

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
I. EL CONTEXTO JURÍDICO Y POLÍTICO PARA LA EXPEDICIÓN DE NORMAS DE AMNISTÍA EN LOS REGÍMENES AUTOCRÁTICOS DE ESPAÑA, CHILE Y PERÚ	9
1.1. España, guerra civil, fascismo y autoritarismo	10
1.2. Chile, represión política y régimen militar	14
1.3. Perú: conflicto armado interno y concentración del poder político.....	20
II. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS NORMAS DE AMNISTIA DE ESPAÑA, CHILE Y PERÚ PARA CASOS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS	26
2.1. Análisis normativo	26
2.1.1. Norma que contiene la amnistía.....	27
2.1.2. Los beneficiarios de las amnistías	28
2.1.2.1. Beneficiarios de la última amnistía española	29
2.1.2.2. Beneficiarios de la amnistía chilena	31
2.1.2.3. Beneficiarios de las amnistías peruanas.....	32
2.1.3. Efectos de las normas de amnistía	36
2.1.4. Ámbito temporal.....	38
2.1.5. Situaciones excluidas de los efectos de la amnistía	38
2.2. Análisis material.....	40
2.2.1. Exigencias materiales bajo el Estado constitucional.....	41
2.2.2. Límites a las amnistías para graves violaciones de derechos humanos	43
2.2.3. Salidas en el marco constitucional.....	44
CONCLUSIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	53

TRATAMIENTO DE LA AMNISTÍA PARA GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS REGÍMENES CONSTITUCIONALES DE ESPAÑA, CHILE Y PERÚ

Edgardo Rodríguez Gómez

INTRODUCCIÓN

Durante la segunda mitad del siglo anterior e inicios del actual, una buena parte de los países iberoamericanos ha experimentado variados procesos de salida de regímenes autocráticos hacia regímenes democráticos. En los denominados procesos de transición a la democracia, los actores políticos encargados de diseñar el nuevo cauce institucional que deje en el pasado los postulados autoritarios y tradicionales del periodo previo suelen adoptar medidas que tienden al objetivo inmediato de una refundación política.

Asimismo, ante la necesidad de que quede en el pasado la práctica habitual de los gobiernos dictatoriales y autoritarios de hacer uso indiscriminado de la violencia, suele acompañar a la tarea refundacional la propuesta de alcanzar una reconciliación nacional. Por ello, dejar en el pasado las prácticas políticas violentas en numerosas sociedades iberoamericanas ha implicado muchas veces que quienes conducen la transición política recurran al discurso del olvido y el perdón, como llave que asegure el éxito de la estabilidad del nuevo orden democrático.

El resultado casi inevitable de estas aspiraciones en el contexto transicional iberoamericano ha sido un controvertido recurso a medidas excepcionales que se han traducido institucionalmente en disposiciones legales que contienen indultos y amnistías. Sus efectos han favorecido a actores sociales y políticos diversos, protagonistas del periodo previo.

Verificada la adopción de tales medidas a través de las amnistías, y habiéndose concretado sus alcances en tres países iberoamericanos que han vivido procesos transicionales recientes -como son España, Chile y Perú-, se aprecia diferentes interpretaciones acerca del significado, en la práctica, de la reconciliación nacional en

los tres casos mencionados¹; lo cual invita a dar una revisión a las normas llamadas a concretarla.

Interesa, por ello, responder desde una perspectiva político-constitucional a la siguiente cuestión: ¿Cómo se ha concretado en España, Chile y Perú el tratamiento de las amnistías que consideran salidas no sancionatorias para hechos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos, atendiendo a los particulares procesos de cada uno de estos países en su tránsito hacia la democracia?

Se intenta, por lo tanto, hacer un análisis comparativo de las tres experiencias de tratamiento de la amnistía que obedecieron a diferentes momentos de transición democrática y a regímenes autocráticos particulares, considerándose, además, la ubicación regional geográfica al revisar los casos de dos países del ámbito latinoamericano y uno de Europa continental. De ese modo, el enfoque comparativo no sólo contribuye a entender los alcances del diverso contenido de las normas que consagran amnistías para situaciones de violación a los derechos humanos en los ordenamientos de España, Chile y Perú; este enfoque también será útil para explicar la vigencia o no de dichas normas al interior del ordenamiento de cada uno de estos Estados atendiendo al carácter particular del régimen político que se ha procurado dejar en el pasado a través de dichas disposiciones.

Por ello, de manera previa es necesario considerar que en las tres experiencias estudiadas (1) se trata de Estados que en las últimas décadas han vivido procesos de transición democrática, a partir de regímenes autocráticos con orígenes distintos, en los que la expedición de las leyes de amnistía o el debate en torno a sus efectos ha sido una constante en el contexto de la búsqueda de salidas favorables a la instalación de regímenes democráticos; además, (2) se verifica en ellos que la vigencia de dichas normas y gran parte de sus efectos se han prolongado hasta la actualidad, y (3) se ha

¹ Así, en España se ha desarrollado una reflexión al respecto desde la filosofía moral (Reyes Mate, 2006, 78-86) y desde la historia contemporánea (Sevillano Calero, 2003, 297 – 319), mientras en Chile y Perú se realizó un desarrollo del concepto de reconciliación a partir de la instalación oficial de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación chilena (Informe Rettig, 1996, 10) y la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana (Informe Final, 2003, 36 - 38) que plantearon el tema desde la perspectiva de la justicia transicional.

utilizado -en los intentos de cuestionamiento a la vigencia de tales normas- argumentos que destacan el déficit de legitimidad de cualquier régimen que adopte el modelo de Estado democrático de Derecho, que a su vez, eluda investigar las situaciones de graves violaciones a los derechos humanos padecidas por sus ciudadanos.

Bajo este panorama, cabe distinguir la situación de otros Estados iberoamericanos que también experimentaron procesos recientes de transición democrática habiendo expedido normas que aluden al discurso del olvido y el perdón como vía para la reconciliación. Dos de los casos más relevantes son Argentina y Uruguay, que de acuerdo a las características de sus propios procesos transicionales manifiestan elementos que los distinguen de las salidas adoptadas por España, Chile y Perú.

En efecto, por un lado, Argentina² y Uruguay, en su momento, recurrieron a figuras jurídicas que difieren de las amnistías como son el indulto, la obediencia debida o la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, que si bien comparten con las amnistías la finalidad de evitar sanciones a los responsables de graves crímenes cometidos durante las dictaduras que los gobernaron, tienen características que permiten establecer sus diferencias.

En primer lugar, las amnistías y los indultos constituyen categorías jurídicas ampliamente tratadas en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, tanto en normas de rango constitucional como en disposiciones de carácter penal. El uso extendido de ambas figuras desde la modernidad ha permitido distinguirlas, reconociéndose su pertenencia al género de las medidas de gracia estatal. Su fundamento, asentado en la exclusiva titularidad del *ius puniendi* de los Estados, importa, a su vez, la prerrogativa de éstos para sustraerse de la exigencia de imponer las penas o de cumplirlas una vez impuestas (Sobremonte, 1980, 15). En tal sentido, mientras las amnistías tienen por finalidad específica –de acuerdo a su etimología- favorecer el olvido de los actos punibles para dar cabida a una ficción que asume al delito como si éste jamás hubiese

² En Argentina se expidió la Ley de Amnistía N° 22924 de 22 de setiembre de 1983. Sin embargo esta norma tuvo un alcance limitado y pronto fue superada por los efectos de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

sido cometido excluyendo de la pena y de los efectos del propio acto punible a sus beneficiarios; el indulto –que reviste por su alcance un carácter individual o general- da cabida a la remisión de la pena impuesta o a su eventual conmutación por un sanción menos grave, sin que se desvanezcan los efectos del acto ilícito (Bueno Ochoa, 2007, 25).

La práctica constitucional de los Estados iberoamericanos también ha trazado cauces diferenciados para la expedición de las referidas medidas de gracia; así, se evidencia que por lo general las amnistías son expedidas a través de actos provenientes de los órganos legislativos mediante leyes de contenido genérico; los indultos, por su parte, han correspondido a actos expedidos por los órganos de gobierno concretados en decretos, cuyos detalles variarán de conformidad con las características propias de la forma de Estado y de gobierno adoptada en cada país (Aguado, 2001, 39).

Así, a diferencia de los decretos de indulto dictados en España tras la muerte de Franco tanto por el Rey Juan Carlos I -el 25 de noviembre de 1975- como durante el gobierno de Adolfo Suárez -el 14 de marzo de 1977- que tuvieron como beneficiarios a presos políticos opositores al régimen franquista, el gobierno argentino de Carlos Menem expidió un decreto de indulto -Decreto 1002/89- para favorecer a un procesado del régimen de la dictadura que no fue beneficiado por los alcances de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, normas con efectos similares a las amnistías, pero distintas en su finalidad.

En ese sentido, en segundo lugar, la obediencia debida se asienta en una presunción que no admite prueba en contrario. Gracias a ella, quienes se encuentren ubicados en una posición de orden jerárquico que influye en su capacidad de decisión personal al estar sometidos al ejercicio del mando -propio de un estamento regulado desde presupuestos disciplinarios- son excluidos de responsabilidad ya que sus actos son atribuibles a quienes encontrándose en la cima de dicho orden están facultados para decidir acciones y dictar órdenes. Por tanto, esta forma de exclusión de la sanción utilizada por el gobierno argentino de Raúl Alfonsín, impone condiciones no asimilables a los rasgos de la gracia, por tratarse de una condición eximente de la responsabilidad penal para unos particulares beneficiarios (Ley N° 23521, 1987), sin que se recurra a una justificación basada expresamente en el olvido o el perdón.

Finalmente, la figura de la caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado (Ley N° 15.848, 1986) utilizada por el gobierno uruguayo de Julio María Sanguinetti puede ser asimilable, antes que a disposiciones que contienen la gracia -sea indulto o amnistía- a una norma también expedida en Argentina denominada “Ley de punto final” (Ley N° 23.492, 1986). En ambas disposiciones se extingue la acción penal para ciudadanos, presuntamente implicados en ilícitos que dieron motivo a la expedición de tales normas hasta una fecha determinada prevista en su articulado, excluyéndose del beneficio, en el caso uruguayo, a las personas cuyos procesos contaren con auto de procesamiento, y en ambos casos a quienes estuviesen sentenciados. A diferencia de las normas que contienen amnistías, en la denominada “Ley de punto final” se mantiene expresamente la posibilidad de que se prosigan acciones civiles contra quienes hayan sido beneficiados con los efectos de la extinción de la acción penal; este supuesto, que si bien no está considerado en la norma uruguaya, resulta asimilable al caducar, ex officio, la pretensión estatal, pero no necesariamente la de la parte agraviada.

Cabe agregar que en los casos uruguayo y argentino entró en juego el elemento democrático directo para la convalidación de las normas de extinción de la acción penal a través de la realización de un referéndum popular favorable a su vigencia en el caso uruguayo, o el elemento democrático parlamentario ya no para la adopción de normas de perdón y olvido sino para proceder a suprimir aquellas que consagran la impunidad de graves violaciones estatales de derechos humanos en el caso argentino cuando luego de pronunciamientos judiciales que declararon la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida por ser contrarias a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Congreso de ese país expidió una norma polémica que declaró insanablemente nulas dichas leyes por su carácter inconstitucional (Ley 25779).

De ese modo, se procederá a desarrollar el tratamiento de normas que contienen de manera estricta la figura de la amnistía en tanto constituyen un medio para asegurar la extinción de la acción penal y de la pena en casos de graves violaciones a los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos de España, Chile y Perú.

Aunque resulta una tarea arriesgada elaborar una clasificación de las formas de gracia que se dan a nivel de la legislación comparada en general, es posible circunscribir el marco de análisis a los países estudiados en cuanto a la amnistía, y en particular a las normas que contienen amnistías en períodos de tránsito a la democracia. Para ello es necesario adoptar una definición operativa acorde al desarrollo doctrinal de dicha figura en el ámbito iberoamericano; por ello, cabe centrarse en sus efectos ya que si bien se trata de una decisión adoptada normalmente por los parlamentos mediante una ley, en ocasiones ha sido materia de decisión de los gobiernos, mientras que la particularidad de sus efectos permite encontrar sus señas de mayor identidad por su radicalidad al extinguir no sólo la pena sino también el propio delito, ocasionando un impacto sensible en el ordenamiento al generar la impresión de que “la acción antijurídica cometida jamás hubiera existido.” (Aguado, 2001, 72)

Cabe indicar también que pese a la controversia doctrinal existente respecto de su consagración constitucional entre quienes sostienen, por un lado, que la acogida de la amnistía al interior de los ordenamientos jurídicos de los Estados constituye una pieza extraña a los sistemas constitucionales vigentes cuando es revisada bajo los parámetros de un marco penal garantista (Bacigalupo, 1997, 73 – 74); y, por otro lado quienes señalan que pese a los diferentes cuestionamientos que se dirigen a la figura, su acogida dentro del sistema constitucional está admitida³; se trata de revisar las amnistías en la medida en que sus efectos están vigentes y se han prolongado en el tiempo, requiriéndose su conformidad con las exigencias materiales que desde el marco constitucional de España, Chile y Perú se han ido configurando para garantizar su permanencia. En suma, tras la expedición de leyes de amnistía que buscaron evitar sanciones por crímenes que constituyen graves violaciones de los derechos humanos, se puede establecer la existencia de dos posturas doctrinales que son conformes a los preceptos constitucionales de estos países.

³ El penalista Pérez del Valle admite la posibilidad de la amnistía en el ordenamiento español al señalar: *El hecho de que el artículo 130 CP vigente haya omitido su mención expresa como causa que extingue la responsabilidad criminal junto a la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, el indulto o el perdón del ofendido en ciertos casos no implica un límite a las posibilidades de legislar acordando una amnistía, pues no hay restricción constitucional para ello.* (Pérez del Valle, 2001, 194).

