

La imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias originadas en la violación de los Derechos Humanos

Arnaldo Martínez Prieto¹

1. Introducción

El presente trabajo es el desarrollo de un criterio jurisdiccional expedido en minoría y cuya traba –y trama- litigiosa el avisado lector sabrá obtener de su lectura para conceder, o no, su adhesión.

La decisión mayoritaria resulta trascendente para obtener victoria en el marco del conflicto, aunque no en el de la doctrina, pues en ella las precisiones quedan a la libre responsabilidad de quien las asuma, descansando su pervivencia y proyección en la fortaleza de las convicciones que de ella surjan, con las quitas y adiciones que se consideren oportunas.

En ello radica la riqueza de la disidencia –no olvidemos que el derecho pretoriano se ha erguido sobre posturas de momento innovadoras y hasta revolucionarias para construir portentos jurídicos- que de inicio no se ve coronada por los laureles al ser vencida por antiguas convicciones que traen para sí la fuerza de la repetición y muchas veces la de la incuria del juzgador.

Más allá de ello, surge de esta exposición dos interesantes apostillas de ámbitos bien diversos y hasta opuestos, aunque ambos del campo operativo, debiendo entenderse por tal todo aquel ingrediente que se requiere para obtener la eficacia de la resolución a la hora de ser aplicada al caso concreto, de manera que toda su validez no quede en la esterilidad de las bellas posturas o del utilitarismo que significa la mera conclusión de la causa.

Recordemos que tal como la decisión legislativa, la norma indirecta expedida por la autoridad jurisdiccional, tiene un ciclo que cumplir, siendo su postrero requisito la validez concreta para el casus sub examine.

¹ MARTÍNEZ PRIETO, Arnaldo, Magistrado.

Una de dichas proyecciones corresponde al ámbito de la hermenéutica de la normativa que no debe agotar sus alcances en la mera literalidad. En efecto, *illo tempore*, cuando nacían aquellos requisitos tan propios de nuestros conceptos democráticos, de la mano del triple sostén revolucionario francés, la labor del juez se agotaba en la seca aplicación de la letra conferida por la norma, contemplándose con horror la posibilidad de que la misma sea interpretada. Hoy, todo lo contrario; la ley es lo que el juez dice que es, por lo que más allá de sus asperezas, el atinado malleto del juez burila sus rugosidades para adecuarla al caso con sintonía y precisión.

Este proceso mantiene vívida y lozana a la norma, pues el transcurso del tiempo no hace más que adicionarle proyecciones y variantes que enaltecen su vigencia, pues el mayor suceso de la misma es que a través del tiempo vaya sumando las preesas obtenidas por las veces que su aplicación contribuyó a la paz social.

Notamos, entonces, como ha sucedido en el caso, que el mecanismo adoptado para mantener plena la soberanía intelectual del juez ha radicado en la modificación de su convicción anterior, la cual no debe enmarcarse en una postura casquivana y ubicua, sino fiel a la realidad del caso planteado.

Consecuentemente con ello, ante la magnitud del sub examine, se ha tenido que repensar un criterio tradicional y reiteradamente aplicado, de manera a dar cabida al art. 137 constitucional que establece la jerarquía del orden jurídico para preferir operar con los instrumentos internacionales, antes que con la normativa nacional.

Ambas conductas han obrado sumidas en el norte de conferir justicia, sin quebrar en momento alguno la vigencia de la ley; solo, repetimos, se ha atribuido al conjunto normativo una nueva senda para lo cual se requirió el auxilio de las convenciones internacionales.

2. Opinión del Magistrado Martínez Prieto

Antes de ahora y en numerosos fallos hemos sentado criterio acerca de la incidencia del tiempo respecto de los reclamos indemnizatorios cuando se originan en la violencia contra derechos humanos, marco al cual aplicáramos invariablemente las normas ordinarias que rigen la prescripción de las acciones.

Esta circunstancia, hoy, a la luz del presente proceso nos ha movido a seria duda sobre el punto, ya que en el permanente afán de apuntalar nuestros criterios jurídicos –que fungen de herramientas para la eficacia de la labor jurisdiccional cotidiana- hemos hallado serios resquicios que deben ser puntillosamente tratados con el único afán de determinar y conceder a cada cual lo que le corresponde.

