



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

28

Tunja, 2017 - II



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 15</i>	<i>No. 28</i>	<i>F. 28</i>	<i>pp. 260</i>	<i>Julio Diciembre</i>	<i>2017 – II</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	----------------------------	------------------	------------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Directora Ediciones USTA Tunja

María Ximena Ariza García, Ph.D.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez

Número de la revista

Veintiocho (28)
Segundo Semestre de 2017

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistapincipia@ustatunja.edu.co
deiby.saenz@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Búhos Editores Ltda.

Corrección de Estilo:

Fray Ángel María Beltrán N., O.P.

Traducción portugués:

Claudia Lucía Ariza García

Traducción inglés:

William Ortiz

Traducción francés:

Andrea Jiménez Chaparro

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA FACULTAD DE
DERECHO**

REALISMO VS. IDEALISMO JURÍDICO EN EL
MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE EL
SALVADOR: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA
LEY GENERAL DE AMNISTÍA

REALISMO VS. IDEALISMO JURÍDICO NO
MODELO DE JUSTIÇA TRANSICIONAL DE EL
SALVADOR: INCONSTITUCIONALIDADE DO
DIREITO GERAL DA AMNISTÉ

REALISM VS JUDICIAL IDEALISM IN THE
TRANSITIONAL JUSTICE MODEL OF THE
SALVADOR

LE REALISME CONTRE L'IDÉALISME
JUDICIAIRE DANS LE MODÈLE DE JUSTICE
TRANSITIONNELLE DU SALVADOR

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2017

Fecha de aprobación: 22 de abril de 2017

Carlos Alberto Gómez-Rojas¹

1 Docente Tiempo Completo Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales UDCA. Magíster en Estudios Políticos Pontificia Universidad Javeriana y Doctorante en Derecho Universidad de Baja California, contacto: carlos.agomez@udca.edu.co. Este artículo hace parte del proyecto de investigación de la línea "Derecho, Cultura y Territorio, una Perspectiva Interdisciplinar", del Grupo de Investigación Ucanuca IE. El Camino de ir conociendo del Programa Académico de Derecho. Responde a un estudio de casos que seleccionó a El Salvador entre varios países con realidades políticas similares a Colombia y que implementaron procesos de Justicia Transicional.

Resumen

El artículo evalúa la interpretación que las Escuelas Realista e Idealista realizan a la Justicia Transicional (JT) en sociedades con conflictos internos. Como estudio de caso se trabajó la aplicación del modelo de justicia para la paz en El Salvador, a partir de la firma del Acuerdo de Chapultepec en 1992. Al inicio se presenta una comparación entre las Escuelas Positivista y Realista en su concepción del derecho, para cotejar los aportes que las corrientes del Realismo (Escuelas Norteamericana y Escandinava) hacen a la teoría jurídica.

El núcleo del artículo narra la impunidad a los perpetradores en los últimos veinticuatro años, debido a la aprobación de la Ley de Amnistía General que hiciera la Asamblea Legislativa en 1993, como respuesta a la Ley de Reconciliación Nacional en 1992, que solo benefició a los combatientes de la guerrilla.

Finalmente, dos décadas después de implementar la JT, la Sala de lo Constitucional de El Salvador falló la inexecutable de la Ley de Amnistía General, afectando a las partes negociadoras de la paz, por lo que ahora deberán responder por delitos de lesa humanidad y violaciones a los DD. HH., realizados entre el 1 de junio de 1989 al 16 de enero de 1992.

Palabras clave: Realismo, Idealismo, Derechos Humanos, Justicia Transicional, amnistía, víctimas.

Resumo

O artigo avalia a interpretação de que escolas realistas e Idealista executam Justiça Transitória (JT) em sociedades com conflitos internos. Como estudo de caso, trabalhamos na aplicação do modelo de justiça pela paz em El Salvador, após a assinatura do Acordo de Chapultepec em 1992.

No início, uma comparação entre as Escolas Positivistas e Realistas é apresentada na concepção da direita, para comparar as contribuições que as correntes do Realismo (escolas norte-americanas e escandinavas) fazem para a teoria jurídica.

O núcleo do artigo narra a impunidade aos perpetradores nos últimos vinte e quatro anos, devido à aprovação da Lei Geral de Anistia pela Assembleia Legislativa em 1993, em resposta à Lei de Reconciliação Nacional em 1992, que só beneficiou os guerrilheiros.

Finalmente, duas décadas após a implementação do JT, a Câmara Constitucional de El Salvador determinou a inconstitucionalidade da Lei Geral de Anistia, que afeta as partes negociadoras da paz, então agora eles devem responder por crimes contra a humanidade e violações de DD. HH. Made entre 1 de junho de 1989 e 16 de janeiro de 1992.

Palavras-chave: Realismo, Idealismo, Direitos Humanos, Justiça Transitória, anistia, vítimas

Abstract

The current paper evaluates the interpretation that the realistic and idealistic school carries out to the transitional justice (JT) in societies with internal problems. As a case study, this developed the application of the model justice for peace in the Salvador from the Chapultepec agreement approval in 1992.

A comparison between the Positivist and Realistic schools is presented at the beginning, in regards to the law conception, in order to relate the contributions that the realism school (North American and Scandinavian School) do to the legal theory.

The article's main core describes the impunity to the perpetrated in the last twenty-five years, due to General law approval amnesty, that the legislative assembly does in 1993, as a response to the National reconciliation in 1992 that only benefited to the fighter of guerrilla group.

Finally, after two decades later of implementing the JT, the constitutional chamber of the Salvador failed the General amnesty law unenforceability, affecting the peace negotiating parties, due to they should respond by against humanity crimes and HH. RR violation carried out between 1 Jun 1989 and 16 January 1992.

Key words: Realism, Idealism, Human rights, Transitional Justice, Amnesty, Victims

Resume

L'article évalue l'interprétation que les écoles réalistes et idéalistes apportent à la justice transitionnelle (JT) dans les sociétés confrontées à des conflits internes. En tant qu'étude de cas, l'application du modèle de justice pour la paix en El Salvador a été travaillée, à commencer par la signature de l'Accord de Chapultepec en 1992.