Así, una primera postura plantearía que no existe posibilidad alguna de cuestionar las normas que contienen amnistías ni los efectos de las mismas, incluso si la amnistía ha sido concedida para extinguir la responsabilidad penal por hechos perpetrados en periodos de absoluta arbitrariedad política. En esta situación se asume la preeminencia absoluta del principio de seguridad jurídica. Un autor vigente durante la transición a la democracia española sostiene:

“[N]o se puede instruir ningún procedimiento criminal para perseguir hechos incluidos en una amnistía. Si se ha iniciado, debe suspenderse en el punto en que la amnistía entre en vigor. Si se ha impuesto una condena se dará por extinguida la pena y todos sus efectos, lo mismo si todavía no se ha empezado a cumplir que si ha cumplido parcialmente. Incluso cuando la pena se haya cumplido en su totalidad; la amnistía hace desaparecer todos sus efectos. La condena, si la hubo, se borra y no puede ser tomada en consideración posteriormente para fundamentar una agravante de reincidencia, o de reiteración u otra cualquiera, no tomarse en cuenta con delitos ulteriores para hacer uso del arbitrio judicial desfavorable al reo”. (Rodríguez Devesa, 1991, 571)

Una segunda postura establecería que cabe la posibilidad, bajo excepcionales circunstancias, de realizar cuestionamientos a las normas de amnistía y a sus efectos debiendo determinarse las situaciones y los parámetros de validez dentro de los cuales las excepciones resultarían admisibles (Defensoría del Pueblo de Perú, 2001, p 86). Conforme a este supuesto se requiere realizar una ponderación entre los distintos bienes y principios constitucionales, en especial los que se fundan tanto en consideraciones de tutela judicial efectiva como de seguridad jurídica.

A partir de este escenario, de conformidad con las salidas adoptadas en los tres países mencionados, cabe la hipótesis de que no es posible verificar una sola forma de tratamiento constitucional a las salidas que consagran amnistías para casos de graves violaciones de los derechos humanos en España, Chile y Perú: De ese modo, las respuestas jurídicas han oscilado entre el otorgamiento de un mayor énfasis a presupuestos de seguridad jurídica o la búsqueda de concreción de criterios de justicia material según las características del fenómeno autocrático que en cada país se ha

debido afrontar y las circunstancias que hicieron posible la transición política a la democracia.

Los pasos necesarios para realizar el análisis comparativo de las amnistías y sus efectos parten por considerar una breve revisión del contexto institucional que sirvió de marco para la expedición de dichas normas, abordando los rasgos más importantes de los regímenes autocráticos y su reemplazo por regímenes democráticos. Luego corresponderá efectuar un análisis literal del contenido de cada una de las leyes de amnistía vigentes. Finalmente, la realización de un análisis material permitirá verificar los límites previstos para la expedición y el cuestionamiento de estas normas, así como la acogida de sus efectos en el marco del Estado social y democrático de Derecho y de los principios constitucionales de cada uno de los países estudiados.

I. EL CONTEXTO JURÍDICO Y POLÍTICO PARA LA EXPEDICIÓN DE NORMAS DE AMNISTÍA EN LOS REGÍMENES AUTOCRÁTICOS DE ESPAÑA, CHILE Y PERÚ

Los rasgos que permiten efectuar una comparación de las recientes experiencias de transición política en España, Chile y Perú exigen que se tome en cuenta la existencia previa de distintos regímenes autocráticos cuyas premisas, en general, son contrarias a los requisitos doctrinales que desde la década del sesenta, en el contexto iberoamericano, dan contenido sustantivo al Estado social y democrático de Derecho (Díaz, [1966] 1998), asimismo es necesario detenerse en las variantes que se presentan durante sus respectivos procesos de tránsito a la democracia (O'Donnell, Schmitter y Whitehead, 1986).

En los procesos transicionales se han dado situaciones en las que los pedidos de que los regímenes autoritarios salden cuentas con el pasado -deseables moralmente- se han visto frustrados al intentar ser concretados en la práctica. Una contraposición entre lo que constituye el reclamo de las víctimas de violaciones de derechos humanos y las soluciones adoptadas políticamente, basadas en salidas consensuadas en pos de alcanzar un adecuado desempeño estatal, comúnmente han consagrado salidas no sancionatorias favorables a antiguos perpetradores de crímenes que pertenecían a los regímenes en

ejercicio del poder (Barahona, Aguilar, González, 2002, 17). Una rápida revisión de los rasgos más saltantes de dichos regímenes se hace necesaria siguiendo el orden cronológico de su aparición histórica.

1.1. España, guerra civil, fascismo y autoritarismo

España padeció la experiencia de un proceso de quiebre democrático luego de un golpe de Estado fracasado que dio inicio a una trágica guerra civil. La guerra iniciada en julio de 1936 se prolongó hasta 1939, como resultado de ella se instaló en el poder el General Francisco Franco quien implantó un régimen militar fuertemente personalizado. Para Tezanos (1989, 15), el proceso de concentración del poder en Franco se explica de la siguiente manera:

"Franco llega al poder en España por medio de un Golpe pero él no es el Jefe "querido" de un movimiento político de masas, sino una jerarquía de una institución burocrática escalafonada como es el Ejército. Y precisamente, lo que Franco hará, a partir de su ubicación en el Poder, será usar ese poder para "provocar" los apoyos populares de los que inicialmente carecía."

Si bien el franquismo en sus primeros años se emparentó claramente con los regímenes totalitarios existentes entonces en Italia y Alemania, éste tenía un carácter propio vinculado a su origen ajeno a la legitimación popular. Su carácter particular se tradujo en la permanencia franquista en el poder durante cuatro décadas, lo cual conllevó a que más allá de la invariabilidad de su núcleo de poder dictatorial, el régimen experimentase una dinámica de transformación de su fascismo totalitario original hacia un régimen de carácter autoritario-tecnocrático⁴.

El historiador Soto Carmona (2002, 82 – 83), en una interpretación comparativa de la transición española y la experiencia chilena, asume que ambos regímenes

⁴ Al respecto es interesante lo que indica Linz al respecto: *"Es posible discutir en qué medida el régimen franquista tuvo características totalitarias en una primera fase de su historia, en qué medida esas tendencias totalitarias representadas por el fascismo y sus supuestos ideológicas adquirieron virtualidad en los años posteriores a nuestra guerra civil. en qué medida lo que después fue sin duda un régimen autoritario y no totalitario tenía sus raíces en ese periodo o fue un desarrollo posterior. Lo que no cabe duda es que España en 1975 no inicia su transición a la democracia desde un régimen totalitario"* (Linz, 1992, 441).

autocráticos no desaparecieron por la fuerza de la oposición democrática sino que el cambio fue el resultado de la continuidad de las vías de las reformas iniciadas ante la débil institucionalización en la que ambos regímenes habían operado. De ese modo, en el caso español la vía reformista dio protagonismo a los incidentes más saltantes para el desenlace del proceso de transición.

Pese a ello, el régimen franquista se consolidó a través de mecanismos más complejos que los de una simple dictadura militar, de modo que no es posible caracterizarlo a partir de determinados rasgos de su estamento castrense⁵; tras lo cual no debe desdeñarse que se hizo evidente un afán de creación de un poder militar autónomo desde el primer gobierno de la monarquía con Fernando de Santiago y Díaz de Mendivil que tras su fracaso, dio paso -a la llegada al gobierno de Adolfo Suárez- a un control sobre las promociones y los destinos de militares. Todo ello llevaría a Calvo Sotelo (1989, 118 – 119) a señalar que: “[L]a dictadura, durante la mayor parte de su periodo, fue civil. Al principio no. Pero el Ejército, los últimos veinte años de Franco, no ejerció como institución una gran influencia en el proceso de toma de decisiones políticas. La de Franco no fue una dictadura militar.”

A la muerte de Franco a finales de 1975, reinstaurada la Monarquía española con el Rey Juan Carlos I, se consideró, por parte de amplios sectores de la oposición y de reformistas del régimen, la posibilidad de la concesión de una amplia amnistía. Las demandas por hacer uso de esta fórmula legal estaban fundadas en la búsqueda de las salidas democratizadoras que se concretarían en una reconciliación nacional. Para lograr ese propósito la gracia requería ser concedida sobre los denominados delitos políticos.

Resultado de ese momento fue el indulto general de 25 de noviembre de 1975 concedido por Decreto 2940/1975, con el que no se colmaron las demandas de un amplio sector de la población española especialmente afectado por delitos de carácter político. Posteriormente, por Real Decreto Ley N° 10/1976 se concedió amnistía para todas las infracciones de intencionalidad política y de opinión, incluidos los

⁵ Manuel Mella sostiene que: “Sería un error caracterizar a las FF.AA. bajo el sistema franquista como una institución totalmente monolítica e impermeable a los cambios que se producían en el contexto social y político” (Mella Márquez, 1989, 164).

denominados delitos políticos. La amnistía debía ser aplicada en cada caso por las autoridades judiciales que habían tenido conocimiento de la causa.

En 1977 se expidieron dos amnistías. La de 14 de marzo se plasmó en el Real Decreto Ley 388/1977⁶ que dio facilidades para la aplicación amplia de la gracia al salir del ámbito de competencia de los tribunales para quedar en manos del gobierno (Sobremonte, 1980, 101). La de 15 de octubre, concretada en la Ley 46/1977, dictada por las Cortes reunidas después de cuatro décadas, concedió la medida para delitos y faltas de intencionalidad política así como para diversas figuras específicas de infracción penal, laboral y administrativa. Con ella se culminaría el proceso de expedición de medidas de gracia encaminadas a promover la *participación de los espíritus, la reconciliación y la concordia nacional*. (Sobremonte, 1980, 102)

Desde otra línea de reflexión acerca del proceso de expedición de las amnistías, el historiador Santos Juliá (2003, 22) al establecer la existencia de una prolongación en el tiempo de los motivos que dieron lugar a la guerra durante la dictadura, establece que la permanencia de un discurso de continuidad de la contienda, que llevaba a un entrapamiento político durante la coyuntura posterior al fin de Franco, sólo podía encontrar salida asumiéndose la vía de una amnistía general.

Para este autor, el carácter novedoso de la transición española se plasma en la decisión de una “mutua amnistía” ante lo ocurrido desde la guerra civil y durante el periodo de la dictadura. Por tanto no deja de reconocer que:

“Esta novedad, fruto del papel que los diferentes actores de la política española desempeñaron después de la muerte de Franco, llevó hasta un final imprevisto el principio de amnistía general y renuncia a represalias enunciado durante los largos años de oposición como imprescindible exigencia para la apertura de un proceso constituyente” (Juliá, 2003, 20).

⁶ Para Sobremonte (1980, 101): *“Con este Decreto Ley [...] desaparecen las trabas legales para aplicar con generosidad la amnistía a los presos políticos, operación que queda esta vez en manos del Gobierno (art. cuarto) y no de los Tribunales.”*

Explicando las razones que condujeron a la expedición de las amnistías concedidas entre 1976 y 1977, Juliá (2002, 22) no escatima esfuerzos en revisar desde una perspectiva histórica si los que presentaron y aprobaron el proyecto de ley de 14 de octubre de 1977, se olvidaron del franquismo, de su naturaleza represiva o de las torturas y violaciones de los derechos fundamentales. Para este autor, en efecto, hubo olvido; es decir, luego de recordar la guerra y su secuencia, el olvido fue el resultado de un acto necesario y voluntario para poner fin al pasado de contienda.⁷

El resultado de haber optado por esta vía, a fin de alcanzar la reconciliación y concordia nacional, fue un proceso constituyente atípico que se puso de manifiesto desde la expedición de la denominada Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977 y que concluyó con la aprobación, a través de referéndum, de la Constitución de 1978. El carácter atípico del proceso constituyente español se explica por los condicionamientos planteados desde el propio régimen de salida así como por las propuestas de carácter aperturista que señalaban puntos de referencia al proceso, expresamente indicados en la mencionada Ley, agregándose a ello la necesidad de dar legitimidad constitucional a la Corona. Es decir, la fuente de legitimidad de la Constitución de 1978 proviene del marco legal del régimen previo a su vigencia considerando que, las Cortes convocadas mediante las elecciones de 15 de junio de 1977 por el Real Decreto 679/1977 de 15 de abril, no lo fueron con carácter constituyente. Además, la preexistencia de facto de la monarquía requiere que ésta se incorpore en el esquema constitucional de modo que *“El rey no jura la Constitución para ser rey, sino por ser Rey.”* (Soto Carmona, 2002, 84 – 85).

Desde la perspectiva jurídica, que no podía obviar las situaciones propias del contexto, era necesario formular un cuestionamiento jurídico material al régimen de salida y a sus expresiones normativas –leyes fundamentales- que manifestaron un carácter retórico en el contenido supuestamente favorable a los derechos fundamentales,

⁷ “[...] es que además lo trajeron a la memoria sólo para afirmar su voluntad de echarlo al olvido. Los apartados e) y f) del artículo 2, los que se referían a los funcionarios de la dictadura, no se colaron de rondón en el proyecto de ley, sino que se incorporaron a su texto con plena conciencia de que esa era la contrapartida exigida por la amnistía para todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, como establecía el artículo 1” (Juliá, 2002, 22)

con pretensiones de semejanza a los textos constitucionales. De ese modo pese a su acogida en las normas, la práctica del régimen franquista resultaba negadora de dichos derechos y era contraria a los principios de un régimen democrático (Díaz Revorio, 1997, 57). Así, se produce una ruptura clara entre el régimen franquista y el régimen democrático surgido a partir del nuevo marco constitucional. Se trata entonces de un nuevo momento que se sustenta en el marco de lo que será establecido por el artículo 1.1 de la Constitución española.