En efecto, por referir a una exposición anterior, el A.I. No.: 825 del 9 de Octubre de 2009 dictado en los autos: “ANTOLIANO CARDOZO REYES c/ Estado Paraguayo s/ Indemnización por Daño Moral” al acoger la prescripción se la funda en la normativa civil correspondiente, esto es el inc. lit. F del art. 635 CC que establece su aplicación a los dos años de acaecido el hecho generador o desde el momento que se ha podido reclamarlo con posibilidades de obtener conclusión favorable.

Esto último, conviene señalarlo, en razón que este tipo de reclamos era absolutamente impensable formularlo durante la dictadura pues fue precisamente su perversa concepción y estructura la que posibilitó la violación de los derechos fundamentales de tantos ciudadanos, por lo que cualquier reclamo en dicho sentido involucraba una alta dosis de coraje inversamente proporcional a las posibilidades de victoria. De hecho asumimos que en los contados casos que pudo haberse incoado, no se ha obtenido beneficio alguno.

En la resolución aludida –como se dijera- subordinábamos la decisión del caso a la normativa ordinaria, imponiendo una aplicación estrictamente literal y omitiendo el factor teleológico y axiológico que debe primar en la hermenéutica constitucional. En efecto, en dicho marco decíamos: “**El art. 5 de la Constitución Nacional establece que: “De la tortura y otros delitos: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas, son imprescriptibles”**”, poniendo énfasis en que la norma se refiere a las circunstancias penales que surgen de tal violencia contra derechos fundamentales. O sea, en claras palabras, lo que no pierde vigencia es el poder represor del Estado en materia penal, sí el del particular si no articula en tiempo el reclamo civil. Así se ha decidido entonces y es precisamente dicha conclusión la que motiva la reflexión que aquí sigue:

En materia constitucional las épocas que corren han modificado criterios basa-

les, en especial los que refieren a la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Tal vez esto sea así a partir de la apertura a la democracia de muchos países que debieron dar soluciones efectivas a problemas efectivos, las más de las veces sin la posibilidad de esperar respuestas legislativas, en razón de la vigorosa morosidad que caracteriza al Parlamento. En dicha coyuntura es la Judicatura la gran protagonista al asumir, hasta atrevidamente si se quiere, la interpretación de la norma cuando su texto no es lo suficientemente claro para conferir justicia a casos puntuales, y de esta manera, como nunca, dando vida a la antigua y muchas veces combatida teoría que afirma que “el derecho es lo que el Juez dice que es”.

Conviene formular entonces, una excursión hacia la axiología de la norma y hacia las particularidades de la interpretación cuando a derechos fundamentales contenidos en la *ley según* se refiere, teniendo siempre como norte que los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado por lo que su tutela, desde la Escuela del Derecho Natural a hoy se ha erigido como supremo capitel del constitucionalismo, tal como lo señala Charmont en “La renaissance du droit naturel” citado por J. F. Linares en “Razonabilidad de las leyes”; Astrea; Bs. As./2010².

Dentro de dicho fundamento se ubica con idéntica preferencia el Debido Proceso, el cual funge como elemento y respuesta indispensable al efectivo acceso a la justicia y a la totalidad de la tutela que requieren los derechos fundamentales por ser de tan empinado nivel. Dentro del mismo se involucra no solo la garantía de su desarrollo, sino de su conclusión dentro de los parámetros de razonabilidad, que resulta finalmente lo que el ciudadano aquejado del injusto busca con su petición expuesta ante el poder jurisdiccional.

Esta razonabilidad como elemento valorativo asume variado alcance, pues como nos indica J. F. Linares²⁰ puede ser a) técnica porque involucra la existencia de medios razonables para la obtención del fin o b) de contenido axiológico cuando se busca el fundamento de los valores que concluyen en la existencia de la Justicia y c) cuando la razón de la conducta se encuentre en una norma jurídica, (es justo porque está en la norma) cuando se basa en el mero hecho de hallarnos ante un fundamento de orden jurídico (es justo porque es justo) y cuando existe un

² Linares, J. F. Razonabilidad de las leyes. Bs. As., Astrea, 2010.

fundamento propiamente justo o de justicia (es justo porque obedece a circunstancias justas).