Une comparaison entre les écoles positivistes et réalistes est présentée au début, en ce qui concerne la conception de la loi, afin de relier les contributions que l'école de réalisme (école nord-américaine et scandinave) fait à la théorie juridique.

Le noyau principal de l'article décrit l'impunité aux perpétrés dans les vingt-cinq dernières années, en raison de l'amnistie de l'approbation de la loi générale, que l'assemblée législative fait en 1993, comme une réponse à la réconciliation nationale en 1992 qui a seulement bénéficié au combattant du groupe de guérilla.

Enfin, après deux décennies de mise en du JT, la chambre constitutionnelle du Salvador a échoué la loi d'amnistie générale inapplicabilité, affectant les parties de négociation

de la paix, en raison de ce qu'ils devraient répondre par des crimes contre l'humanité et HH. Violation du RR effectuée entre le 1er juin 1989 et le 16 janvier 1992.

Mots-clés : Réalisme, Idéalisme, Droits de l'homme, Justice transitionnelle, Amnistie, Victimes

Introducción

Para los teóricos inscritos en la Escuela Realista, el Positivismo Jurídico se queda corto en su interpretación del verdadero papel de la norma en la sociedad, para estos, el derecho está en las leyes; mientras para los primeros se encuentra en los hechos sociales, por lo que el juez ante todo es el hacedor del mismo en cuanto interpreta la norma en su eficacia social, no como un debe ser sino como algo que producirá un impacto en la realidad concreta.

La Escuela realista a su vez se divide en su versión norteamericana y Escandinava. Para la primera, el derecho está en lo que hace el juez por medio de la norma, no pretendiendo a través de ella vaticinar un evento, sino evaluar el entorno social en el que fallará. Para la segunda, el derecho es un conjunto de hechos sociales donde son los destinatarios los que le dan eficacia a la norma en la medida que deciden su acatamiento.

El idealismo considera que la norma debe estar por encima de la política, por lo que reclama sanciones drásticas a los responsables de graves violaciones a los DD. HH. En cambio, los realistas establecen que la coyuntura política está por encima del derecho, por lo que los pactos políticos bien pueden ajustar las penalidades a los perpetradores para posibilitar procesos de pacificación. El dilema de los planteamientos jurídicos está en la capacidad que tengan para resolver conflictos políticos en sociedades que acumulan décadas de enfrentamiento armado, que como en el caso de El Salvador, enfrentó una guerra civil que luego de 12 años dejó más de 75.000 asesinatos.

El Salvador firmó la paz por medio de los Acuerdos de Chapultepec en 1992, año en el que la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Reconciliación Nacional para cobijar con amnistía a los integrantes de la guerrilla de Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), seguida de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz al año posterior, que cobijó a todos los actores violentos, evento que llenó de impunidad al sistema judicial salvadoreño.

El pasado 13 de julio de 2016, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia falló a favor de la demanda que solicitó la anulación de la Ley de Amnistía General, abriendo un nuevo capítulo en el proceso de paz. Su efecto será el juzgamiento

de victimarios por delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los DD. HH., con lo que el idealismo vuelve a imponerse al realismo jurídico, el cual luego de 24 años de la firma de paz no ha dado respuesta efectiva a las víctimas.

Escuelas realistas

Al interior del grupo de escuelas tradicionales que interpretan el derecho se destacan la Positivista y la Realista, esta última con sus divisiones. La primera, establece que el derecho se encuentra en la norma que emana del Estado a través de un mecanismo predeterminado, siendo su más destacado exponente Kelsen, quien reconoce aquel derecho dictado solo por el legislador. En cambio, para el Realismo Jurídico, el eje del derecho se encuentra más allá de las leyes, está en los hechos, los hechos sociales, generando una propuesta para entender el medio social como una entidad cambiante donde se aplicarán las normas emanadas de la autoridad.

En el desarrollo de la escuela Realista encontramos diversas formas de interpretar el papel de la norma, agrupadas en lo que se conoce como la Escuela Norteamericana y la Escandinava. Para la primera, el derecho se construye con las decisiones que los jueces asumen al resolver cada caso en concreto, ante lo cual Bouvier (2011), considera que este movimiento puede caracterizarse “de tendencia pragmatista y antiformalista que tiene por objeto el análisis de la actividad de los tribunales y utiliza como método principalmente, los aportes provenientes de las ciencias sociales”. Visto de esta manera, el derecho no se conforma con dictar la normatividad, sino, además, se detiene a analizar el fenómeno social cambiante incluso para visualizar su formulación sobre lo que sucederá, pero como lo plantea Cajas (2014), las sentencias no se encargan de pronosticar el futuro del hecho social, ya que existe la impredecibilidad en la mayoría de las decisiones judiciales, primando así la incertidumbre normativa. Al respecto Bulygin (1981) nos aclara:

“La aplicación de una norma significa, pues, que el juez basa en ella su sentencia o, lo que es lo mismo, la invoca en los considerandos para justificar su decisión. Generalizando cabe decir que son vigentes aquellas normas que los jueces *usan* para justificar sus decisiones (...) la aplicación de una norma consiste en su uso para la fundamentación de la parte dispositiva de la sentencia (...) Una cosa es el plano psicológico de la motivación del juez y otra muy distinta el plano lógico de la justificación o fundamentación de su decisión (en esto se refleja la conocida distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación). Solo este último plano es relevante para la vigencia de las normas; basta que esas normas sean usadas para justificar las decisiones y no importa cuáles hayan sido los motivos por los cuales el juez tomó esa decisión y no otra”. (p. 5)