En definitiva, las consecuencias de los actos provenientes de un régimen basado en el uso arbitrario del poder plantean problemas de orden moral, político, social y jurídico que generan dificultades para encontrar las respuestas adecuadas a todas las demandas surgidas en el contexto transicional, así como para lograr una cabal comprensión de la problemática por parte de la sociedad en general y, de las víctimas de violaciones de derechos humanos, en particular. Estas últimas suelen formular legítimos reclamos de satisfacción que se traducen en pretensiones morales planteadas bajo los marcos del nuevo contexto democrático. Dichas demandas son parte del debate actual en torno a la memoria histórica en España.

1.2. Chile, represión política y régimen militar

El 11 de septiembre de 1973 se instaló en Chile, según términos de sus propios instauradores, un "régimen militar". El Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación -también conocido como Informe Rettig- refiere como el factor desencadenante de una de las más crueles dictaduras de América Latina, un estado "*de aguda crisis en la vida nacional [que] representa la destrucción o debilitamiento de un gran número de puntos de consenso entre los chilenos relativos a instituciones, tradiciones, supuestos de convivencia social y política, y otros, que son a la vez, salvaguardia del respeto a los derechos humanos.*" (Informe Rettig, 1996, 40).

El régimen militar que fue instaurado por las Fuerzas Armadas y de Orden, ejerciendo como actores políticos, se dotó de ilimitadas prerrogativas que rebasaron el marco de sus atribuciones bajo el régimen democrático. Organizado a través de una Junta de Gobierno asumió el control del Estado comenzando con el Poder Ejecutivo a través del Decreto ley N° 1 de 11 de setiembre de 1973, denominado Acta de

Constitución de la Junta de Gobierno, para posteriormente asumir el ejercicio de la potestad constituyente y del Poder Legislativo mediante el Decreto ley N° 128 de 12 de noviembre de 1973, que declara el sentido y el alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1 de 1973; mientras, el Poder Judicial mantenía en apariencia formal sus atribuciones y autonomía escudado en una asumida función jurisdiccional alejada de la política que dejaba a un lado los contenidos democráticos del régimen previos durante el dictado de sus resoluciones⁸ (Hilbink, 2007).

El Congreso fue disuelto y se dispuso su cierre, concretándose la toma de control fáctica del poder legislativo por la Junta mediante el Decreto ley N° 27 de 21 de setiembre de 1973, denominado Disuelve el Congreso Nacional. A ello se sumó una censura estricta de los medios de comunicación que determinó una práctica posterior de autocensura. Estas restricciones estuvieron acompañadas de la prohibición de crear medios nuevos si no se contaba con la autorización expresa del régimen.

El régimen militar, desafecto al sistema de partidos políticos, concretó su rechazo a éstos prohibiendo sus actividades en el país austral. Así, la Unidad Popular, el partido del derrocado Salvador Allende, y otros de tendencia progresista fueron disueltos. Los demás partidos fueron inicialmente suspendidos hasta que se concretó su disolución en 1977. Es más, no sólo se llegó a prohibir la actividad político-partidaria sino, incluso, fue considerada pasible de ser sancionada penalmente.

Al mando político se traspasó la verticalidad del mando militar que tuvo en su cúspide la figura del General Augusto Pinochet. De ese modo, *[s]e estableció un orden de precedencia que significaba, de hecho, que presidiera la Junta el Comandante en Jefe del Ejército. A este se le otorgó el título de Jefe Supremo de la Nación (decreto ley N° 527), sustituido luego por el tradicional de Presidente de la República (decreto ley N° 806). Pero en la práctica había nacido una nueva institución, la Presidencia de la*

⁸ Sin embargo, tal como refiere el Informe Rettig (1996, 52): "[...] esta apariencia escondía una realidad muy diferente y disminuida, por dos razones fundamentales: a) por el sentimiento de simpatía que la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema manifestaban respecto del nuevo régimen, y b) porque resultaba casi ocioso controlar la legalidad de quien podía cambiarla a su arbitrio, incluso en el nivel constitucional. Esta segunda circunstancia se evidenció en las rápidas reformas legales que contribuyeron a que los tribunales se apartaran del conocimiento eficaz de todo lo concerniente a la libertad de las personas."

República\Comandancia en Jefe, dotada de una suma de poderes jamás vista en Chile. Su titular no sólo gobernaba y administraba el país, sino que además integraba y presidía la Junta de Gobierno -y por ende no se podía legislar ni reformar la Constitución sin él- y comandaba todo el Ejército. (Informe Rettig, 1996, 59).

Tras el golpe militar comenzó la actuación de facto del denominado "grupo DINA" constituido por mayores y coroneles del Ejército que posteriormente se formalizaría como la Dirección de Inteligencia Nacional de Chile –DINA-, mediante Decreto-ley N° 521, denominado Crea la Dirección de Inteligencia Nacional de 14 de junio de 1974⁹. La función primordial de este grupo, en los hechos, consistió en perseguir, y en ocasiones liquidar, a quienes consideraba elementos de la extrema izquierda, en especial a civiles y militares allegados al gobierno de Salvador Allende y a miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR).

Declarado el país en "estado de sitio" por Decreto ley N° 3, de 11 de setiembre de 1973, la Junta de Gobierno que se asume como General en jefe de las fuerzas que operan durante el estado excepción interpreta, mediante Decreto ley N° 5 de 12 de setiembre de 1973, el artículo 418 del Código de Justicia Militar referido a dicho estado, señalando que el mismo corresponde al de un "Estado o tiempo de guerra", estableciéndose su vigencia, por Decreto ley N° 360 de 13 de marzo de 1974, hasta el 11 de setiembre de 1974. Las consecuencias de tal interpretación que autorizan un uso casi irrestricto de las armas, llevarán tempranamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a señalar que:

"Luego de un cuidadoso análisis de antecedentes- y, en particular, después de haber practicado una observación "in loco" [...], la Comisión ha podido recoger elementos de juicio que, sometidos a un análisis racional, estima son suficientes para afirmar que, vigente el régimen instituido en Chile a partir del 11 de septiembre de 1973, se ha incurrido en gravísimas violaciones de

⁹ El Decreto ley N° 521 define a la DINA como un "organismo militar de carácter técnico profesional, dependiente directamente de la Junta de Gobierno y cuya misión será la de reunir toda la información a nivel nacional, proveniente de los diferentes campos de acción, con el propósito de producir la inteligencia que se requiera para la formulación de políticas, planificación y para la adopción de medidas que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país."

derechos humanos” (Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1974, Conclusiones).

Hacia 1976 comenzó el fin del "grupo DINA" y de la entidad de gobierno del mismo nombre al producirse el asesinato del ex embajador chileno del gobierno de Allende, Orlando Letelier, y de la ciudadana norteamericana Ronnie Moffitt en Washington D.C. En vista del escándalo internacional que dicha acción supuso y la evidencia de un actuar inescrupuloso por parte de la organización militar secreta, la DINA fue disuelta y sustituida por la Central Nacional de Informaciones (CNI) en 1977¹⁰.

Luego, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pendiente de la evolución del régimen militar, daba cuenta de los intentos por garantizar la situación de los derechos al interior de Chile, y concluía informando de sus magros resultados (Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile , 1977, Conclusiones). Tras ello, el 19 de abril de 1978, mediante el Decreto ley N° 2.191 denominado Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que se señala, que consideraba *"el imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos"*, el régimen militar concedió amnistía a los autores, cómplices o encubridores de determinados hechos delictuosos ocurridos durante la vigencia del estado de sitio, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978; exceptuando a quienes no se encontrasen sometidos a proceso o condenados a la fecha de su entrada en vigencia. También fueron amnistiados quienes se encontraban condenados por tribunales militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Sin

¹⁰ La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación concluye que ese proceso se llevó a cabo de la siguiente manera: *"Cuando la involucración (sic) de la DINA en el crimen se hizo clara, y se pidió por el Gobierno norteamericano la extradición de algunas de sus cabezas máximas, quedó en evidencia para aquellas autoridades superiores del régimen que aún no lo sabían, o que no lo habían sopesado suficientemente, el poder y la audacia del grupo y de la entidad secreta, así como el perjuicio inmenso que podían causar, no ya a sus víctimas, sino al régimen mismo y al país. Y así, colaboradores civiles del régimen diseñaron, y obtuvieron el indispensable V° B° de la Presidencia\Comandancia, para lo que quiso ser una auténtica, pero resultó ser una frustrada posibilidad de mejorar sustantivamente la situación de derechos humanos."* (Informe Rettig, 1996, 65).

embargo, se excluía de la amnistía a los responsables de los hechos materia de investigación en el proceso N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc; es decir, el iniciado por el asesinato de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt. Sin duda, la presión política internacional ejercida en relación con dichos asesinatos dio paso a la posterior condena y reclusión del Jefe de la DINA, el General Manuel Contreras en 1995 (García Sayán, 1996, 2-3).

En 1980, mediante plebiscito llevado a cabo en fecha 11 de septiembre, bajo estado de sitio, se ratificó el texto de la Constitución chilena de dicho año. La Carta fue elaborada en virtud de la potestad constituyente de la Junta de Gobierno, entrando en vigencia el 11 de marzo de 1981. Adoptando el concepto de democracia protegida, el artículo 8° de la Constitución calificó de ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República todo acto destinado a propagar doctrinas que atentaran contra la familia, propugnaran la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases. Las organizaciones, movimientos o partidos políticos que, por sus fines o por la actividad de sus adherentes tendieran a esos objetivos, eran considerados inconstitucionales.

La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación precisaba, al referirse al lapso de vigencia de la Constitución de 1980 durante el régimen militar -entre marzo de 1981 y agosto de 1988-, que salvo breves periodos el país vivió bajo el régimen de excepción previsto en la Carta (Informe Rettig, 1996, 64); asimismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constataba que ante la situación de restricción de derechos generada por la vigencia de la propia dictadura de Pinochet en Chile, los niveles de afectación de las personas se hacían más perceptibles al restringirse o suspenderse los derechos bajo el régimen de excepción; llegándose inclusive a verificar que el marco constitucional de limitación a los derechos superaba a lo previsto durante el régimen constitucional previo (Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, 1990, Conclusiones).

El posterior debilitamiento del régimen de Pinochet dio lugar a la manifestación de diferentes sectores políticos y organismos de la sociedad civil: Desde la mirada de la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo – CODEPU -una de las organizaciones civiles más activas en el respaldo a las víctimas de violaciones de

derechos humanos en Chile-, el triunfo del “no” como resultado del Plebiscito Nacional del 5 de octubre de 1988, al impedir al dictador asegurar una vía constitucional para su permanencia por ocho años más en el poder, contribuyó para que la Concertación diese inicio a un dialogo con sectores de gobierno a fin de alcanzar a corto plazo un Acuerdo Nacional por la Democracia. A partir de ese momento se hicieron evidentes las reformas constitucionales que dejando de lado normas de escaso contenido liberal, permitieron dar cauce a los pactos para el retorno a la democracia representativa. En suma, el triunfo del “no” hizo evidente que la inmensa mayoría de ciudadanos del país sureño exigía el término de la dictadura militar; así las propuestas de las víctimas y afectados por la dictadura junto a las demandas de los grupos de derechos humanos se pusieron en la mesa de discusión al ser acogidas por el programa de la Concertación. En dicho programa, en torno a las amnistías se planteaba en uno de sus puntos la derogación o anulación de la Ley de Amnistía. No obstante -como señala la CODEPU- *desde el comienzo del primer gobierno de la Concertación se planteó el incumplimiento del programa en este asunto, por ende, en materias de derechos humanos”* (Estudio comparativo de Comisiones de la Verdad, 2002, 27).

Durante el plebiscito de 30 de julio de 1989, ya sin la vigencia de estados de excepción, el 87,7% de los electores chilenos ratificó 54 enmiendas introducidas por la Junta a la Carta Fundamental de 1980 en ejercicio de su potestad constituyente. Se derogó el artículo que limitaba la participación de los grupos políticos en la vida del país pero se mantuvieron las inhabilitaciones respecto de los responsables de delitos denominados terroristas. La reforma, en ese momento, buscaba asegurar los cauces para el pluralismo político.

El Informe Rettig daba cuenta en 1996 que los tribunales dictaron sobreseimientos basados en la amnistía otorgada mediante el Decreto ley N° 2191. El beneficio recayó en personal "uniformado", vinculado a los delitos comprendidos en dicha norma; se acogía la tesis según la cual la aplicación de la amnistía impide investigar de manera absoluta los hechos materia de la gracia. Según el propio informe, ello implicaba un obstáculo para impedir que se dé cuenta de los hechos que habían llegado a los tribunales, quedando en la incertidumbre las circunstancias de la comisión

de los crímenes así como el destino de las víctimas y la responsabilidad de sus agresores (Informe Rettig, 1996, 124).

Al iniciarse la transición política, en marzo de 1990, una de las primeras acciones emprendidas por el gobierno elegido democráticamente fue abordar el problema de las violaciones de derechos humanos con la creación de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (CNVR); sin embargo, una vez conocido su Informe se produjo el rechazo del mismo por parte de las Fuerzas Armadas lideradas aún por Pinochet, quien permanecía como Comandante en Jefe del Ejército. A medida que se interponían las querellas judiciales, se produjeron inusuales movimientos de tropas militares como una manifestación de presión para que no se produzcan las investigaciones y se respete la norma que consagraba la impunidad.

Para el jurista argentino Carlos Santiago Nino, el tiempo transcurrido desde el momento en que se ejecutan las graves violaciones a los derechos humanos y el inicio de la promoción de las acciones que lleven a concretar una justicia retroactiva, ayuda a explicar el éxito relativo o el fracaso de los intentos por dejar de lado los efectos de las normas de amnistía; de modo que cuanto más tiempo transcurra en iniciarse las investigaciones, resulta más difícil acercarse a los detalles de lo ocurrido y concretar una sanción. Para este autor, la situación chilena reviste este grave contratiempo (Nino, 1997, 193 – 194).