Podría darse que una ley tenga fundamento de existencia y esencia a) y b), pero no de verdad c), lo que la hace técnica y jurídicamente irrazonable, porque – sigue diciendo Linares- razonabilidad en sentido lato incluye a tres factores: existencia, esencia y verdad o justicia, pero, en sentido estricto solo esta última se requiere para mentar la razonabilidad perseguida.

Es cierto que la justicia es un valor absoluto (no se puede ser relativamente justo o más justo o menos justo; se es o no se es justo), no obstante lo cual se puede conceder y retener alguna porción de los elementos que componen esa justicia para que el valor solidaridad y convivencia puedan pervivir.

El respetado y recordado Maestro argentino, Germán J. Bidart Campos³ en su notable obra: “Filosofía del Derecho Constitucional” –Ediar; Bs. As./69- nos enseña que “11. El valor justicia es *absoluto* y tiene una función *pantónoma*; abarca todos los repartos habidos y por haber. Pero como humanamente es imposible el cumplimiento de esa función pantónoma (superlativamente abarcativa), los hombres realizamos la justicia de modo *fraccionado*. Las causas del fraccionamiento provienen de obstáculos que derivan del porvenir, del pasado y del presente.”, con lo que nos está indicando que la justicia sigue siendo absoluta aunque quienes se encuentren en la lidia jurisdiccional puedan aplicar valores parciales a situaciones determinadas“...en una función integradora del orden de conductas.”, que en términos llanos no es otra cosa que la repartija de intereses o transacción en la negociación y búsqueda de soluciones.

Entonces; el arte de dar a cada uno lo suyo y a quien corresponda, es una distribución de derechos asumida en libertad, empero dicha proporcionalidad para ser propiamente distributiva e igualitaria debe cubrir la proporción del injusto, esto es; más a quien más sufrió para igualarlo al que menos. Esta proporcionalidad a la que aludimos es técnica y jurídicamente justa y además socialmente valiosa, al componer la injusticia en la medida que se la violara.

Si bien el proceso es una suma de actividades ordenadas en la que las ante-

³ Bidart Campos, Germán J. Filosofía del Derecho Constitucional. Bs. As., Ediar.

rios van precluyendo para habilitar y dar paso a la validez de las posteriores que van configurando la razonabilidad formal del reclamo, cuando adicionamos el adjetivo “debido” estamos involucrándolo en una trascendencia superlativa cuya pureza –incluso- puede determinar el derecho de fondo en debate. Por dicha razón el debido proceso sustantivo adviene a este estudio abarcando el todo del conflicto jurisdiccional como una garantía de intervención equitativa de las partes, como sinónimo de participación y ejercicio pleno de los derechos. Por ello “...no basta que una ley sea dictada con las formas procesales constitucionales y dentro de la competencia del ámbito legislativo, para que sea válida, sino que es necesario que respete ciertos juicios de valor a los que se liga íntimamente la justicia en cuanto orden, seguridad, paz, etc. de los que resulta un campo mínimo de libertad del individuo oponible al Estado mismo. ...como patrón o standard axiológico de razonabilidad.” (conf. op. cit.).

Este debido proceso legal o sustancial incluye en su triple iter las circunstancias ineludibles de investigar, sancionar y reparar. En efecto, la ausencia de uno de estos tres soportes no generaría justicia efectiva alguna, pues eludir alguna de ellas, generaría un capital defecto en la parte inicial, media o conclusiva del debido proceso. Esto sería así al no poder existir sanción y reparación sin adecuada investigación o investigación y sanción a favor de la propuesta jurisdiccional sin reparación adecuada que surja de las mismas.

En otros términos; el Debido Proceso a través del tiempo se ha convertido; de una garantía procesal de la igualdad a una garantía de fondo de la libertad y posibilitadora del pleno acceso a la justicia.