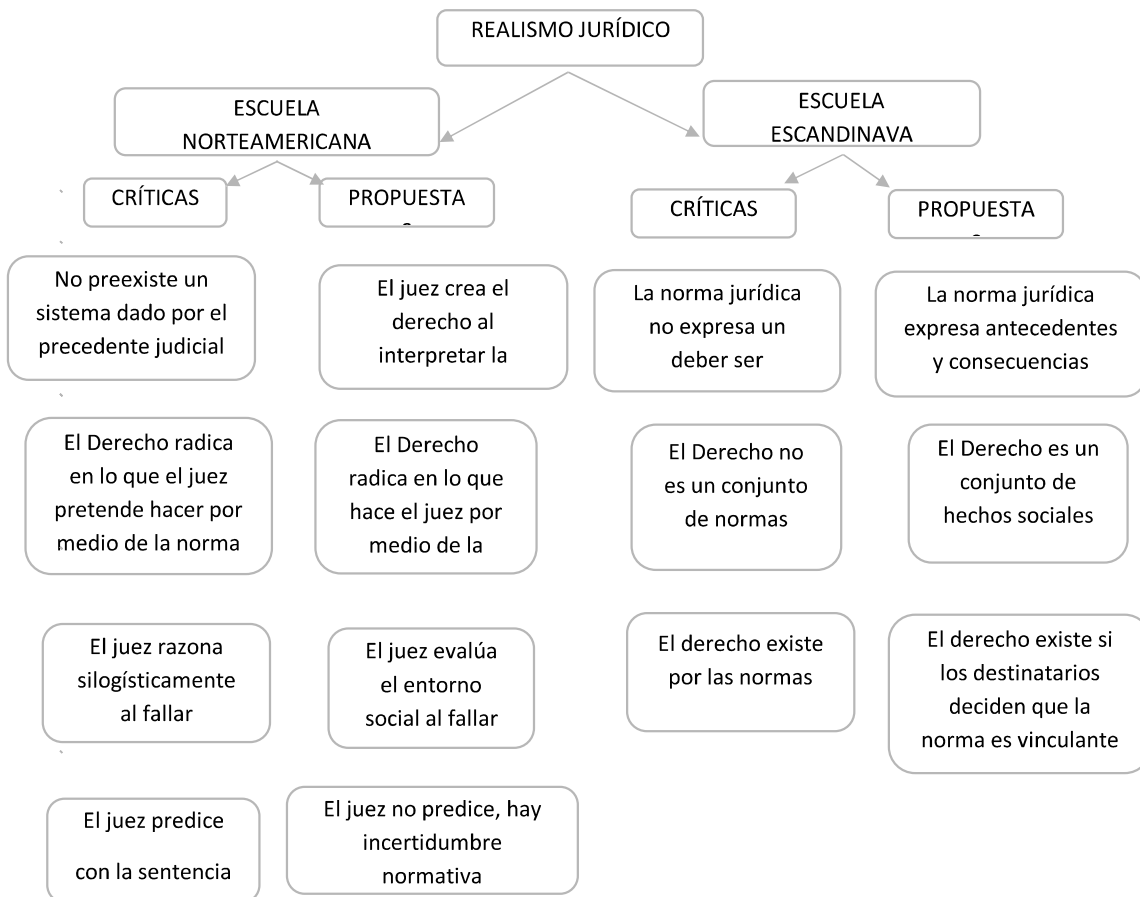
Asimismo, una visión sobre la funcionalidad social que cumple la norma fue desarrollada por Alf Ross, representante de la Escuela Escandinava, quien en términos de Campos (2009) esbozó su tesis en los siguientes términos:

“las normas jurídicas deben entenderse como directrices que pretenden provocar en su destinatario un determinado actuar (...) Su funcionalidad no radica en la comunicación de verdad alguna, sino en dirigir el comportamiento de los hombres. Este “juego de las normas” implica que cada jugador debe conocer cual es su papel, un jugador no solo se siente motivado espontáneamente a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza que una transgresión de las reglas provocará una reacción de parte de su oponente”. (pp. 212-213).

De esta manera, para Ross el derecho regula a sus destinatarios mientras los jueces interpretan los fenómenos sociales cuando exteriorizan sus decisiones por medio de sentencias. Junto a Ross los demás teóricos de la Escuela Escandinava establecen que la norma expresa antecedentes y consecuencias más allá de un deber ser, en tanto que consideran al derecho como un conjunto de hechos sociales y no una suma de normas, que gozan de eficacia toda vez que los ciudadanos aceptan la importancia o conveniencia en su acatamiento.

Presentadas hasta acá las principales posturas de las Escuelas Norteamericana y Escandinava, se esquematizan sus críticas más difundidas hacia el Positivismo Jurídico y a la vez sus propuestas en el Gráfico No. 1.

GRÁFICO No. 1. ESCUELAS DEL REALISMO JURÍDICO



Fuente: Elaborado por el autor basado en la información de Bouvier.

El dilema planteado por algunos (Orozco, 2009; Uprimny 2006), frente a dos posturas enfrentadas entre la necesidad política vs. la necesidad jurídica, presenta otra división conceptual entre los positivistas y los realistas sobre el rol político que pueden cumplir los jueces. Esta posibilidad tiene entre los teóricos de estas escuelas un tratamiento dispar, ya que para los primeros el derecho está en las normas, en cambio, para los realistas él se encuentra en las sentencias, lo que significa darle poder político al juez quien no solo aplica el derecho, sino que lo crea, haciendo que se plantee la importancia no exclusivamente de la justicia del fallo sino de su eficacia. Por ende, el juez cuenta con la posibilidad de transformar la sociedad donde ejerce, desarrollando así un papel social.

Esquematisadas las interpretaciones del papel del juez para las Escuelas Norteamericana y Escandinava, a continuación, se analizará la forma como los Realistas y los Idealistas aplican el derecho en la solución pacífica de sociedades con conflictos internos.