1.3. Perú: conflicto armado interno y concentración del poder político

La experiencia de las dos últimas décadas del siglo XX en Perú, está marcada por el signo de la tragedia ante la evidencia de la violación masiva de los derechos humanos de una parte importante de su población. Según el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de ese país:

[...] "el conflicto armado interno vivido por el Perú entre 1980 y el 2000 ha sido el de mayor duración, el de impacto más extenso sobre el territorio nacional y el de más elevados costes humanos y económicos de toda nuestra historia republicana. El número de muertes que ocasionó este enfrentamiento supera ampliamente las cifras de pérdidas humanas sufridas en la guerra de la

independencia y la guerra con Chile -los mayores conflictos en que se ha visto comprometida la nación." (Informe Final, 2003, p. 230).

Ante este diagnóstico, surge la evidencia de que los crímenes y las graves violaciones de derechos humanos ocurridos en el país andino desde inicios de la década del 80 no constituyeron excesos aislados de los grupos subversivos o las fuerzas del orden, por el contrario, fueron el resultado de estrategias concretas de organizaciones como el Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso (PCP – SL), el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), así como de las fuerzas de seguridad del Estado peruano (Informe Final, 2003, 215 – 230).

En el caso de este último actor, la Comisión de la Verdad y Reconciliación concluye que los giros estratégicos adoptados por las fuerzas armadas y policiales a lo largo de la lucha contrasubversiva sugieren la existencia de dos grandes orientaciones y prioridades excluyentes en su intervención para garantizar el orden y la seguridad; cada una de ellas se asocia a un cierto tipo de patrones de violación de los derechos humanos con diferentes niveles de impacto en cuanto a la gravedad de sus efectos sobre las personas. Por un lado, existía una estrategia en la que se utilizaba métodos drásticos como las ejecuciones arbitrarias o desapariciones forzadas con el fin de eliminar a presuntos subversivos, colaboradores o simpatizantes de los grupos insurgentes. Por otro lado, y de manera más continua, se procedía a la captura de personas presuntamente vinculadas a ellos y a su juzgamiento mediante procedimientos sumarios que suponían violaciones al debido proceso. (Informe Final, 2003, 221 – 229).

El autogolpe de 5 de abril de 1992, quebró el orden institucional democrático reinstaurado en 1980 bajo el marco de la Constitución de 1979. Luego de tres elecciones presidenciales democráticas y en medio de una difícil crisis económica, junto al incremento de las acciones subversivas y el desprestigio de los partidos políticos, Alberto Fujimori dio inicio a un progresivo proceso de concentración del poder en el que *más que de abdicación de la autoridad civil cabe hablar de una total identificación del liderazgo civil con la visión estratégica y política de las Fuerzas Armadas*. (Informe Final, 2003, 227).

La Defensoría del Pueblo de Perú ha dado buena cuenta del proceso de concentración del poder político en Alberto Fujimori, su asesor, el ex capitán del Ejército Peruano Vladimiro Montesinos y en una primera etapa, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, General Nicolás Hermoza Ríos, señalando que entre sus manifestaciones más importantes se puede apreciar el desempeño arbitrario de un conjunto de instituciones vinculadas a la esfera de la defensa nacional y el orden público como los tribunales militares y los organismos de inteligencia, la afectación al principio de separación funcional de poderes al producirse una intervención directa del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial mediante procesos de reorganización institucional y el recurso a jueces provisionales en todas las instancias jurisdiccionales, sumándose a ello el bloqueo del control parlamentario. Cabe añadir la manipulación de la información a través de los medios de comunicación y un control directo sobre los canales televisivos de mayor audiencia en señal abierta. (Defensoría del Pueblo, 2001, 8).

Por ello, si bien se produce un salida formal del denominado "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional" -bajo el cual Alberto Fujimori gobernó sin marco constitucional alguno durante 8 meses- mediante un proceso de reinstitucionalización democrática con la convocatoria a elecciones para instalar un Congreso Constituyente encargado de la redacción de una nueva Constitución, en el fondo, desde una perspectiva material, el diseño institucional democrático fue vaciado de contenido desde la aprobación de la nueva Constitución Política de 1993, vía referéndum, operándose un control de casi todas las instituciones por parte del Poder Ejecutivo.

La propia Defensoría del Pueblo de Perú precisaba que a la caída del régimen autoritario de Fujimori, las investigaciones que se iniciaban a nivel judicial y parlamentario daban cuenta *“con significativa claridad que la progresiva desfiguración del sistema democrático obedeció a un proceso consciente y deliberado de ejercer el poder al margen de los mandatos constitucionales tanto formales como sustanciales, orientado a la satisfacción de intereses personales vinculados a la corrupción. En este esquema se utilizaron las instituciones del Estado para sustentar la viabilidad de tal proceso.”* (Defensoría del Pueblo. 2001, p. 11)

No obstante, como se ha adelantado en los párrafos precedentes, el actuar de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado en la lucha contrasubversiva, que conllevaba violaciones de derechos humanos, se hizo efectivo antes de la manifestación del régimen de Fujimori como una dictadura; así, cinco meses antes de producirse el autogolpe del 5 de abril de 1992, el 3 de noviembre de 1991, quince personas fueron ejecutadas extrajudicialmente, entre ellas un niño de 8 años, y otras cuatro resultaron gravemente afectadas en su integridad física mientras participaban de una reunión festiva en Barrios Altos, una zona popular del Centro de Lima. (Caso Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú - fondo, 2001).

Los hechos, una vez producidos, fueron puestos en conocimiento de la opinión pública lo que motivó la conformación de una Comisión Investigadora a nivel del - entonces existente- Senado de la República. Los notables avances de las pesquisas iniciadas que iban mostrando el nivel de participación clandestina de miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército con la respectiva anuencia de la máxima jerarquía de dicho estamento, fueron pronto interrumpidos como consecuencia de la disolución del Congreso, decidida como una medida inmediata luego del referido autogolpe, sin que el Congreso Constituyente Democrático, conformado mayoritariamente por allegados fujimoristas elegidos en noviembre de 1992, procedieran a reanudar la investigación.

Posteriormente a los hechos de Barrios Altos, el 18 de julio de 1992, nueve estudiantes y un catedrático pertenecientes a la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle "La Cantuta", ubicada en las serranías de Lima, también fueron ejecutados extrajudicialmente por efectivos militares en actividad que realizaban acciones clandestinas constituyendo en su mayoría un grupo paramilitar denominado "Colina". Los restos de las diez personas fueron calcinados para ser desaparecidos; una investigación periodística sacó el caso a la luz y se iniciaron investigaciones en sede parlamentaria y judicial, que fueron obstaculizadas de manera deliberada por la intervención directa del gobierno de Fujimori y su mayoría congresal, imponiéndose sanciones benignas a algunos de los responsables a través del fuero militar. (Caso La Cantuta Vs. Perú, 2006).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como queda expresado en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos de 2001, señala que:

“[...] aunque los hechos ocurrieron en 1991, las autoridades judiciales no iniciaron una investigación seria del incidente sino en abril de 1995, cuando la Fiscal de la Cuadragésima Primera Fiscalía Provincial Penal de Lima, [...] denunció a cinco oficiales del Ejército como responsables de los hechos, incluyendo a varios ya condenados en el Caso La Cantuta.

Así,

[...] La jueza [...] del 16 Juzgado Penal de Lima inició una investigación formal el 19 de abril de 1995. Pese a que la mencionada juez intentó tomar declaración a los presuntos integrantes del “Grupo Colina”¹¹ en la cárcel, el Alto Mando Militar se lo impidió.” (Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú -fondo, 2001, 3 - 4).

A los obstáculos interpuestos a los órganos de la justicia ordinaria, el Consejo Supremo de Justicia Militar planteó una contienda de competencia ante la Corte Suprema de Justicia a fin de que el proceso por el Caso Barrios Altos sea tramitado en exclusividad ante el fuero militar. Sin embargo, previa a la decisión del incidente, el 15 de junio de 1995, se publicó la Ley N° 26479, cuyo artículo primero concedió una amnistía general al personal militar, policial o civil que se encontraba denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes o militares en la jurisdicción común o militar.

Sin embargo, la jueza del 16° Juzgado Penal de Lima, en una resolución de 16 de junio de 1995, declaró inaplicable el artículo primero de la referida ley haciendo uso de su facultad constitucional de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes

¹¹ Respecto del "Grupo Colina", la misma sentencia refiere: *"d) las investigaciones judiciales y los informes periodísticos revelaron que los involucrados trabajaban para inteligencia militar; eran miembros del Ejército peruano que actuaban en el "escuadrón de eliminación" llamado Grupo Colina que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo."* (Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú, - Fondo, 2001).

por considerar la norma atentatoria contra la investigación jurisdiccional de casos de violaciones a los derechos humanos. La reacción parlamentaria fue la expedición de una segunda norma de amnistía concretada en la expedición de la Ley N° 26492 que por la vía de una interpretación auténtica afirmaba que la Ley N° 26479 no vulneraba derechos fundamentales ni el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que la amnistía amplia otorgada según sus alcances no era revisable en sede judicial sino de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales, ordenándose el archivo de todos los casos judiciales en trámite.

La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (Informe Anual, 2002, 116 – 117), organismo de la sociedad civil que asumió la representación jurídica de las víctimas en el caso Barrios Altos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera, de acuerdo a la sentencia expedida por esta instancia supranacional, que se ha establecido que el Estado Peruano es responsable por los sucesos de la Matanza de Barrios Altos así como por la expedición y aplicación de las leyes de amnistía Nros. 26479 y 26492.

Las amnistías otorgadas por el Congreso peruano, al ser consideradas incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la propia Corte Interamericana, resultan carentes de efectos jurídicos según los alcances de la sentencia de dicha Corte. Ello ha propiciado un serio cuestionamiento a la expedición de tales medidas que ha dado paso a una abierta postura de sospecha colectiva cuando es planteada en la agenda pública la posibilidad de recurrir a ellas, al considerarse que su expedición estaría vinculada a situaciones sensibles de impunidad por casos de graves violaciones a los derechos humanos.

El efecto de la sentencia de la Corte Interamericana ha sido considerable tanto para la reapertura de procesos contra miembros de las fuerzas de seguridad del Estado como para la determinación de la responsabilidad de quienes sostenían los hilos del poder en la década pasada. Así, la reciente extradición desde Chile del ex presidente Alberto Fujimori forma parte del impacto que ha generado una resolución que viene siendo acatada en el Perú -y también en el país austral- al haberse dispuesto que el Estado Peruano debía investigar los hechos, a fin de identificar a los responsables de la matanza, no sólo como una obligación circunscrita al caso específico resuelto por Corte

Interamericana sino para todos los aquellos procesos que en el país andino han sido paralizados por la vigencia de las leyes de amnistía. (Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú – Interpretación de la sentencia de fondo, 2001).

II. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS NORMAS DE AMNISTIA DE ESPAÑA, CHILE Y PERÚ PARA CASOS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Para efectuar el análisis de las normas que contienen amnistías para casos de graves violaciones a los derechos humanos en España, Chile y Perú se procederá a revisar el contenido de cada una de estas disposiciones a fin de tratar de establecer sus alcances formales y materiales. En cuanto al análisis normativo literal interesa establecer lo referente a: (1) la vía normativa utilizada y el órgano que produjo la norma, (2) los beneficiarios de estas normas, (3) los efectos previstos en las normas que las consagran, (4) el periodo de cobertura con sus efectos. Finalmente se indagará acerca de (5) los supuestos de exclusión para su aplicación.

2.1. Análisis normativo

Para la revisión del contenido literal de las normas que contienen amnistías se opta por asignar a los términos utilizados el significado que viene dado por el uso social o grupal que les resulta propio al referirse a expresiones lingüísticas consideradas en determinadas épocas o momentos históricos y en el contexto de una lengua utilizada en un determinado ámbito geográfico o cultural, todo lo cual resulta ampliamente compartido entre países del ámbito iberoamericano.

Por ello, se puede verificar que salvo ligeras variaciones en la legislación de España, Chile y Perú, los alcances de las amnistías aparecen textualmente de manera similar en las normas penales que regulan dicha modalidad de gracia tanto en su definición como en sus efectos si se atiende a que en líneas generales en los tres casos se trata de figuras jurídicas referidas a las causas de extinción de la responsabilidad penal con efectos retroactivos.

Así, respecto de la regulación y alcances de la amnistía, las normas penales vigentes durante los distintos procesos de transición política señalaban en sus textos, características similares –e incluso idénticas, como en el caso español y chileno- en su desarrollo normativo. En efecto, en el Título V, Capítulo Primero denominado De las causas que extinguen la responsabilidad y sus efectos del Código Penal español de 1940, refundido en 1973, aparece el artículo 112, núm. 3º en el que se establece que: “*La responsabilidad penal se extingue: [...] 3º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.*” (Decreto 2096/1973, 1973, 24014). Del mismo modo, en el Código penal chileno actualizado de 1874, en el Título V denominado De la extinción de la Responsabilidad Penal, su Art. 93 precisa: “*La responsabilidad penal se extingue: [...] 3º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.* (Código Penal, 2008, s/f.). Mientras que el Código Penal peruano en su Título V denominado Extinción de la acción penal y de la pena que contiene el Artículo 89, señala: *Amnistía e indulto-Efectos. La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él* (Código Penal, 1991, 177).

Con estos antecedentes, el análisis se efectuará a partir de las normas legales que conceden amnistías de amplio contenido referidas a hechos que pueden constituir graves violaciones a los derechos humanos expedidas en España, la Ley 46/1977 de 15 de octubre de 1977; en Chile, el Decreto-ley N° 2191 de 19 de abril de 1978 y en Perú, la Ley N° 26479 de 15 de junio de 1995 y la Ley N° 26492 de 2 de julio de 1995.