Hans Kelsen⁴ al presentar su Teoría Pura del Derecho -Eudeba; Bs. As./09- nos decía que si bien la burguesía liberal del siglo XIX reaccionó contra el derecho natural y se volvió hacia el positivismo, este viraje nunca fue absoluto, pues el contenido del derecho varía según época y lugar, manteniéndose que no se puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no se tiene contacto con la justicia.

Si bien todos los derechos tienen como objeto convergente el bienestar del sujeto humano, los derechos humanos no solo convergen sino que se encuentran

⁴ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Bs. As., Eudeba.

articulados o interrelacionados en forma armónica de manera que no puedan ser utilizados en desmedro de su fin, cual es el ser humano en sí mismo. Es por eso que se ha mantenido y expuesto reiteradamente que los derechos humanos están obligados a interpretarse en forma concorde y en integral unidad para proveer bienestar a la especie humana.

Revisemos nuestra postura anterior, plasmada en la expedición referida y en la que, tal como lo expresáramos, para casos similares, aplicábamos la norma civil ordinaria declarando la prescripción de la acción cuando el reclamo no se ubicaba dentro del bienio.

Hoy creemos que esa ha sido una errada determinación en virtud de – precisamente- la calidad ordinaria de dicha normativa, pues al hacerlo así, llanamente hemos omitido la consideración de los principios de carácter constitucional y de los emanados de los tratados internacionales ratificados por el Paraguay que regulan el tema de la responsabilidad del Estado cuando se encuentra involucrado en crímenes de esta naturaleza. Así, no es posible pretender que las únicas reglas que existen para regular la responsabilidad del Estado sean las contenidas en dicho código. Admitirlo sería repudiar la supremacía de disposiciones jurídicas de mayor jerarquía, que por dicha circunstancia deben ostentar -y ostentan- preferencia operativa como lo son las de carácter constitucional e internacional en materia de violación de derechos humanos.

Del relato de los hechos asentados en autos, sin margen de duda podemos señalar que los mismos han sido inhumanos, degradantes y atentatorios contra la integridad física y psíquica e indignos de compatibilizar con el género humano, por lo que deben ser calificados como “crímenes de lesa humanidad”, y por ende imprescriptibles, lo cual en una evaluación contextual del hecho dañoso, su consiguiente reparación no puede ser destinada a tratamiento corriente y de orden interno, como lo sería si considerásemos al civil, como código apto para el efecto, pues los plazos ahí establecidos eximen al Estado de la obligación de reparar.

En dicho sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 63, establece uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de los Estados en los siguientes términos y cuya transcripción consideramos pertinente ya que

deberemos formular alguna interpretación sobre su texto y su contexto: **“1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. ...”**

En estos términos, al haber existido violencia contra los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar las consecuencias dañosas del hecho, circunstancia imposible dada la naturaleza de la agresión. Consecuentemente, no admite otra vía que el abono de sumas de dinero como justa indemnización a la parte violentada. Esta y no otra interpretación se obtiene de la letra de la norma transcrita. Entonces, en síntesis, corresponde la reparación de las consecuencias vejatorias-“...si ello fuere procedente...”- y el resarcimiento; y al ser lo primero de absoluta imposibilidad, surge imperativo el cumplimiento de lo segundo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado que toda violación a una obligación internacional importa un daño que debe ser reparado por el Estado concernido. Nos hallamos entonces ante un principio del derecho internacional, que de la mano de la sana y más actual jurisprudencia ha sido considerado –incluso- como una concepción general del derecho.

Por su parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (Ley No.: 2754 del 18/X/05, en vigor desde el 22/VI/06) refiere sobre el punto en debate que el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo y que para hacer más eficaz la lucha contra la tortura se ha convenido determinar lo que debe ser entendido como tortura, la cual en un todo se ciñe a los hechos denunciados en autos al ser expuestos y admitidos que fueron infligidos intencionalmente dolores y sufrimientos graves, físicos y mentales (castigos, intimidación, coacción) por funcionario público o con su consentimiento o aquiescencia, con el objeto de obtener alguna información o confesión, en el caso, respecto de actividades o ideas opuestas a la forma de desarrollarse y mantenerse la dictadura protagonizada por Stroessner en nuestro país.

De igual manera, el art. 14 de la Convención referida establece: **“1. Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un delito de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”**.