Realismo e idealismo en sociedades con conflictos internos

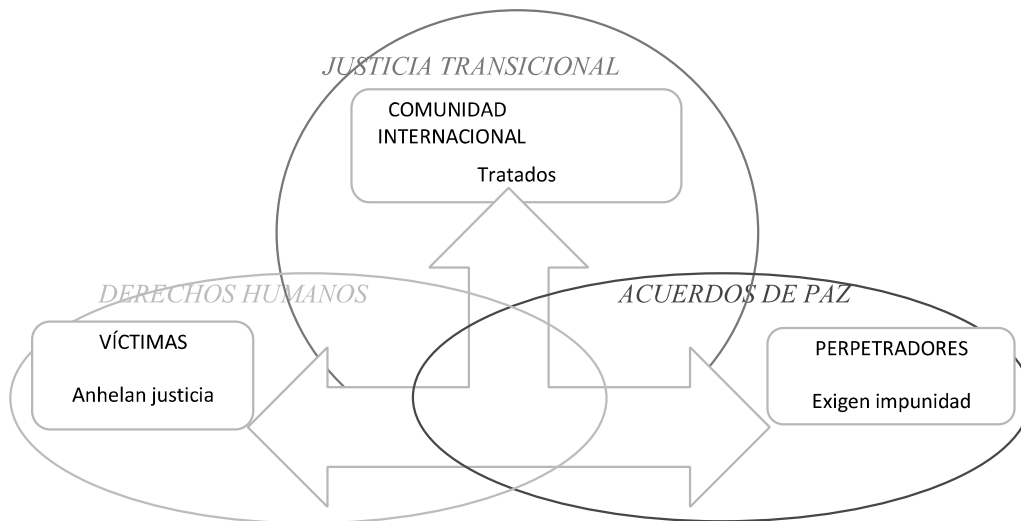
El debate jurídico vigente en aquellas sociedades que optan por la pacificación luego de enfrentar conflictos internos de larga duración, se relaciona con la forma como se aplica un modelo de justicia que concilie el castigo a los violadores de DD. HH., con la posibilidad de su participación como fuerza política no armada.

En los últimos treinta años, la polémica aumentó debido al desvertebramiento del esquema de la Guerra Fría, al ser este modelo bipolar el alimento de los conflictos en países satélites. Las divisiones políticas se patrocinaban con las armas, asesores y financiación, reportadas desde las metrópolis de poder, en la consideración de ver en su opuesto ideológico al verdadero enemigo, pero al agotarse esa interpretación los sectores enfrentados se vieron obligados a visualizar el conflicto de manera diferente.

La imposibilidad de victoria por alguna de las partes o la ilegitimidad del bando ganador, crearon el replanteamiento del conflicto para un retorno a modelos democráticos bajo estándares internacionales; por consiguiente, cuando las partes enemigas acordaron la pacificación, aquellos más vulnerables que no cuentan con el poder de las armas para hacerse oír, las víctimas, deben tener garantías de dignificación, pues de lo contrario, si no se les resarce, se corre el riesgo del resurgimiento de nuevas formas de violencia al no resolver de fondo las causas generadoras del conflicto.

La garantía para evidenciar esa dignificación en las víctimas, se encuentra en los modelos de Justicia Transicional JT que cada sociedad en el tránsito a la pacificación conforma. Su estructura contempla un doble rol que responde a los intereses encontrados entre el anhelo de justicia de los unos, las víctimas, y la exigencia de impunidad de los otros, los perpetradores (Gráfico No. 2). Ellos en sus extremos ideológicos son sopesados por los representantes del gobierno que, haciendo las veces de eje equilibrante en una balanza, debe propiciar la reconciliación nacional. Por otra parte, se vislumbra en los compromisos internacionales asumidos por ese mismo gobierno, que como vocero legítimo del estado no puede desconocer los tratados suscritos, que operan para crear unos mínimos de justicia dentro de los cuales debe pactarse la paz.

GRÁFICO No. 2. ROLES DE INTERESES EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL



Fuente: Elaborado por el autor.

En el anterior escenario, surgen los idealistas jurídicos, quienes consideran que el derecho debe estar por encima de la política para gobernarla, por lo que ante una vulneración de la norma se debe aplicar un castigo sin vacilaciones, máxime cuando estamos en el terreno de los DD. HH. Por lo mismo, existen principios no negociables en la estructura de poder, ante los cuales la sanción no es reductible. En consecuencia, un cambio político es posible sin el reduccionismo de la norma.

Ahora bien, los realistas consideran que la política está por encima del derecho, siendo este resultante de los condicionantes históricos contrapuestos al eternamente buscado deber ser normativo, máxime en aquellas sociedades en conflicto donde las partes enfrentadas buscarán la firma de un acuerdo de paz generando modelos de justicia alterna a la ordinaria.

Por lo anterior, las víctimas se identifican más con las posturas idealistas del derecho, mientras los victimarios con las realistas, lo que es presentado por Gómez (2013), de la siguiente manera:

“Los primeros consideran que el proceso de justicia transicional debería ajustarse a los parámetros normativos establecidos por el derecho, tal como lo sostienen los defensores de derechos humanos, mientras que los segundos consideran que las condiciones políticas son las que definen en qué medida se pueden dar los cambios institucionales” (p. 150).

Las anteriores posturas pueden incurrir en un riesgo: los idealistas llegan a desconocer los contextos políticos de sus sociedades incidiendo en la formulación de salidas no

viabiles a los conflictos; en cambio, los realistas pueden plantear procesos de perdón judicial como una amnistía, que, al aplicarla de forma incondicional, inaplica las normas de derecho internacional creadas para el tratamiento de delitos de lesa humanidad.

Como hemos descrito, existen varios enfoques de interpretación sobre el papel de los modelos de la JT en sociedades en conflicto, al respecto Vélez (2015), realiza un recuento en la diferencia de enfoques existentes (Cuadro No. 1), siendo estos el Maximalista, el Minimalista, el Moderado y el Holístico, basándose en la clasificación elaborada por la experta Tricia Olsen.

CUADRO No. 1. *ENFOQUES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL*

ENFOQUE	VISIÓN	CARACTERÍSTICA
MAXIMALISTA	Idealismo jurídico	Centrado en el castigo como consecuencia de la violación de los DD.HH., como herencia de la justicia retributiva, donde no se negocia la aplicación de la ley.
MINIMALISTA	Realismo jurídico	La amnistía garantiza la paz en una sociedad en posconflicto.
MODERADO	Derecho a la verdad	En procesos no judiciales se asignan responsabilidades a victimarios a través de comisiones de la verdad y de reconciliación.
HOLÍSTICO	Justicia Transicional	Articula los anteriores para adaptar un modelo a una realidad nacional.