2.1.1. Norma que contiene la amnistía

CUADRO N° 1

Carácter de las normas que contienen amnistías para casos de graves violaciones de los derechos humanos en Perú, Chile y España

País	Norma	Referencia
España	Ley	Ley 46/1977, sancionada por la Jefatura de Estado, de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes, el 15 de octubre de 1977.
Chile	Decreto ley	Decreto Ley N° 2191, expedido por el Ministerio del Interior en 19 de abril de 1978.

Perú	Ley	Ley N° 26479 y Ley N° 26492, expedidas por el Congreso Constituyente Democrático, elegido para el periodo 1992-1995, en uso de sus facultades legislativas, el 15 de junio y 2 de julio de 1995, respectivamente.
-------------	-----	---

Fuente: Ley 46/1977, Decreto ley 2191, Leyes N° 26479 y 26492

Elaboración propia

En el derecho comparado, las amnistías suelen dictarse a través de normas con rango de ley cuyo rasgo más importante es su generalidad. Esta es la vía optada en los casos de España, Chile y Perú. No obstante, en el caso español y peruano se recurrió a leyes en sentido estricto, expedidas por parlamentos elegidos democráticamente, mientras que la amnistía chilena fue dictada a través de un Decreto ley, variante legislativa utilizada históricamente por regímenes de facto.

El origen democrático de las normas de amnistía expedidas por los parlamentos de España y Perú dotarían a estas medidas de la legitimidad suficiente para su aplicación irrestricta en ambos países; sin embargo, mientras en el caso español su eficacia no habría sido contestada ostensiblemente, en el caso peruano su cuestionamiento ha conllevado condenas internacionales y la posibilidad de su inaplicación en casos concretos. En ambos casos, el análisis constitucional requiere ser profundizado para establecer si es posible un control de los límites a la expedición de tales medidas por los parlamentos.

En el caso chileno, la norma de amnistía adquiere desde su origen una carga moral de sospecha respecto de que habría sido dictada con el fin de favorecer a agentes pertenecientes al propio sector que la expidió; ello a partir de la simple verificación del órgano desde el cual la medida ha sido dispuesta, en este caso un gobierno en manos de una Junta dictatorial.

2.1.2. Los beneficiarios de las amnistías

Para precisar el análisis respecto de los beneficiarios, interesa que se preste atención a la condición de las personas que hayan podido actuar como potenciales perpetradores de graves violaciones de derechos humanos. En ese sentido, conviene efectuar una revisión que considere dos indicadores; el primero está referido al tipo de actividad funcional desempeñada por los destinatarios de la amnistía, intentando

establecer si existe un patrón común en la condición de los funcionarios beneficiados para intentar verificar si dicho patrón se ha constituido, a su vez, en un motivo para la salida no sancionatoria a su favor; y, el segundo tiene en consideración el contenido de los actos en los que dichas personas se hubiesen visto involucradas, y sobre los cuales la amnistía produce sus efectos.

2.1.2.1. Beneficiarios de la última amnistía española

a) Por razón de la actividad desempeñada por los beneficiarios:

De los doce artículos que contiene la Ley de amnistía de 1977, en los incisos e) y f) del artículo 2¹², se hace mención a beneficiarios que han ejercido una actividad relacionada con la función pública: *autoridades, funcionarios y agentes del orden público*. En cuanto a los actos a los que se refiere la ley, allí están comprendidos todos aquellos que tienen una vinculación con las circunstancias políticas que significaron posturas de oposición al régimen franquista.

No obstante, del propio texto de la norma aparece que la amnistía no sólo estuvo destinada a beneficiar a los opositores del régimen que se extinguía –principalmente a miembros del colectivo etarra en prisiones- sino que también se dio acogida bajo sus efectos favorables a los agentes estatales mencionados en el párrafo anterior. Ello dio como resultado un amplio número de beneficiarios que, como en el caso de las amnistías latinoamericanas, podían incluir a civiles y militares. La orientación de la medida también comparte con los casos de Chile y Perú, como se verá, beneficios otorgados a los propios protagonistas del régimen autoritario. En el caso español, además, ello se dio como contrapartida para la búsqueda de salidas hacia el régimen democrático y constitucional (Aguilar, 2004, 24).

Ahora bien, cuando de manera expresa se comprende en los alcances de los beneficios a las acciones que fueron cometidas *contra el ejercicio de los derechos de las personas*, ello si bien constituye una referencia de contenido genérico debe interpretarse en relación con el contexto de la expedición de la norma -expresada en el literal e)- que

¹² "e) Los delitos y faltas que pudieran haber cometido **las autoridades, funcionarios y agentes del orden público**, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley.
f) Los delitos cometidos por **los funcionarios y agentes del orden público** contra el ejercicio de los derechos de las personas." (Ley 46/1977).

delimita su amplio alcance al establecer el propio marco normativo precisando las circunstancias que dan lugar a su expedición; es decir, [...] *con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley*, que son todos aquellos cuyo trasfondo está referido a acciones de intencionalidad política.

No obstante, pese a esta lógica limitación, queda más o menos asumido que ante los delitos cometidos por civiles o militares –que hayan pertenecido al régimen franquista o a los gobiernos de transición- en los que se hayan cometido atentados contra el ejercicio de los derechos de las personas o se hayan afectado estos derechos a partir de una investigación y persecución de carácter político, la gravedad del delito no se ha constituido en un límite para que dejen de operar los beneficios de la amnistía; por tanto se habrían incluido, en el periodo preconstitucional, las violaciones agravadas de los derechos humanos que contaban entonces con protección internacional (Martín Pallín, 2008, 34 – 35).

b) Por razón del contenido de los actos amnistiados:

Las amnistías previstas en la Ley 46/1977 están referidas, en seis de sus doce apartados a infracciones de tipo administrativo, laboral y penal¹³. Las amnistías de

¹³ "I. *Quedan amnistiados:*

Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas.

Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie edemas un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.

Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior (...) siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida a la integridad de las personas.

La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior.

Los delitos de rebelión v sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el Código de Justicia Militar.

La objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, por motivos éticos o religiosos.

Los delitos de denegación de auxilio a la justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política, conocidos en el ejercicio profesional.

Los actos de expresión de opinión, realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación.

Los beneficios de esta ley se extienden a los quebrantamientos de condenas impuestas por delitos amnistiados, al los de extrañamiento acordado por conmutación de otras penas y al incumplimiento de condiciones establecidas en indultos particulares.

Quedan también amnistiadas las faltas disciplinarias judiciales e infracciones administrativas o gubernativas realizadas con intencionalidad política, con la sola exclusión de las tributarias.

carácter penal consideran delitos y faltas, prevaleciendo los efectos del beneficio cuando las acciones cometidas tengan el carácter de infracciones de contenido político.

Ahora bien, como parte de los delitos con intencionalidad política, con el móvil de restablecimiento de las libertades públicas y reivindicación de autonomías, se exceptuó de los beneficios de la amnistía a aquellas acciones que supusieron violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. Dicho tratamiento contrasta por su contenido desigualitario con la amplitud de la previsión favorable para quienes participaron como agentes del régimen previo a la transición, o del propio gobierno de la transición, que quedaban resguardados de las consecuencias penales que corresponderían por la vulneración en el ejercicio de los derechos de las personas.

2.1.2.2. Beneficiarios de la amnistía chilena

a) Por razón de la actividad desempeñada por los beneficiarios:

La amnistía prevista en la primera parte del artículo primero¹⁴ del Decreto ley 2191 que se refiere a *todas las personas en calidad de autores, cómplices o encubridores* que hayan cometido los actos materia de la gracia, si bien no distingue acerca de la función que desempeñan sus beneficiarios -en un aparente respeto del principio de igualdad con la consagración de los alcances generales de la norma- puede deducirse, no obstante, según el propio contenido del texto de la ley, que sus efectos iban dirigidos prioritariamente a favorecer a militares antes que a civiles.

Ello se desprende de lo señalado en la segunda parte del artículo que hace referencia a la vigencia del “estado de sitio” que por su propio carácter excepcional tuvo que estar a cargo de la Junta de Gobierno que asumió una tarea político-militar como General en Jefe de las fuerzas que operaron durante el régimen de excepcionalidad. Se trató, además, de la Junta de Gobierno que interpretó ese momento como el de un “Estado o tiempo de guerra”, con las consecuencias que se derivaron de dicha

Están comprendidas en esta ley las infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad.” (Ley 46/1977).

¹⁴ “Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores [...]”. (Decreto-ley N° 2191).

interpretación, especialmente en lo referente a las decisiones jurisdiccionales provenientes de la Justicia militar.

En una posterior referencia acerca de los beneficiarios de la norma¹⁵ que considera a las *personas condenadas por tribunales militares*, se incluye a militares que pudieron haber sido sancionados por cometer delitos de función, como a civiles que habiendo sido sometidos a la jurisdicción de dichos tribunales –debido a la interpretación de la declaración del estado de sitio como un estado o tiempo de guerra-, se vieron afectados por las consecuencias de tal declaratoria. Sin embargo, era previsible que la intención prioritaria buscara favorecer a personal castrense sometido a investigación por hechos derivados de sus actividades de represión política.

b) Por razón del contenido de los actos amnistiados:

En la referencia literal del articulado acerca de los actos sobre los cuales recaen las amnistías¹⁶: *hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio*, por la que a su vez se precisan la circunstancia bajo la cual procede la medida respecto de los beneficiarios, el texto facilita la incorporación, vía su generalidad, de funcionarios del régimen que cometieron delitos susceptibles de ser considerados como graves violaciones de derechos humanos que, en definitiva, se produjeron de manera sistemática bajo la dictadura militar que ejercía sus acciones en casi permanentes estados de emergencia.

2.1.2.3. Beneficiarios de las amnistías peruanas

a) Por razón de la actividad desempeñada por los beneficiarios:

En el primer párrafo de la primera ley de amnistía expedida¹⁷ se ha considerado beneficiarios a personas pertenecientes al ámbito castrense, de manera irrestricta: *personal Militar, Policial o Civil*. La norma tiene una amplia cobertura de actores al emplear una alusión genérica concretada en la expresión "*cualquiera que fuere su*

¹⁵ "Amnistiase, asimismo, a las *personas* que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren *condenadas por tribunales militares*" (Decreto-ley N° 2191).

¹⁶ "[...] que hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio." (Decreto-ley N° 2191).

¹⁷ "Concédase amnistía general al *personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional*. (Ley N° 26479).

condición", favorable a quienes se encuentren comprendidos en la categoría de *"personal"* dentro de las fuerzas de seguridad del Estado peruano.

El párrafo correspondiente al artículo 2 de la Ley¹⁸ que refiere *al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro y civil*, alude a los beneficiarios en términos similares a los previstos en el artículo previo en cuanto a la amplitud de su alcance; reiterando su objetivo de favorecer prioritariamente a personal militar que se encontraba en distintos niveles de operatividad dentro de la organización castrense. La anotación final del párrafo que hace referencia a cierto tipo de beneficiario *"civil"* aparece ambigua en el texto pues da la impresión de reiterar una amplia acogida a beneficiarios civiles, prevista en el artículo anterior, o a *"personal civil"* que labora en las instituciones militares.

Finalmente, en la primera parte del párrafo del tercer artículo¹⁹ que menciona *al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro* aparece una repetición del contenido del texto del artículo previo, resultando casi idéntico al anterior puesto que sólo se obvia la referencia a los civiles o al personal civil perteneciente a las fuerzas del orden. La segunda parte del artículo aclara el supuesto de esta norma relacionada con una breve contienda bélica protagonizada por los estados de Ecuador y Perú en 1995, con eventos no relacionados a graves violaciones de derechos humanos.

b) Por razón del contenido de los actos amnistiados:

Los delitos materia de los efectos de la amnistía declarada en el artículo 1° de la Ley N° 26479, constituyen un amplio abanico de *"hechos"*²⁰ producidos como consecuencia de la *"lucha contra el terrorismo"*; en tal sentido, allí se ubicarían acciones que configuran tipos previstos en la legislación penal peruana que van desde el abuso de autoridad hasta los asesinatos y secuestros. Asimismo, algunos de los *"delitos"*

¹⁸ *"Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro y civil.* (Ley N° 26479).

¹⁹ *"Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro."* (Ley N° 26479).

²⁰ *"[...] que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo."* (Ley N° 26479).

comunes” que prevé este párrafo resultan asimilables a figuras consideradas como “*delitos de lesa humanidad*” según el Derecho Internacional de los Derechos Humanitario y el Derecho Internacional Humanitario, como son los propios secuestros, las torturas y las desapariciones forzadas. La norma, por tanto, acoge a beneficiarios que se encuentran en diferente situación jurídica en el proceso penal ya iniciado por los ilícitos perpetrados, haciéndose una enumeración de la condición procesal en que puede hallarse el beneficiario con la gracia: *denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar*.

Enseguida, las situaciones procesales planteadas en el artículo 2^o²¹ están referidas a un intento de golpe militar contra el régimen autoritario que dictó la amnistía; hechos que fueron juzgados por la jurisdicción castrense. En este artículo se da cobertura a la situación específica de quienes participaron de dicha intentona develada tempranamente. En este caso no se registraron situaciones que pudieran considerarse violaciones graves de los derechos humanos.

Asimismo, el párrafo correspondiente al artículo 3^o²², al igual que el anterior, está referido al denominado “impasse” fronterizo entre Perú y Ecuador. Lo que resulta interesante a ser destacado, en cuanto al alcance de los efectos de la norma a favor de los beneficiarios, es la referencia a la amnistía general incluso para quienes fueron condenados por los delitos de función previstos en la legislación penal militar; ello en referencia al debate abierto en la doctrina penal respecto de si es posible que el efecto retroactivo de la amnistía puede levantar legítimamente la sanción impuesta por un tribunal. No obstante, como se adelantó previamente, no se hace referencia a situaciones que involucren graves violaciones de derechos humanos.