Notemos, de inmediato que el condicionamiento expresado en la frase **“...leyes nacionales...”** impone su subsunción al principio de supremacía constitucional y prelación jerárquica de la norma ubicado en el art. 137 de la Ley Superior que, a la vez impone la innecesariedad de adecuar la norma doméstica, así como el contenido de su art. 45, por ser el punto del debate inherente a la personalidad y dignidad humanas.

Por su parte el art. 9 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura que fuera adoptada en Cartagena de Indias (Colombia) el 9/XII/1985, en vigor desde el 28/II/1987 y ratificada por nuestro país el 2/XII/1990, nos trae la determinación internacional respecto de la vigencia indemnizatoria a través del tiempo en los siguientes términos: **“Artículo 9. Los Estados Parte se comprometen a incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que pudieran tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente.”**, lo que por la prístina cualidad de su letra garantiza la especie de la vigencia de la reparación crematística y al igual que la anterior subordina su propia letra y valor a derechos conferidos en la normativa interna, siempre en el afán de proteger el indemnizatorio.

Ambas normas en aplicación del orden prelativo del art. 137 de la Norma Básica –como dijéramos- son jerárquicamente superiores a la normativa ordinaria de nuestro país, además de hallarse concebidas en términos imperativos cuyo cumplimiento se impone sin mayor esfuerzo, ya que el término **“nada”** utilizado en ambas convenciones internacionales, determinan la imposibilidad de resquicio alguno que pudiera evitar su aplicación desde la normativa nacional.

Jellineek decía con sabio criterio “el Derecho se caracteriza por su eficacia”, pero por mor de la pasividad legislativa el basamento legal que radica en la Carta Magna, no puede desarrollarse adecuadamente, por lo que aunque más no sea en materias fundamentales *pro homine*, interpretación mediante los jueces podemos enriquecer el derecho y conferir solución justa, aunque sea *in casu*.

De esta forma, el carácter imprescriptible de los hechos generadores de la obligación de reparar, que pesa sobre el Estado por protagonizar en abuso de autoridad crímenes contra el género humano constituye un delito contra la humanidad (allanamiento y detención ilegítima, torturas y demás tratos degradantes e inhumanos), por lo que con la misma calidad de inmune al tiempo debe ser considerado el resarcimiento pertinente.

De esta manera, entonces, al ser los crímenes de lesa humanidad imprescriptibles, también debieran ser las acciones reparatorias que surgen de tales delitos, ya que tratándose de violencia contra los derechos humanos el principio axial, en cuanto a la fuente de la responsabilidad está en normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual “**...debe ser así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.**” (Conf. Ortega Fuentes c/ Fisco/Chile –Abril/10).

Asimismo debemos plantear, aunque más no sea en términos de duda; la acción indemnizatoria deducida en virtud de los perjuicios sufridos por el actor no resulta ser de calidad patrimonial, en razón que los hechos originarios y que lo sustentan no provienen de una relación contractual vinculada a razones de conveniencia material o aquiescencia de voluntades libremente expresadas, ni de una circunstancia meramente extracontractual, sino de suprema calidad humanitaria. En efecto, al reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, no debemos entender que ponemos en duda o entredicho el ejercicio de nuestra soberanía legislativa, sino que reconocemos como limitante de la misma el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que también ha de entenderse el de indemnización por las causas invocadas en estos autos.

En dicho marco de convicciones, no puede negarse el carácter de delitos de lesa humanidad a los que sirven de fuente u origen a la acción promovida y en lo referente al resarcimiento pecuniario por perjuicios hace aplicable también lo que se relaciona con el acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares, en aras de **“conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”** (sentencia CIDH, 14/III/01).

Los convenios o tratados internacionales que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento de derecho internacional y de buena fe (*bonna fide, pacta sunt servanda*), son reglas de derecho internacional *ius cogens*, y además derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipulados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente en nuestro país, desde el 27 de Febrero de 1980, en cuyo art. 27 establece que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales; de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado, de donde se vuelve a obtener, sin mayor esfuerzo especulativo, que la responsabilidad emergente del hecho violatorio de un derecho fundamental, también accede a dicha condición y como tal debe ser observado y ejercido.