Fuente. Elaborado por el autor tomando la Investigación de Vélez.

La tendencia predominante hoy es aplicar el Enfoque Holístico, el cual, partiendo de mínimos establecidos por el derecho supranacional, debe ajustarse a las particularidades de cada estado. Una visualización de la forma como cada enfoque asume su papel dentro de la JT se aprecia en el Gráfico No. 3.

GRÁFICO No. 3. ENFOQUES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL



Fuente: Elaborado por el autor.

Teniendo en cuenta hasta el momento la participación de varios actores en la pacificación bajo sus roles de interés, la visión de los derechos de las víctimas y los enfoques con los que se asume la JT, encontramos que la principal postulación en los procesos de paz ya no radica en el papel de la justicia retributiva centrada en el castigo al perpetrador, sino en el resarcimiento a la víctima a la cual se le debe reparar de manera integral, garantizándosele la no repetición de los hechos que conllevaron a la vulneración de sus DD. HH.

A continuación, se presentará la aplicación de los planteamientos Realista e Idealista en un estudio de caso, frente al proceso de Paz de El Salvador.

Inconstitucionalidad de la ley general de amnistía para la consolidación de la paz

En el contexto centroamericano tan convulsionado por los conflictos internos entre las décadas de los 80's y 90's, se aplicó un modelo de realismo jurídico que requirió la colaboración de naciones amigas para impulsar una serie de acuerdos necesarios para enrutar a la sociedad salvadoreña por la senda inicialmente planteada, alcanzar la paz

con la dignificación de los DD. HH. Así nació la Declaración de Esquipulas I (Arias, Cerezo, Duarte, Azcona, y Ortega. 1986) el 25 de mayo de 1986¹. Por consiguiente, los presidentes centroamericanos crearon lazos para la solución pactada de la realidad violenta que enfrentaban sus países (Gómez, 2016); elemento reforzado más adelante en el Acuerdo de Esquipulas II² (Arias, *et al.*, 1987), el 7 agosto de 1987, sobre la base de unos procedimientos de trabajo entre las partes y la incorporación de amnistías bajo el siguiente sentido:

“En cada país centroamericano, salvo en aquellos en donde la Comisión Internacional de Verificación y Seguimiento determine que no es necesario, se emitirán decretos de amnistía que deberán establecer todas las disposiciones que garanticen la inviolabilidad de la vida, la libertad en todas sus formas, los bienes materiales y la seguridad de las personas a quienes sean aplicables dichos decretos”. (p. 2).

Muy a pesar de lo pretendido para la pacificación de El Salvador, los acuerdos de Esquipulas I y II no contemplaron un elemento de reparación integral a las víctimas del conflicto, aunque realizaron una serie de recomendaciones para asistir a la población refugiada y desplazada, con lo cual se daba la idea de alcanzar un proceso centrado más en el victimario que en la víctima, creando la reacción de los idealistas jurídicos en sus prerrogativas por la defensa de los DD. HH., los cuales seguían expuestos a una alta impunidad.

Desde ese momento en que se contemplaron las amnistías como instrumentos jurídicos eficaces en la viabilización de la paz, El Salvador en dos momentos con diferencia de un año, optó por su incorporación. A la semana siguiente de la firma del Acuerdo de Chapultepec³, la Asamblea Legislativa generó el marco jurídico para concretar el proceso de paz a través de la conocida Ley de Reconciliación Nacional (1992), la cual contempló como “necesario dictar las medidas legislativas necesarias para superar el estado de violencia y agudo enfrentamiento que hemos vivido los salvadoreños en los últimos años” (Asamblea Legislativa, 23 de enero de 1992, art. 1). Estas intencionalidades se condensaron en las siguientes disposiciones:

“Conceder amnistía a favor de todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en la comisión de delitos políticos comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, antes de el 1º de enero de 1992”. (p. 1).

Pero la amnistía, más allá de una ley, ameritaba el perdón de las partes; reincorporar a la vida civil a los desmovilizados de la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional; esclarecer los hechos violentos para las víctimas y generar claridad sobre el momento en que la justicia actuaría sobre eventos de violencia, grandes retos que debería asumir la sociedad.

Como resultado de la Ley de Reconciliación Nacional, se amnistió a los integrantes del FMLN vinculados al proceso de paz desde el primero de febrero de 1991 (art. 3), a miembros no combatientes desde el primero de marzo del mismo año (art. 4) y aquellos que entreguen las armas. Su favorecimiento concedió la libertad a aquellos privados de la misma; el levantamiento de las órdenes de captura a los condenados ausentes; el sobreesamiento de procesos en curso y ordenó la inmediata libertad de los detenidos con procesos pendientes o en curso, extinguiendo así toda responsabilidad penal (art. 7).

Sin embargo, esta normativa solo cobijó a los integrantes del FMLN, dejando de lado al otro bando negociador, el ejército y a la policía salvadoreña, lo cual abrió una serie de presiones en las fuerzas políticas tradicionales pues la derecha ideológica temía que se adelantaran procesos por hechos que no solo la Comisión de la Verdad (CV) señaló, sino de aquellos que la población denunció, máxime que la CV concluyó que el 85% de los hechos violentos eran responsabilidad de representantes del estado.

A los cinco días de presentar su Informe la CV, el 15 de marzo de 1993, la Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz como respuesta a la Ley de Reconciliación Nacional, al ser esta restrictiva en su beneficio solo a los combatientes de la guerrilla “creándose una situación de falta de equidad que es necesario corregir, ya que no es compatible con el desarrollo del proceso democrático ni con la reunificación de la sociedad salvadoreña” (Asamblea Legislativa, 1993).

En consecuencia, la nueva disposición cobijó a todas las personas implicadas en la comisión de hechos violentos toda vez que entraran en la categoría de delito político, común conexo con el político, o delitos comunes realizados por un grupo de personas superior a 20, favoreciendo a sus autores o cómplices¹⁶. Su efecto otorgó el mismo nivel de beneficios dados en La Ley de Reconciliación Nacional que cobijó a condenados, privados de la libertad, ausentes y aquellos cuyas causas de investigación o procesamiento se encontraban abiertas, para extinguir la acción penal y la responsabilidad civil.