Finalmente, en el párrafo correspondiente al artículo 3^o de la ley denominada de “interpretación auténtica” de la amnistía general para personal de las fuerzas de seguridad del Estado peruano²³, se amplía los supuestos de la primera ley cuando se

²¹ “[...] *implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de Noviembre de 1992.*” (Ley N° 26479)

²² “[...] *denunciado, procesado o condenado por los delitos de infidencia, ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del reciente conflicto en la frontera norte.* (Ley N° 26479)

²³ “*Interpretase el artículo 1° de la Ley N° 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u*

pretendía aclarar su sentido puesto que tras ordenar la aplicación obligatoria de la amnistía precisa que los hechos materia de la medida comprenden *todos* aquellos *derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995.*

El supuesto de la situación procesal de los beneficiarios que acoge a quienes se encuentren denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por delitos comunes y militares favorecidos con la amnistía, añade, para extender ilimitadamente sus efectos, a quienes no se encuentren en cualquiera de las previsiones procesales indicadas; es decir quienes no se hallen implicados como sujetos en algún proceso penal.

El propósito inmediato de la ley interpretativa era que se concrete la aplicación de ambas normas de amnistía sin someterse al control judicial de constitucionalidad previsto en el ordenamiento jurídico peruano.

En síntesis, respecto de los beneficiarios de las normas de amnistía en casos de violaciones de derechos humanos en los tres países, se puede apreciar lo que aparece en el siguiente cuadro comparativo:

CUADRO N° 2

Beneficiarios de amnistías para casos de graves violaciones de los derechos humanos en Perú, Chile y España

	España	Chile	Perú
Por razón de la actividad desempeñada por los beneficiarios	Autoridades, Funcionarios y Agentes del orden público Opositores políticos y trabajadores	Todas las personas en calidad de autores, cómplices o encubridores	Personal militar, policial o civil

originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado, se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado” (Ley N° 26492)

Por razón del contenido de los actos amnistiados	Delitos y faltas	Hechos delictuosos	Delitos comunes y militares
	Infracciones laborales y administrativas		

Fuente: Ley 46/1977, Decreto ley 2191, Leyes N° 26479 y 26492

Elaboración propia

2.1.3. Efectos de las normas de amnistía

El efecto genérico de las amnistías constituye la extinción de la responsabilidad penal. En el caso español la Ley 46/1977 considera que: *La amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal*. Este efecto genérico lleva aparejada la extinción de *de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio* por los actos considerados pasibles de ser amnistiados.

En cuanto a las penas, de forma específica la ley española refiere a los efectos de la medida a favor de militares que hubieren sido objeto de sanciones disciplinarias en su fuero, precisando que de haberse dictado *la pena accesorio de separación del servicio o pérdida de empleo, la amnistía determinará la extinción de las penas principales y el reconocimiento, en las condiciones más beneficiosas, de los derechos pasivos que les correspondan en su situación.*²⁴

Bajo la misma lógica, para los funcionarios civiles afectados por el régimen franquista, tras la guerra, también se dispone de manera específica el alcance de los efectos que conllevará la medida de gracia disponiéndose la reintegración plena de sus derechos y el reingreso en sus cargos. A todo ello se acompañan, tanto para civiles como militares, disposiciones referidas al reconocimiento de derechos a sus herederos, la eliminación de los antecedentes generados en contra de los agentes y funcionarios de la II República, así como la percepción de haberes tratándose de militares profesionales y miembros de las fuerzas de orden público condenados y encausados por los actos a los que se extiende la amnistía.²⁵

²⁴ La norma cuya finalidad permitía dar acogida a las demandas de los militares fieles al gobierno de la República que fueron afectados en su libertad y sus empleos como resultado de la Guerra Civil, reconocía la legitimidad del Ejército de la II República, más no admitía, a su vez, la posibilidad de una condena jurídica para quienes hicieron posible tales vulneraciones. (Baylos Grau, 2008, 188 – 191).

²⁵ *Los efectos y beneficios de la amnistía (,,) serán en cada caso los siguientes: La reintegración en la plenitud de sus derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles sancionados, así como la reincorporación de los mismos a sus respectivos cuerpos, (...). El reconocimiento a los herederos (...) del derecho a percibir las prestaciones debidas.*

Si bien en el caso chileno no se prevén, en el Decreto ley de amnistía, los efectos de manera expresa, debe considerarse supletoriamente aquellos previstos en el Código Penal de 1874, mientras que en las amnistías peruanas se adopta una serie de medidas de aplicación inmediata por parte de diferentes órganos jurisdiccionales y administrativos que conlleven a la puesta en la libertad de condenados o encausados y a la rehabilitación de sus antecedentes, precisando que: *El Poder Judicial, Fuero Común, Fuero Privativo Militar y el Ejecutivo, procederán (...) a anular los antecedentes policiales, judiciales o penales, que pudieran haberse registrado contra los amnistiados (...), así como dejar sin efecto cualquier medida restrictiva de la libertad que pudiera afectarles. Procederán igualmente a excarcelar a los amnistiados que estuvieran sufriendo arresto, detención, prisión o pena privativa de la libertad, quedando subsistentes las medidas administrativas adoptadas.* A ello se agrega la orden de archivo definitivo de todos los casos en los que se hubo iniciado la investigación criminal.

En definitiva, en las dos situaciones en las que se prevén medidas expresas, se puede apreciar que por un lado en el caso peruano, ante una manifiesta resistencia jurisdiccional a la aplicación de la primera ley por algunos jueces, la previsión de los efectos generales tratan de ser reforzado en los contenidos de la segunda ley con disposiciones de carácter procesal. En el caso español, la variedad de amnistías dictadas, produce diversos efectos que son detallados para que a la hora de su aplicación no se genere un amplio margen de interpretación que contrarreste su finalidad.

La eliminación de los antecedentes penales y notas desfavorables en expedientes personales, aún cuando el sancionado hubiese fallecido.

La percepción de haber pasivo que corresponda, en el caso de los militares profesionales, con arreglo al empleo que tuvieron en la fecha del acto amnistiado.

La percepción del haber pasivo que corresponda a los miembros de las fuerzas de Orden público, incluso los que hubiesen pertenecido a cuerpos extinguidos.

2.1.4. Ámbito temporal

CUADRO N° 3

Periodo de cobertura de los efectos de las normas que contienen amnistías para casos de graves violaciones de los derechos humanos en España, Chile y Perú

País	Período	Referencia
España	Indeterminado	"[...] realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis" (Ley 46/1977)
Chile	4 años y 6 meses	"[...] comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas" (Decreto ley N° 2191)
Perú	15 años	"[...] y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley." (Ley 26479). [...] "desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995" (Ley 26492)

Fuente: Ley 46/1977, Decreto ley 2191, Leyes N° 26479 y 26492

Elaboración propia

En el caso español, cuyo ámbito temporal resulta el más prolongado, es importante señalar que respecto de la temporalidad de hecho, ésta no ha de referirse únicamente al momento en que se consuma la acción delictiva pues, de conformidad con el apartado II, párrafo primero del Código Penal vigente en este país al momento de la expedición de la norma, cabía entender que el momento de realización del acto no sólo es aquél en el que lo concreta sino el que corresponde a los denominados actos de inicio de la actividad criminal (Sobremonte, 1980, 103).

2.1.5. Situaciones excluidas de los efectos de la amnistía

Si bien la ley de amnistía española no prevé de manera expresa situaciones de exclusión de los efectos de la medida, Baylos Grau (2008, 193) sostiene que existe un supuesto referido al personal militar al que se le hubiera impuesto o pudiera imponérsele la pena accesoria de separación del servicio o pérdida de empleo, -que fue visto al tratar sobre los efectos de la amnistía española- en esta situación la ley de amnistía determinaba *la extinción de las penas principales y el reconocimiento en las condiciones más beneficiosas de los derechos pasivos que les correspondieran en su*

situación. En la práctica, esta disposición impidió a lo militares de la Unión Militar Demócrata (UMD) gozar del amplio alcance de la amnistía pues fueron privados de la posibilidad de reincorporarse a las Fuerzas Armadas democráticas.

En las normas de amnistía chilena y peruana se prevén algunas situaciones que continuaron estando bajo los efectos de las leyes penales de ambos países. Ahora bien, el dato más interesante es el que proporciona la norma chilena que excluye de lo efectos de la medida de gracia a *las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc* (Decreto Ley 2191); es decir, como fue anticipado, los casos correspondientes a los asesinatos de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt. Aunque, al mismo tiempo, esta disposición deja traslucir la arbitrariedad en el modo en que se dicta la medida cuando se plantea una salida en base a una regla general para favorecer con los efectos de una amplia amnistía a sus propios agentes, mientras que gracias a la presión internacional quedan a salvo los avances de las investigaciones iniciadas en un caso que había trascendido más allá de las fronteras chilenas -beneficio que debía extenderse a otros casos ocurridos dentro de ese país-, haciéndose de manifiesto el carácter estrictamente político de la medida.

En cuanto a los supuestos de exclusión de la primera ley de amnistía peruana se restringe la gracia al *personal Militar, Policial o Civil que se encuentra denunciado, investigado, encausado o condenado por los delitos de Tráfico ilícito de Drogas, de Terrorismo y Traición a la Patria* (Ley 26479). Esta norma está dirigida básicamente a personal castrense. Asimismo, en la norma que interpreta la primera ley ampliando sus efectos se deja de hacer referencia al personal militar y civil para establecer la exclusión del beneficio para “*personas*” involucradas en delitos de variada índole. Así, recurriéndose a una deplorable técnica legislativa se hace una desordenada enumeración²⁶ que deja de lado su referencia prioritaria al supuesto de la lucha contra el terrorismo que estaba previsto en la primera ley dictada por el Congreso peruano.

²⁶ En esta disposición se consideran: *delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia e intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones legales, estafas*

2.2. Análisis material

Este análisis intenta verificar los límites previstos para la vigencia de las normas de amnistía que consagran graves violaciones a los derechos humanos dentro del modelo del Estado social y democrático de Derecho. La observancia a estos límites haría compatible la coexistencia de las amnistías con el resto de normas del ordenamiento jurídico constitucional.

Las constituciones políticas de España, Chile y Perú asumen la vigencia del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Así, en la Constitución Española se verifica su adopción en los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la C.E.; en tanto que para Chile se desprende del contenido de los artículos 4° y 6° de su Carta Magna. Finalmente en el caso peruano el modelo está contenido de la revisión de los artículos 43°, 45° y 46° de la C.P. Sobre la base de ese marco jurídico, el análisis asume lo señalado por García de Enterría, quien respecto del caso español señala:

El principio del Estado de Derecho debe entenderse [...] como "Estado material de Derecho", y su articulación técnica se produciría, entre otros conceptos a través de los valores superiores del artículo 1.1, y la dignidad y los restantes contenidos del artículo 10.1. (García de Enterría, 1976, 104).

Por otro lado, a fin de interpretar adecuadamente la acogida constitucional de las amnistías para casos de graves violaciones a los derechos humanos, se hace necesario acudir a la argumentación sistemática a través de la cual para otorgar significado a un enunciado normativo es necesario tomar en cuenta otros enunciados normativos del mismo sistema de normas en vigor. Por ello, si bien la amnistía encuentra sus orígenes en el antiguo régimen, concretamente en las potestades de gracia ejercidas por los soberanos (Lozano, 1991, 1027) y éstos en el ejercicio de sus poderes podían disponer la aplicación o no a determinados súbditos de una norma sancionatoria de una conducta delictiva, resulta innegable la acogida de esta institución en el marco del Estado

y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario (Ley N° 26492).

constitucional, adaptándose a la nueva forma de organización del poder, por tanto la titularidad para dictarla fue paulatinamente asumida por el Parlamento.

La acogida constitucional de la amnistía no está exenta de conflictos; inclusive, su previsión como figura vinculada a los efectos del ordenamiento penal encuentra cuestionamientos desde quienes sostienen que su aplicación debilita los fines de prevención general y ocasiona un quiebre al principio de legalidad; en ese sentido para un destacado especialista en derecho penal, con ella se anula o deroga temporalmente, el carácter típico delictivo de determinadas conductas, calificándolas como lícitas sin afectar la vigencia de la ley penal. (Berdugo, 1996, 94).

La acogida de la amnistía en el marco del Estado moderno bajo el modelo del Estado constitucional ha requerido adaptar sus fundamentos y fines, caracterizándose, en el nuevo marco estatal, por su excepcionalidad. Bajo ese marco es indispensable definir las circunstancias por las que excepcionalmente se admite su expedición por los Parlamentos; así como la posibilidad de controlar su vigencia en caso de resultar contraria al marco constitucional. Por tanto, para determinar las situaciones y los parámetros de validez de las normas de amnistía es necesario confrontar distintos valores y principios constitucionales, en especial, los que se fundan en consideraciones de justicia material y seguridad jurídica.

2.2.1. Exigencias materiales bajo el Estado constitucional

Bajo el Estado constitucional y democrático de Derecho se requiere asumir tres premisas que dan sustento al análisis de los límites de las amnistías. Estas premisas son la supremacía normativa de la Constitución, la garantía de los derechos fundamentales y la coexistencia axiológica de principios del marco constitucional.

En primer lugar, la supremacía normativa de la Constitución sobre el resto del ordenamiento está prevista en el artículo 9.1 de la Constitución española, el artículo 6° de la Constitución chilena y se deduce del contenido de los artículos 51° y 138° de la Constitución peruana. Este principio consagra la prevalencia de la norma fundamental sobre toda norma legal y a su vez la preferencia de la primera en caso de incompatibilidad con la segunda, al momento de su aplicación por parte de los operadores jurídicos, y en especial por quienes administran justicia.