La estructura y validez de los derechos fundamentales cobra vigencia desde su propia naturaleza, no siendo posible omitir o eludir la aplicación del contexto normativo que lo regula. Y esto es así pues dicha naturaleza humana y fundamental tan vastamente tratada en el ámbito internacional sobreviene no por una mera situación caprichosa, sino para sustentar su respeto y cumplimiento a fuer de repetitiva (nótese la exacta literalidad de los artículos 9 y 14 de las convenciones contra la tortura *supra* transcriptas) y sobre todo para evitar que la variante de los intereses nacionales pueda interponerse a su efectividad. Cuando omitimos dicha aplicación quebramos el debido proceso sustancial y la teoría de las articulaciones constitucionales que determinan sobre todo en materia de derechos fundamentales que la sanción surgida de la investigación merece una reparación a la dignidad mancillada.

Entonces y luego de todo lo referido debemos reiterar la convicción de que no resultan atinentes las normas de derecho interno incluidas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, por hallarse en manifiesto conflicto con las normas del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos que impone como parte del reconocimiento de la imprescriptibilidad de la persecución penal el derecho de percibir reparación.

La obligación indemnizatoria está impuesta al Estado por tratarse de violación de derechos humanos o de calidad fundamental y avalada por los principios del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales aplicables, como expresión de su espíritu y de su letra, de tal suerte que las normas del derecho común interno solo pueden ser admitidas si no están en contradicción con dicha esfera de derechos.

De esta forma cuando nuestro Código Civil en su artículo 641 refiere que la prescripción liberatoria corre a favor y en contra del Estado, debemos entender que ello no es aplicable a la materia que estamos desarrollando en virtud de su naturaleza ya que los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos –sobre todo el último- sujeta la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito a reglas de Derecho Internacional que no pueden ser inobservadas so capa de primacía o vigencia de preceptos de derecho interno.

A este respecto, también debemos tener presente el carácter consuetudinario de estas normas en atención a que por su naturaleza, no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible aplicación: produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

En efecto, en relación a este punto, la Convención Americana ha aclarado que el artículo 63.1 no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de manera que la obligación no se establece en función de los defectos, insuficiencia, obscuridad o inexistencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Con respecto al aparente condicionamiento que se lee (“...si ello fuera procedente...”), no es tal, como se explicitara más arriba, pues ello debe insertarse en la primera eventualidad normada, cual es la rehabilitación a la víctima (“...si ello fuere procedente...”), mas no en la incidencia que pudiera o pareciera tener respecto del resarcimiento material.

Y si a todo esto agregamos la vigencia del art. 39 de la Constitución Nacional que reconoce el derecho de las personas a ser indemnizadas justa y adecuadamente por daños y perjuicios causados por el Estado, cerramos el círculo de atribuciones a las que nos estamos refiriendo.

El valor que impone la vigencia de la justicia debe ser una guía permanente para determinar los alcances del derecho y la convivencia social lastimada por agresiones tan denigrantes contra todo postulado constitucional, por lo que nos permitimos reiterar que la marcada ocupación del Derecho Internacional en esta materia no solo obedece a una circunstancia formal, sino, al contrario, al marcado interés en que los límites de la legislación o de los intereses nacionales no operen en favor de tan deleznable circunstancias. Así, entonces, el resarcimiento por parte del Estado forma parte integral del tipo iniciado en la violencia a los derechos humanos.

En este sentido Juan Bautista Alberdi⁵ en su célebre obra, madre del constitucionalismo americano, "Bases..." -Ed. Plus Ultra; Bs. As./91- decía: **"Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si esta fuera violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias en ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra."**

En el plano internacional también han surgido antecedentes sobre el punto en examen. En tal sentido, opera a favor de otorgar indemnización la sentencia dictada en los autos: rol N°165-2001 "Martínez c/ Fisco de Chile", de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se reproduce lo expuesto por el Juez Cançado Trindade, quien señaló que la responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir del momento en que él deja de cumplir una obligación internacional, independientemente de la verificación de falla o culpa de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de derechos humanos).