No obstante, esta disposición no reñía con lo pretendido por la CV, ya que dentro de sus funciones delegadas nunca solicitó el procesamiento de agentes violentos en la guerra civil. Es importante señalar que la Asamblea Legislativa que aprobó la Ley de Amnistía General no contaba con la participación de los integrantes del FMLN, lo que produjo críticas por la parcialidad de ese congreso en su momento.

Si bien el Tratado de Esquipulas II contempló la amnistía, y en el Acuerdo de San José (Santamaría *et al.*, 1990), las partes en contienda se comprometieron a la defensa de los DD. HH. ¿Cómo la suscripción de una ley de amnistía general reñía con este propósito?, ¿Dónde quedaban las investigaciones sobre aquellos delitos de lesa humanidad?, ¿Cuál sería el posicionamiento del Estado de El Salvador ante los tribunales supranacionales?, ¿Podría la sociedad salvadoreña con una ley ser forzada a olvidar sus muertos producto de la guerra?

Muy a pesar del balance evidenciado por las autoridades de El Salvador en la meta de la pacificación nacional, Valbuena y Pineda (2010) consideran que:

“Este modelo de transición no fue el más apropiado para una reparación integral de las víctimas, pues a partir de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz expedida en 1993, la política del gobierno fue el no reconocimiento y castigo de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante de la guerra civil. Uno de los problemas más importantes en el proceso de transición de El Salvador fue la falta de una tradición democrática que impulsara al gobierno y a las instituciones políticas a un retorno efectivo a las condiciones civiles de una democracia” (p. 81)

Por lo anterior, se evidencia que el realismo jurídico se impuso a través de una amnistía incondicionada, haciendo que los intereses de la JT se inclinaran hacia los perpetradores (Gráfico No. 2), dejando las vulneraciones a los DD. HH., y los delitos de lesa humanidad en la impunidad, consolidándose la paz nacional, pero a costas del dolor de las víctimas.

En oposición a esta dinámica jurídica interna, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la legislación internacional, resultan inadmisibles las leyes generales de amnistía, porque trazan un camino de impunidad donde la población victimizada, desde la misma institucionalidad o por el actuar de fuerzas irregulares, queda sin amparo ante la reglamentación interna que por una componenda política obliga a todo un país a olvidar a sus muertos. Y lo que es más lesivo, a entender que ni siquiera tiene sentido acudir a su sistema judicial para solicitar investigaciones, pues las leyes de amnistías les cierran las puertas a las víctimas diciéndoles que nada ni nadie los podrá atender. Es allí, ante la inoperancia del sistema jurídico interno cuando los escenarios internacionales intentan suplir esa falencia para hacer eco a los miles de dolientes rechazados por la justicia nacional. Al respecto la CIDH (2012), afirmó en la sentencia condenatoria al Estado de El Salvador por la Masacre de El Mozote:

... “la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz ha tenido como consecuencia la instauración y perpetuación de una situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana”. (p.117)

De lo anterior se desprende la estrecha relación existente entre el incumplimiento de un estado en su responsabilidad por la defensa de los DD. HH., y las normas internacionales que no puede desconocer ningún modelo de JT. Por lo mismo, la CIDH decidió declarar culpable al Estado de El Salvador, ordenando investigar a los funcionarios que obstaculizaron la investigación y permitieron la impunidad y, luego de un debido proceso, aplicar sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables.

En la actualidad las leyes de amnistía son consideradas incompatibles por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sin embargo, sus pronunciamientos no impactan de manera decisiva el orden interno salvadoreño. A pesar de ello en el año 2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia “declaró que esta norma admitía una interpretación conforme a la Constitución, y que la misma no debía ser aplicable cuando se vulneraran derechos fundamentales, dejando la decisión de aplicarla o no a los jueces en casos concretos” (Salazar, 2013, pág. 6). A pesar del pronunciamiento el orden jurídico salvadoreño niega la realización de procesos a víctimas frente a los hechos de la guerra civil, por la aplicación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, razón por la que los reclamantes acuden a instancias internacionales buscando justicia, debido a la ausencia de juzgamientos de los principales responsables de las violaciones a los DD. HH., ya que:

“bajo la normativa internacional, no se puede reconocer la validez de decretos de auto-amnistía. (Corte IDH, casos Barrios Altos v. Perú, párrafo 41). La Corte IDH (...) decidió que no se puede conceder amnistía para crímenes de lesa humanidad y que las leyes de auto amnistían son, por sí mismas, una infracción a la Comisión Interamericana y carece de efectos jurídicos, que no pueden constituir un obstáculo para la investigación de los hechos como los que se presentaron en este Tribunal, ni tampoco para la unificación de la punición de los responsables”. (IDHUCA, 2009, pág. 16).

Pasados veinte años de los acuerdos de paz y de la amnistía, en marzo de 2013 Benjamín Cuéllar, exdirector del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Centro de América (IDHUCA), en compañía de otros líderes sociales, interpusieron ante la Corte Suprema de Justicia una demanda por la inconstitucionalidad de la Ley General de Amnistía. En la misma esbozaron los argumentos que de manera insistente el SIDH presentó tanto en sentencias foráneas como: el caso Barrios Altos vs. Perú de 2001, las Hermanas Serrano Cruz de 2004 y la Masacre de El Mozote de 2012.