En segundo lugar, la garantía de los derechos fundamentales consagrada en el artículo 10.1 de la Constitución española, el 5º de la Constitución chilena y el 1º de la Constitución peruana constituye la expresión de una opción individualista que subordina al Estado y a la sociedad al respeto y la defensa del ser humano y su dignidad. Los derechos fundamentales son por ello el parámetro de validez sustancial o límite de todos los actos del poder estatal²⁷, cuya legitimidad no dependerá solamente de que dichos actos se ajusten a los procedimientos formales de su producción, sino que además éstos no vulneren su contenido constitucional esencial, afectando su vigencia.

Finalmente, la coexistencia axiológica de principios constitucionales se asienta en el reconocimiento de que la Constitución incorpora en sus normas sustanciales un conjunto de principios abiertos e incluso antinómicos que concretan el carácter plural de la dinámica democrática de la sociedad que está representada en su normativa. Por esa razón, las salidas a los conflictos entre valores, derechos y otros bienes jurídicos constitucionales requieren, por su carácter principial, soluciones ponderadas (Alexy, 2008). De este modo, no es posible admitir a priori la superioridad o el carácter absoluto de uno o algunos principios, sino resulta indispensable la necesaria ponderación entre todos ellos.

Bajo este marco se entiende que los problemas que plantean las leyes de amnistía se sitúan en el ámbito de un análisis material, por ende, atienden a la entrada en juego de principios constitucionales ya que de un lado se formulan exigencias de derechos como a la tutela judicial efectiva para alcanzar sanción y reparación mientras que de otro se plantea la imposibilidad de cuestionar las leyes de amnistía según criterios de seguridad jurídica que gozan de reconocimiento constitucional.

²⁷ Dada la influencia del tratamiento de los derechos fundamentales a partir de su consagración en la Constitución española en muchos textos constitucionales latinoamericanos, se debe considerar su carácter de irradiación como lo plantea Peces-Barba: *"La norma básica de identificación normativa permite abordar los derechos desde una perspectiva funcional, es decir, nos permite responder a la pregunta pare que sirven; para ello, se propone tratarlos desde un punto el vista objetivo y subjetivo. Desde su objetividad, los derechos fundamentales se entienden como un subsistema dentro del ordenamiento jurídico, son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas, cuya raíz son los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución"*.(Peces-Barba, 1999, 354)

2.2.2. Límites a las amnistías para graves violaciones de derechos humanos

Las normas dictadas que consagran amnistías para casos de graves violaciones de derechos humanos -a través de leyes y decretos leyes- cuyos efectos se prolongan hasta la actualidad, como ocurre en España, Chile y Perú, no pueden ser evaluadas exclusivamente por su conformidad con las exigencias formales de órgano y procedimiento de creación legislativa. La amnistía como cualquier otro acto emanado del poder estatal no puede ser la expresión de la arbitrariedad sino que requiere estar debidamente justificada y legitimada por el respeto a los límites sustanciales o materiales de la Constitución.

Un primer límite, como se mencionó, exige el reconocimiento de la excepcionalidad en la expedición de normas que contengan amnistías en razón de los conflictos que plantea por su naturaleza contradictoria con otras instituciones del ordenamiento jurídico penal al situar *a las leyes que la acuerdan como una esfera en la que determinados mandatos dirigidos al legislador penal carecen de eficacia*. (Pérez del Valle 2001, 197).²⁸

Un segundo límite exige el respeto de los derechos fundamentales y el sistema de valores jurídicos y bienes que éstos representan; así, los derechos fundamentales son desde su origen un límite para los actos arbitrarios del poder estatal, en tanto que una mayoría política no puede disponer de ellos (De Asís, 2000, 24 – 28). De este modo, constituyen un ámbito vedado al poder estatal y por ende al legislador, en el sentido de que no es posible desconocerlos ni afectar a su contenido constitucional.

Un tercer límite exige el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad a los que debe someterse todo acto del poder público que incida en la afectación de la vigencia de los derechos humanos; de ese modo la prioridad en la ponderación que es una característica de los derechos fundamentales se evalúa a partir de la consagración de otros bienes valiosos para el régimen constitucional como puede ser un momento de “refundación política” (Pérez del Valle, 2001, 201).

²⁸ “En especial se alude al mandato de continuidad, que establece ciertos límites al legislador en cuanto a la renovación y al cambio del derecho, impidiendo modificaciones bruscas injustificadas, y al mandato de consecuencia referido al deber de persecución penal, en cuanto la ley penal está vinculada a una ley penal del Estado, que -en cuanto es constitucionalmente adecuada- tiene el deber de ejercerla. (Pérez del Valle 2001, 197)

En definitiva, una norma que contenga amnistías y que se expida contrariando estos parámetros podría resultar inválida por inconstitucional al estar sometida al control de constitucionalidad, sea por la vía del control concentrado previsto en el ordenamiento de España, Chile y Perú, o del control difuso de conformidad con lo que establecen los ordenamientos de los dos países latinoamericanos.

2.2.3. Salidas en el marco constitucional

Los sistemas jurídicos contemporáneos deben superar un amplio debate jurídico y político cuando al interior de sus ordenamientos se plantean una serie de dificultades cuando se les exige respuestas satisfactorias para experiencias masivas de graves violaciones a los derechos humanos, cometidas bajo regímenes autocráticos.

Los presupuestos normativos constitucionales suelen estar diseñados para responder a situaciones planteadas desde los propios parámetros jurídicos elaborados por órganos en estado de normalidad institucional. Parámetros que se ven superados cuando es el propio poder político el que ejecuta una voluntad manifiesta de transgredir el respeto a los valores sociales constitucionalizados que inspiran la propia convivencia asumiendo que el Estado asegura la garantía y protección de los integrantes del cuerpo social. El resultado del actuar arbitrario vacía de contenido el principio de seguridad estatal. Tras el mencionado escenario cabe que, bajo una fase de reinstitucionalización, el propio poder político implemente mecanismos legales para garantizar la salida de situaciones de extrema injusticia (Radbruch, 1974, 44).

De este modo, tanto en España, Chile y Perú los respectivos ordenamientos jurídicos de cada uno de estos países no contaron con reglas que prevean expresamente la posibilidad de anular los procesos que sirvieron para consolidar las salidas no sancionatorias en casos de violación a los derechos humanos, consagradas por las normas de amnistía. Ahondando en las dificultades, prever una legislación que ataque directamente las normas de amnistía u otras de efectos similares –como es el caso de la Ley 25779, que declara insalvablemente nulas las leyes de Punto Final y Obediencia Debida en Argentina (Cayuso, 2004, 4)- no soluciona los problemas en todas sus dimensiones jurídicas al persistir el conflicto en torno a los efectos de la ley penal en el tiempo ocasionado por dichas normas que responden al valor de la seguridad jurídica.

Mientras tanto, los aportes desde los avances del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para el tratamiento de las graves violaciones a estos derechos, ocurridos tanto en el ámbito iberoamericano, progresan con la elaboración de instrumentos, sentencias, tribunales ad hoc y pautas interpretativas que van favoreciendo la persecución de delitos de lesa humanidad (Salmón, 2006, 6 - 11). Ello incide en el tratamiento constitucional de normas que consagran la impunidad por hechos que afectan gravemente la dignidad humana ya sea en aplicación de previsiones expresas en las propias constituciones -como es el caso del artículo 10.2 de la Constitución Española y la Disposición Final y Transitoria Cuarta de la Constitución peruana- o vía la intervención directa de los órganos jurisdiccionales como en el caso chileno (Zúñiga, 2007, 525 – 531).

En efecto, como constata la Defensoría del Pueblo de Perú (2001, 18) *no siempre resulta positivo que el legislador prevea la solución en el plano normativo, [...] Así, muchas veces las antinomias no pueden ser resueltas en sede legislativa, sino en sede jurisdiccional; pues hacerlo en sede legislativa obligaría a doblegar con carácter general ciertos valores en beneficio de otros, introduciendo una jerarquía en el seno de la constitución que ésta no ha querido prever.*

Podría plantearse, no obstante, siguiendo a Goldman, (n.d., 3) citado por Landa (1996, 78) una suerte de principio que adquiriera un mayor peso en la ponderación atendiendo a los fines de la supervivencia estatal mediante la refundación y el clamor de justicia de las víctimas. Dicho principio consistiría en dar preferencia a las víctimas en tanto que individuos ubicados frente a los fines estatales colectivos; por ello: si bien *“el derecho del estado de abolir u olvidar los crímenes de aquellos que han infringido su soberanía mediante la rebelión o de otra forma, emana del papel del estado como víctima. En tales casos el estado puede hallar que sus intereses, tales como la reconciliación y otros, son mejor servidos por una amnistía. Sin embargo, el estado no debería tener la prerrogativa de abolir u olvidar sus propios crímenes o los de sus agentes cometidos contra sus propios ciudadanos, ese derecho sólo pertenece a las propias víctimas”.*

El papel jugado por los Tribunales Constitucionales y los órganos jurisdiccionales resulta relevante, aunque las experiencias son diversas. En España, la

propia Ley de Amnistía 46/1977 prevé que su aplicación será de competencia exclusiva de *los jueces, Tribunales y autoridades judiciales* a quienes corresponde adoptar las decisiones necesarias para cumplir lo previsto por dicha norma. El Tribunal Constitucional español ratificó lo previsto en esta ley (Auto de 5 de noviembre de 1980) para el caso de la aplicación de otras normas de amnistía (Real Decreto Ley 19/1977), declarando la inadmisibilidad de amparos de conformidad con el artículo 161 de la C.E. y los artículos 2 y 4 de la L.O.T.C. (Almagro, Saavedra, 1989, 55).

Asimismo, si bien mediante la STC 63/1983 el Tribunal asumió que la amnistía *responde a una razón de justicia, se autolimitó en su labor para efectuar un desarrollo interpretativo de los alcances de las Leyes de Amnistía Nros. 10/1976 y 46/1977, adoptando como regla para modificar los efectos de dichas normas que sólo el legislador -desde la igualdad- podrá integrar el derecho que permita la aplicación en cada caso de la amnistía.* Sin embargo, en la STC 147/1986, referida a la amnistía laboral, se reconoce que para resolver casos vinculados a la medida de gracia *no es posible contar con soluciones apriorísticas o con criterios de general aplicación en los que hallar los fundamentos de la resolución que se dicte. Puesto que cada caso problemático puede presentar facetas propias y específicas.* En consecuencia, la resolución considera que, en efecto, la amnistía es una institución que *afecta a la seguridad jurídica, principio consagrado en el art. 9.3 de la C.E. Ello sucede porque la amnistía que se concede altera situaciones que han sido consagradas por Sentencias judiciales firmes, provistas del valor de cosa juzgada.*

La ponderación a favor del principio de seguridad jurídica ha sido una constante en la práctica de los órganos jurisdiccionales españoles. No obstante, señales reveladoras de una opción jurisdiccional a favor del restablecimiento de la justicia material se vienen dando a través de la tramitación de recursos de revisión de condenas ante el Tribunal Supremo por los juicios sumarios llevados a cabo por los tribunales castrenses del periodo franquista. Ése es el caso decidido en la Sentencia de la Sala de lo Militar de 19 de febrero de 2007 que ha revisado lo resuelto en contra del inocente ejecutado Ricardo Puente (Escudero, 2008, 221 - 227). En la misma corriente aparece la reciente noticia de la investigación que el Juez Baltasar Garzón iniciará sobre los desaparecidos durante el régimen de Franco (El País, 2008, 2 de setiembre).

En el caso chileno, luego de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictara sentencia en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, disponiendo que el Decreto ley 2191 de Amnistía, carece de efectos jurídicos respecto de los crímenes de lesa humanidad al vulnerar los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los órganos jurisdiccionales chilenos a través de la Corte Suprema de Justicia de ese país han sentado una nueva doctrina jurisprudencia con la resolución vía casación del “Caso Molco” referido a delitos comprendidos bajo las figuras de crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad. (Zúñiga, 2006, 4)

Al resolver el caso, la Corte Suprema chilena casó una resolución expedida por la Corte de Apelaciones de Valdivia que había declarado prescrita la acción penal por la comisión del delito de homicidio por parte de un grupo de carabineros chilenos en contra de militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), crímenes cometidos el 23 de setiembre de 1973, en los inicios de la dictadura militar.

La Corte Suprema ha considerado que es necesaria una revisión de las instituciones de la amnistía y la prescripción bajo el marco del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el propio ordenamiento constitucional del país austral. Para ello, se ha extendido los alcances de la interpretación que el propio régimen de facto realizó respecto del Estado de sitio como un “estado o tiempo de guerra”, para establecer que las acciones militares emprendidas debían respetar los Convenios de Ginebra y la legislación de la jurisdicción militar chilena de ese periodo, reconociendo además el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad.

En suma, esta resolución, basada en los antecedentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de los casos Barrios Altos y Almonacid, acoge una doctrina jurisprudencial ya consolidada en Chile por la cual a fin de que se dé prevalencia al derecho internacional en caso de que surja contradicción con el derecho interno, se opta por el principio de aplicabilidad preferente del derecho supranacional que permite armonizar la identificación de las fuentes del derecho internacional con las obligaciones estatales conforme a la Convención de Viena.

Finalmente, en el caso peruano, con posterioridad a la sentencia del 14 de marzo de 2001 en el Caso Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos declarando a las Leyes de Amnistía Nros. 26.479 y 26.492 incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, carentes de efectos jurídicos, se dio paso a la reapertura a nivel interno de procesos contra los miembros del denominado grupo Colina, escuadrón paramilitar vinculado al Servicio de Inteligencia del Ejército, por su responsabilidad en acciones de secuestro, desaparición forzada, ejecución extrajudicial y tortura al ser protagonistas de casos de amplia cobertura mediática, como el de La Cantuta, por el que el Estado peruano recibió en 2006 una nueva condena internacional.

