáles delitos son amnistiables y por ende determinar las responsabilidades.

La máxima jurisprudencial encalla un shock de ideas para resolver, sin colocar una *única respuesta correcta*, siguiendo la terminología de Dworkin. La Jurisdicción Constitucional ha insistido que a ella corresponde la última palabra, pero en este caso deja la última decisión a los jueces ordinarios. Deja a la deriva el papel *nomotético*, que debe ejecutar la Sala, y la visión de coherencia y de significado de la norma se deja a la deriva de la interpretación de los jueces ordinarios. Serán amnistiables los delitos que, en definitiva, digan los jueces ordinarios, y no los que la Sala haya determinado como intérprete supremo de la Constitución.

6. Epílogo

En la actualidad, nos encontramos en una etapa que se considera formalmente como Estado de derecho. En la cual las normas de la comunidad son eficaces en forma inmediata. Las normas de la comunidad entendidas constitucionalmente deben ser tuteladas y protegidas en última instancia por los jueces. Sin embargo, no sólo en esta temática del acceso a la justicia sino en diversidad de situaciones que día tras día se plantean ante los órganos de justicia, los acuerdos establecidos por el constituyente de diferentes formas, llegan a veces a vaciarse de contenidos sobre sus mandatos o prohibiciones. Factores externos como la poca independencia de las instituciones y de las personas encargadas de las mismas, el anquilosamiento de intereses diversos a los expresados en las normas y en la interpretación de ellas, puede que haya dado como resultado lo que ha sucedido con la amnistía en El Salvador.

La amnistía y las ambigüedades que presenta desde las interpretaciones gubernamentales, demuestra que tan lejos estamos de tomar en cuenta las aportaciones de organismos internacionales de protección de los derechos humanos. El círculo vicioso de la jurisprudencia en el caso de la amnistía, ha sido simplemente cosmética, de tal manera que interpreta la norma una y otra vez de forma distinta pero con el mismo resultado. El argumento es diferente pero la norma no se declara inconstitucional. Lo que en el fondo traduce una ineficacia normativa de la tutela de los derechos humanos.

Tampoco podemos dejar de lado que la jurisprudencia es estimable de bastante valor por los aportes doctrinarios que realiza; por las elaboraciones argumentales que polifórmicamente serpentea con lucidez; pero al mismo tiempo es una jurisprudencia con poco vigor para cambiar el futuro, no ya para reparar lo sucedido.