Luego de tres años de debates jurídicos el pasado 13 de julio de 2016, la Sala de lo Constitucional del máximo tribunal nacional salvadoreño falló a favor de los demandantes, anulando la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, afectando a las partes negociadoras que deberán responder por delitos de lesa humanidad constatados por la CV y las violaciones a los DD. HH., realizadas entre el 1 de junio de 1989 al 16 de enero de 1992, así los magistrados consideraron que la amnistía:

“violaba los derechos de acceso a la justicia, a la tutela judicial de derechos fundamentales y a la reparación de las víctimas de este tipo de crímenes. La Sala argumentó que los Acuerdos de Paz no contemplaron la amnistía, sino que buscaban combatir la impunidad y garantizar la justicia por estos hechos. Agregó que, si bien el derecho internacional habilita amnistías, no implica amnistías irrestrictas, absolutas e incondicionales desconociendo obligaciones

del Estado de investigar a autores materiales e intelectuales y reparar a las víctimas”. (Nodal, 2016)

Como consecuencia, la sentencia dejó sin efectos la amnistía de 1993 que a su vez derogó la de 1992. Por su existencia el Estado evade su responsabilidad no solo de enjuiciar a los perpetradores y reparar a las víctimas, sino la de aplicar un modelo integral de JT, además de ello recordó que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

Los argumentos fundamentales en la decisión del máximo tribunal constitucional se resumen en que esta:

- Viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Convenios de Ginebra de Protección de la Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter Internacional de 1949.
- Contradice el derecho de acceso a la justicia, la protección de los derechos fundamentales y la reparación integral de las víctimas por delitos de lesa humanidad.
- Impide el cumplimiento de la obligación del Estado de investigar, enjuiciar, sancionar y reparar graves violaciones de DD. HH.
- Al extinguirse la responsabilidad civil contradice el derecho a la indemnización por daño moral.
- Los Acuerdos de Paz no mencionaron la amnistía, pero sí su compromiso contra la impunidad, por lo que la Ley de Reconciliación Nacional estableció que no se amnistiarían a los perpetradores que según la CV participaron en graves hechos de violencia desde el 1º. de enero de 1980.
- Si bien, el derecho internacional permite las amnistías para la cesación de conflictos armados, esto no habilita al legislativo a decretar amnistías irrestrictas e incondicionales.
- Ninguna norma interna puede impedir el deber del estado para buscar la verdad, la justicia y la reparación integral a las víctimas.
- Los delitos de lesa humanidad no responden a comportamientos individuales o aislados sino a órdenes de un aparato organizado de poder; esta jerarquía de estructura armada implica una responsabilidad penal de los autores y de los mandos.

- La aplicación de la amnistía de 1992 continúa en El Salvador, pero no cobija a los victimarios que participaron en delitos de lesa humanidad.
- La prescripción de la acción penal no podrá aplicarse.
- Los hechos que no gozan de amnistía son los referidos en el informe de la CV y otros de igual o mayor gravedad imputables a los bandos implicados en la guerra civil.
- No son amnistiables los delitos cometidos entre el 1º. de junio de 1989 al 16 de enero de 1992.

Por las razones mencionadas, la Sala de lo Constitucional deja en vigencia la primera amnistía al considerar que:

“No podrá invocarse el tiempo de vigencia de tales disposiciones para entorpecer, demorar o negar el ejercicio efectivo e inmediato de los derechos reconocidos en las normas constitucionales e internacionales analizadas en esta sentencia. Ninguna de esas cláusulas, ni otras semejantes, en cuanto a su contenido y sus efectos, podrá volver a ser incorporada por la Asamblea Legislativa en una eventual legislación secundaria relacionada con las medidas de la justicia transicional salvadoreña. Cobra vigencia a partir de la notificación de la sentencia, la Ley de Reconciliación Nacional, aprobada mediante Decreto Legislativo no. 147 del 23-I-1992, en lo que no contradiga la presente sentencia”. (Meléndez, Blanco, González, Ortiz y Jaime, 2016, p. 4).

Este cambio en la postura doctrinal marca un hito frente a la respuesta brindada a dos acciones de los años 1993 y 2000 que solicitaron la misma derogatoria normativa. Por lo mismo, la Corte Suprema abre un nuevo camino en la historia de la JT en El Salvador, dándoles la razón a los idealistas, donde una negociación de paz y la aplicación de un modelo de justicia, no puede desconocer los derechos de las víctimas a la Verdad, la Justicia, la Reparación y a la No Repetición.

Conclusiones

Hasta el año 2014, el Estado salvadoreño contaba con ocho sentencias condenatorias por graves violaciones a los DD. HH., ante la CIDH (Pérez, 2014). Este máximo órgano supranacional actúa cuando la nación que debiera hacerlo, no cumple con su deber de investigar, procesar y juzgar a los perpetradores, evento repetido en varios momentos ante la justicia del país centroamericano debido a la aplicación de la Ley General de Amnistía.

El argumento que las autoridades judiciales entregaban a la población victimizada por el conflicto interno para no atender sus demandas se centraba en la amnistía general, creándose la idea en la población que la paz en El Salvador se consiguió sobre la base de la impunidad de 75.000 víctimas, sumados éstos entre masacres, ejecuciones extrajudiciales y asesinatos selectivos, como lo concluiría el Informe de la CV. De ser así, la Escuela Realista se habría impuesto al considerar que el momento político condiciona la estructura jurídica, en ese orden de ideas, en la procura de la pacificación nacional, la sociedad debe olvidar a sus muertos en la aplicación de una amnistía que cierre por decreto la reparación a sus dolientes. Más allá de los pactos políticos suscritos, el derecho internacional no admite las amnistías incondicionadas, máxime cuando incorporan eximientes de responsabilidad a perpetradores de delitos de lesa humanidad.

No obstante, a pesar de haber sido condenado el estado en varios procesos por la desatención judicial a las víctimas, la Corte Suprema de Justicia en un cambio inusitado de jurisprudencia, decidió ceñirse a la normativa internacional para anular la Ley General de Amnistía, fue así como su Sala de lo Constitucional determinó que no se amnistiarán los hechos que haya presentado “el informe de la CV y otros de igual o mayor gravedad imputables a los bandos implicados en la guerra civil. ... No son amnistiables los delitos cometidos entre el 1° de junio de 1989 al 16 de enero de 1992” (Meléndez, *et al.*, 2016).

El aporte jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional, vuelve a poner de manifiesto que cualquier modelo de JT debe ponderar elementos de Realismo Jurídico, pero sin estar por encima de los derechos de las víctimas, menos desconociendo el contexto internacional. El Salvador debe seguir el desarrollo de los Acuerdos de Chapultepec con JT, una justicia sin impunidad para delitos de lesa humanidad, que sirva como referente en su planteamiento idealista a otras naciones que están en esa disyuntiva.