Innumerables atentados ejecutados por este grupo son parte de la investigación jurisdiccional promovida por delitos de violación a los derechos humanos, previstos en la legislación peruana, en contra del ex presidente Alberto Fujimori y su ex asesor Vladimiro Montesinos; ambos fueron las cabezas de una organización político-militar que se apoderó del aparato estatal peruano desviando su poder para favorecer, mediante la corrupción y el tráfico de drogas institucionalizados, sus intereses personales.

Así, la historia de las amnistías en España, Chile y Perú evoca a figuras jurídicas similares con trayectorias distintas. Para el ámbito de Chile y Perú, las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos impulsan a los estados a saldar sus cuentas con el pasado, mientras que en España su expedición permitió allanar el camino hacia su refundación política y democrática.

CONCLUSIONES

1. Se ha realizado una revisión de tres experiencias de tratamiento de las amnistías que revisten un especial carácter al intentar identificarlas como normas que consagran la impunidad de graves violaciones de derechos humanos en el ámbito europeo y latinoamericano: España, Chile y Perú.

La hipótesis planteada para ser verificada con la información obtenida y el análisis de los contextos políticos así como el contenido normativo literal y material, asumía que a pesar de tratarse de una misma institución jurídica compartida en el ámbito iberoamericano, sus efectos y significados varían en razón de las propias coyunturas políticas de los tres países, en los que debían desplegarse sus efectos.

Así, efectuada la breve exploración de los contextos jurídico-políticos bajo los cuales se expidieron las normas que consagraron las amnistías estudiadas, se verificó la posibilidad de llevar a cabo la comparación del desarrollo político y constitucional de la institución entre los tres países, procediéndose a identificar los rasgos más característicos de los regímenes autocráticos que dieron sentido a la expedición de las normas de impunidad.

Además, verificadas las características particulares vividas en cada uno de los países estudiados en sus procesos de transición a la democracia, se hizo patente el diferente sentido que adoptaron las normas de amnistía desde su expedición hasta su desarrollo jurisprudencial constitucional, ordinario e internacional.

Los tres estados estudiados van consolidando su proceso de robustecimiento democrático, y bajo esa experiencia los debates y opiniones en torno a la vigencia de las amnistías se conjugan con otros temas vinculados al pasado reciente. Si el propósito era olvidar a través de ellas, su finalidad se subvierte dando paso en las tres realidades estudiadas a una demanda por la memoria histórica.

2. España padeció la experiencia más antigua de un quiebre democrático que tras fracasar conllevó el inicio de una guerra civil que marcaría, desde julio de 1936, el destino de su población hasta la actualidad. Instalado en el poder el General Francisco Franco, éste personalizó el régimen bajo el símbolo del Caudillo. Casi cuarenta años después, tras su muerte, al ser reinstaurada la Monarquía española con el Rey Juan

Carlos I, se acogió, desde amplios sectores, la posibilidad de que se conceda una amplia amnistía que se concretó, el 15 de octubre de 1977, luego de varios antecedentes de normas similares previas, restringidas en cuanto a sus beneficiarios y alcances. La última amnistía consagrada en la Ley 46/1977 estableció medidas de gracia para delitos y faltas de intencionalidad política y diversas figuras específicas de infracciones penales, laborales y administrativas, culminando un proceso desencadenado en nombre de la “participación de los espíritus, la reconciliación y la concordia nacional”. La amnistía cerró la secuencia de la guerra vivida en la dictadura, no escatimó en beneficiar a casi todos los actores de la escena política española. En su afán, los españoles a través de sus representantes, dieron preferencia al deseo mayoritario de refundación política antes que a la demanda de justicia de la víctimas y afectados en sus derechos humanos por el régimen franquista.

3. El 11 de setiembre de 1973, tras la caída del gobierno democrático de izquierda de la Unidad Popular se instaló en Chile un “régimen militar” dedicado a sacar de la crisis al país austral mediante operaciones represivas de alcance internacional. Pinochet y las Fuerzas Armadas que lo secundaban, desdeñosos del sistema de partidos persiguieron a los activistas progresistas y revolucionarios, prohibiendo las actividades de los partidos políticos. Tras casi cinco años de su ascenso al poder, el 19 de abril de 1978, mediante el Decreto Ley N° 2191 el régimen militar concedió amnistía a los autores, cómplices o encubridores de hechos delictivos ocurridos durante la vigencia del estado de sitio que se había declarado entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. El Informe Rettig de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación sostendría, más tarde, en la década del '90, que los tribunales dictaron sobreseimientos en procesos contra personal “uniformado” al amparo de la norma de amnistía. Consolidada la democracia de partidos, las amnistías van cayendo y prevalece la acción de los tribunales.

4. En el caso peruano, el conflicto armado interno vivido en el país andino tuvo consecuencias importantes para el desmoronamiento de la institucionalidad y el incremento del poder militar. Las fuerzas de seguridad del Estado enfrentaron la subversión desarrollando estrategias militares poco respetuosas de los derechos humanos. La pérdida de vidas humanas fue asumida como un costo necesario para

alcanzar la pacificación del país. Población y gobernantes actuaron vulnerando el ordenamiento constitucional y legal del Perú, así como el marco internacional de protección de los derechos humanos. El gobierno de Alberto Fujimori, al emprender el camino de la autocracia mediante el autogolpe de 5 de abril de 1992, concentró el poder y favoreció la impunidad de los efectivos militares que acompañaron su régimen. Dos leyes de amnistía de amplios alcances ocasionaron una drástica condena internacional y la protesta por su expedición contribuyó a valorar el modelo de estado social y democrático de Derecho.

5. Las leyes de amnistía dictadas en España, Chile y Perú beneficiaron ampliamente a agentes de las fuerzas de seguridad estatales así como a funcionarios de sus regímenes autocráticos. En España, no obstante, la medida también se extendió masivamente a los opositores políticos del franquismo. Como en la generalidad de las experiencias comparadas, las amnistías son dictadas a través de leyes de contenido genérico, o normas con rango de ley. Perú y España coincidieron en la participación de sus respectivos parlamentos para aprobar sus leyes de amnistía que por sus alcances favorecen la impunidad de los perpetradores de casos de graves violaciones de derechos humanos, mientras Chile, elaboró una típica autoamnistía en la que el propio aparato vulnerador de derechos se otorga la gracia para evitar investigaciones y sanciones.

6. Bajo el marco de un Estado constitucional las amnistías se admitirán, expresamente en Perú y Chile, y bajo polémica ante el silencio en España; no obstante sus efectos serán materia de control bajo ciertas condiciones que revisen su carácter extraordinario. El control constitucional y jurisdiccional ordinario opera para verificar que su expedición y sus efectos se circunscriban a los límites impuestos por su excepcionalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la coexistencia axiológica de los principios constitucionales ante la evidencia de la antinomia que rodea su acogida constitucional contraponiendo justicia material y seguridad jurídica.

7. El mismo marco constitucional requiere dar prioridad a la vigencia de los derechos fundamentales por encima de consideraciones colectivas; Sin embargo, las circunstancias vinculadas a la concreción de una “refundación política”, presentes en el caso español, no resultan desdeñables si las premisas del nuevo orden jurídico-político garantizarán de manera efectiva los derechos que el régimen previo vulneraba. Las

salidas ponderadas, más factibles en el ámbito jurisdiccional, van poniendo de manifiesto que el uso de argumentos favorables a la concreción de la justicia material incorpore en la interpretación constitucional y legal, textos del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Los avances en el tratamiento de la amnistía en los países latinoamericanos se han visto acentuados por la intervención de sus jueces ordinarios, sus tribunales constitucionales y los cauces de apertura a las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos. Mientras en España, el debate en torno a los avatares por la reivindicación de la memoria histórica va trazando una vía para afrontar un pasado impregnado por la prolongación de los efectos de la última ley de amnistía.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO, C., (2001) *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid, Civitas.
- AGUILAR, P., (2004), “Guerra civil, franquismo y democracia”, *Claves de razón práctica*, Nº 140. Progres.
- ALEXY, R. (2008) *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALMAGRO NOSETE, J. (1989) *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, 2ª Ed. Tomo I, Valencia, Tirant lo blanc.
- BACIGALUPO, E., (1991), *Principios de derecho penal-Parte general*, 14ª edición, Madrid, Dykinson.
- BARAHONA, A., AGUILAR, P., GONZALEZ, C. (eds.), *Las políticas hacia el pasado. Juicios, depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*. Istmo, Madrid.
- BAYLOS GRAU, A., (2008), “Derechos económicos derivados de la memoria histórica”, *Derecho y memoria histórica*, 185 – 208, Madrid, Trotta.
- BERDUGO, I., (1996), *Lecciones de Derecho Penal*, Praxis, Barcelona.
- BUENO OCHOA, L., (2007), *Elogio y refutación del indulto. Estudio sobre la gracia de indulto y su regulación en el ordenamiento jurídico español*, Pról. Francisco Gerardo Martínez Tristán, Madrid, Ediciones FIEC.
- CAYUSO, S. (2004), *El ordenamiento jurídico argentino y los delitos de lesa humanidad. El estado de la cuestión, conflictos*, CRDC.
- Código Penal, (2008) Biblioteca del Congreso Nacional.
- Código Penal. (1991), Decreto Legislativo Nº 635.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. (2003) “Introducción”, *Informe Final*. Lima.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1974) *Informe sobre la situación de los derechos Humanos en Chile*, 25 octubre.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1977) *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile*. 11 febrero.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1990) *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile*. 8 mayo.
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. (1996) *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Vol. I. Tomo I. Santiago de Chile, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2001) Caso Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú. (Fondo), Sentencia, 14 de marzo, Disponible en Internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2001) Caso Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú. Interpretación de sentencia de fondo, Sentencia, 3 de setiembre. Disponible en Internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2006) Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia, 29 de noviembre, Disponible en Internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf
- DE ASIS, R. (2000) *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson.

DECRETO 2096/1973, (1973) 14 de setiembre, *Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971*, 15 de noviembre, B.O. del E. Núm. 297.

DÍAZ REVORIO, F., (1997) *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DÍAZ, E., (1998) *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 9ª. Edición, Madrid, Grupo Santillana de Ediciones S.A.

ESCUADERO, R. (2008) “La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas”. 209 – 234, *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1976), “Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución”, 104 -128, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas.

GARCÍA-SAYÁN, D., (1996) *Amnistías, verdad y justicia*. Exposición en el Foro Ético-Jurídico. Lima, Asociación Pro Derechos Humanos Aprodeh.

GARZÓN, B. (2008), “Auto del Juez Garzón”, *El País* (2 de setiembre), [versión electrónica]

GOLDMAN, R., (n.d.), *La decisión de la ley uruguaya de caducidad con el Pacto de San José (Convención Americana)*.

HILBINK, L. (2007) *Judges beyond politics in democracy and dictatorship. Lessons from Chile*, New York, Cambridge University Press.

JULIÁ, S., (2003). “Echar al olvido. Memoria y amnistía en la transición”. *Claves de Razón Práctica*. Nº 129, Madrid.

LANDA ARROYO, C., (1996), “Límites constitucionales de la Ley de Amnistía peruana.” *Revista IIDH*, San José, /Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

LEY 23.492. (1986), *Dispónese la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley Nº 23.049 y por aquellos vinculado a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones*, 29 de diciembre.

LEY 25779. (2003), JUSTICIA *Declárense insanablemente nulas las Leyes Nros. 23492 y 23521*, 3 de setiembre de 2003.

LEY Nº 23.521 (1987) 4 de Junio.

LEY Nº 15.848. (1986) FUNCIONARIOS MILITARES Y POLICIALES, *Se reconoce que ha caducado la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985*, Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay.

LINZ, J. (1992), “La transición a la democracia en España en perspectiva comparada.” 431-457, en COTARELO, Ramón (comp.) *Transición política y consolidación democrática. España (1975-1986)*. Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas.

LOZANO, B. (1991). “El indulto y la amnistía frente a la Constitución”, 1027 – 1031 En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, Editorial Civitas. S.A.

MARTÍN PALLÍN, J.A. (2008), “La ley que rompió el silencio”, 19 – 46, *Derecho y memoria histórica*. Madrid, Trotta.

NINO, C. (1997). *Juicio al mal absoluto*. 1ª. Ed., Buenos Aires, Emecé.

O'DONNELL, G., SCHMITTER, P., WHITEHEAD, (eds.) (1986) *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.

- PÉREZ DEL VALLE, C. (2001) “Amnistía, Constitución y justicia material”, En Revista Española de Derecho Constitucional. No 61, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RADBRUCH, G. (1974). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. Wenceslao Roces. 4ta Edición. Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- REYES MATE, M. (2006), “La represión de la memoria”, 78 – 86, *Tribuna americana. Revista de reflexión política # 6 Justicia en procesos de transición política*, Madrid Casa de América.
- SALMÓN, E., (2006) “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, *Internacional Review of the Red Cross*, ICRC.
- SEVILLANO CALERO, F., (2003) “La construcción de la memoria y el olvido en la España democrática”, 297 – 319, *Ayer. Revista de historia contemporánea* .Nº 52, Madrid, Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons.
- SOBREMONTA MARTÍNEZ, J. (1980) *Indultos y Amnistía*. Valencia, Artes Gráficas Soler S.A.
- SOTO CARMONA, Á., (2002) Segunda Jornada. Política: Transición y democracia. En Chile y España, diálogos y encuentros, Madrid, Aguilar.
- TEZANOS, J.F., (1989), “La crisis del franquismo y la transición democrática en España”, 9 – 30, En *La transición democrática española*. Madrid, Editorial Sistema.
- VV.AA. (2002) *Estudio comparativo de Comisiones de la Verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de derechos humanos*. Santiago de Chile, Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, CODEPU-Chile. Asociación para la Prevención de la Tortura, APT – Suiza.
- ZÚÑIGA, F., (2007), “Comentario a la sentencia en el “Caso Molco” de la Excm. Corte Suprema de 13 de diciembre de 2006”, 525 – 531, *Estudios constitucionales*. Año 5, Nº 1, Universidad de Talca.