Referencias

Arias, O., Cerezo, M., Duarte, J., Azcona, J., y Ortega, D. (1986). Declaración de Esquipulas I. Parlamento Centroamericano. Recuperado el 14 de julio de 2015, de <http://www.parlacen.int/Informaci%C3%91>

_____, Cerezo, M., Duarte, J., Azcona, J., y Ortega, D. (1987). Acuerdo de Esquipulas II. Procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica. Recuperado el 16 de julio de 2015, de <http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Esquipulas%20II.pdf>

Asamblea Legislativa de El Salvador. (23 de enero de 1992). *Ley de Reconciliación Nacional*. Decreto 147. Recuperado el 7 de octubre de 2015, de <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-reconciliacion-nacional>

_____, (20 de marzo de 1993). *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz*. Decreto 486 de 1993. Recuperado de: <http://www.refworld.org/docid/3e50fd334.html>

Bouvier, H. (octubre de 2011). *Lenguaje y Teoría del Derecho. Tensiones en una variante del Realismo Jurídico*. Revista Isonomía No. 35. CONICET Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

Bulygin, E. (1981). *Alf Ross y el Realismo Escandinavo*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social No. 1. Universidad de Buenos Aires. Argentina.

Cajas, H. (8 de noviembre de 2014). *Realismo jurídico norteamericano*. Recuperado el 16 de septiembre de 2016, de <https://prezi.com/if5niwiffp2p/realismo-juridico-norteamericano/>

Campos, F. (noviembre de 2009). *Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 122. Mayo-Agosto 2010. Recuperado el 19 de septiembre de 2016, de <file:///C:/Users/Carlos%20Alberto%20Gomez/Downloads/13562-23105-1-SM.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. San José de Costa Rica. Recuperado el 28 de agosto de 2015, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” IDHUCA. (2009). *El Salvador: Verdad, Justicia y Reparación. Deudas históricas con las víctimas y la sociedad*. San Salvador. Recuperado el 4 de diciembre de 2016, de http://www.uca.edu.sv/idhuca/images/descargas/descargas_publicaciones/7_tiajres_2009.pdf

Gómez, C. (julio de 2016). *Justicia Transicional y Derechos Humanos en el proceso de Paz de El Salvador: Deudas a las Víctimas 26 años después*. Revista Principia Iuris, Julio-Diciembre 2016, Vol. 13, No. 26, pp. 101-127. Universidad Santo Tomás. Boyacá. Colombia.

- Gómez, G. (diciembre 2013). Justicia Transicional “desde abajo”: Un marco teórico constructivista crítico para el análisis de experiencia colombiana. *Revista Co-herencia*. Recuperado el 24 de septiembre de 2016, de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/2288>
- Meléndez, F., Blanco, S., González, R., Ortiz, E., Jaime, B. 13 de julio de 2016. *Comunicado de prensa de la Sala de lo Constitucional*. San Salvador. Recuperado el 27 de septiembre de 2016, de http://www.csj.gov.sv/Comunicaciones/2016/07_JULIO/COMUNICADOS/20.%20Comunicado%2013-VII-2016%20Ley%20de%20amnist%C3%ADa.pdf
- Nodal. Noticias de América latina y el Caribe. 2016, Recuperado el 15 de septiembre de 2016, de <http://www.nodal.am/2016/07/la-corte-suprema-salvadorena-declara-inconstitucional-la-ley-de-amnistia-de-1993/>
- Orozco, Iván. (2009). Justicia transicional en tiempos del deber de memoria. Bogotá: Temis – Universidad de los Andes. Bogotá. Recuperado el 19 de diciembre de 2015, de [file:///C:/Users/Carlos%20Alberto%20Gomez/Downloads/Dialnet-IvanOrozco2009JusticiaTransicionalEnTiemposDelDebe-3439883%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Carlos%20Alberto%20Gomez/Downloads/Dialnet-IvanOrozco2009JusticiaTransicionalEnTiemposDelDebe-3439883%20(1).pdf)
- Pérez, G. (3 de noviembre de 2014). Fallo Histórico contra República Dominicana. *Listín Diario*. Recuperado el 14 de febrero de 2015, de <http://www.listindiario.com/la-republica/2014/11/3/343856/Fallo-historico-contra-RD>
- Salazar, K., Tuesta, G., Ábrego, A., Mack, H., Medellín, X., González, E., y Schönsteiner, J. (2013). Avances y obstáculos en el juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales en América latina. Recuperado el 5 de noviembre de 2015, de http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_cidh_audiencia_juzgamiento_graves_violac_1nov2013.pdf
- Santamaría, O., Handal, S., Paz, G., Samayoa, S., Sol, A, Martínez, A., Pérez, J. (1990). Acuerdos de Ginebra. Recuperado el 18 de septiembre de 2015, de http://www.pnud.org.sv/2007/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=274&Itemid=56
- Uprimny, R. (Ed.). (2006). ¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y reparación para Colombia. Bogotá. Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. DeJuSticia. Recuperado el 26 de marzo de

2016, de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

Valbuena, J., Pineda, A. (Ed). (2010). *El tránsito hacia la paz: de las herramientas nacionales a las locales. El caso salvadoreño: aciertos y errores en el proceso de reparación a nivel de las localidades*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Vélez, L. (2015). Justicia Transicional en Colombia: hacer justicia o negociar la paz. Estudio comparativo. *Cuadernos de Derecho Penal*. Recuperado el 29 de junio de 2016, de http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/viewFile/457/387

Notas

- [1] La Declaración de Esquipulas I fue suscrita por los mandatarios de Nicaragua, Guatemala, El Salvador, Honduras y Costa Rica.
- [2] Los países garantes de los acuerdos de Esquipulas eran los integrantes del Grupo de Contadora conformado por Colombia, Venezuela, México y Panamá.
- [3] Ciudad de México, 16 de enero de 1992 en el Castillo de Chapultepec, donde se acordó cesar el enfrentamiento armado desde el 1 de febrero de ese año.
- [4] Excluyendo a los delitos de extorsión y secuestro o delitos con ánimo de lucro, redactado en el artículo 3°.