⁵ Alberdi, Juan Bautista. "Bases...". Bs. As., Ed. Plus Ultra.

Se puede así, ciertamente, llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o absoluta del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales asumidas al admitir las Convenciones y Tratados en general en materia de protección de los derechos humanos y sobre cuya responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención.

Quienes desarrollamos la mayor parte de nuestra vida bajo el manto inhumano del terror de la dictadura -percibíamos, sin conocerlo en carne- el valor que la aplicación de la justicia algún día nos remitiría a la plenitud del derecho y a la paz integral, elementos estos esenciales para la convivencia cotidiana en todos los ámbitos de la sociedad.

Esta idea, hoy asociada al presente debate, rechaza la omisión de responsabilidad resarcitoria, al extremo que el Derecho Internacional también como el interno ha recogido el criterio que predica que todo daño ha de ser reparado, abstrayéndose de situaciones de atribución tales como la que se extrae del concepto noxal o de culpabilidad.

De esta forma la mera atribución del hecho en cabeza del Estado -en épocas en que dicha conducta es habitual en personas de la condición de las víctimas- determina que el mismo obra con dolo cuando desarrolla reiteradamente conductas indignas y lesivas a los derechos fundamentales por la intervención de los funcionarios de los órganos de seguridad en actividades como la privación de libertad sin protección o tutela judicial, la tortura, la desaparición de personas y la muerte.

Que en el expediente individualizado como "Rol No.: 2182-98 "A" Arica" se exponen motivaciones en abono de la postura que se asienta, por lo que, a mayor abundamiento, nos permitimos transcribir en alguna de sus partes: "...toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional,...propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado...en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de "lesa humanidad", calificación que, en concepto de los disidentes, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de

ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

De esta manera, sostienen estos sentenciadores, procede acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Así, dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar la alegación del demandado, relativa a la inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquélla precisamente la de rango constitucional contemplada en el ya citado artículo 5° de la Constitución, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquélla relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”

En forma asaz reiterada la jurisprudencia chilena se refiere a la aplicación de la norma superior por sobre la inferior, prevista en nuestra Normativa Suprema con el acápite de Supremacía Constitucional en su art. 137, ya referido en esta postulación.

La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales nacionales se erige como un tema de suma trascendencia pues rompe aquel concepto casi *chauvinista* de que nada podía oponerse a la decisión y soberanía de los órganos jurisdiccionales nacionales, circunstancia esta muy venida a menos desde la aparición de la globalización, la integración, la armonización de las normas, la

supranacionalidad y otras fundamentaciones que extienden su trascendencia más allá de las fronteras nacionales.

No es el caso el relativo a la subsidiariedad por agotamiento de las vías nacionales, sino su aplicación en el ámbito interno, dando validez y efectividad al art. 137 constitucional que establece su grado de efectividad respecto de la normativa restante, lo cual no resulta coincidente con la realidad positiva argentina que introduce los tratados de protección a los derechos humanos como de jerarquía igualitaria a la constitucional.

Nos dice Martín Abregú⁶ en la introducción de “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales” –PNUD; Ed. del Puerto S.R.L.; Bs. As./98- “Si, en la ya clásica descripción de Bobbio, la universalización de los derechos fue la tercera etapa que consolidó el consenso para la protección de los derechos humanos, hoy esta tercera etapa requiere una vuelta de tuerca, que haga efectivo en esos Estados nacionales esos derechos universales.” ...y precisamente esta “vuelta de tuerca” a la que se alude es la que deberemos dilucidar con el objeto de que por la vía jurisdiccional se imponga la vigencia de la protección solicitada.

Aludíamos antes a nuestra normativa constitucional, art. 137 para más concreción, que nos impone la primera clave de la cual partiremos. Dice *ad litteram* en lo pertinente: **“La Ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales, aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de menor jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. ...”**

De donde se obtiene con absoluta nitidez que: 1) La Constitución del Paraguay no comparte con norma alguna, y por consiguiente ejerce en exclusividad, el primer grado dentro de la jerarquía de validez en el derecho positivo nacional y 2) Los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, inmediatamente por debajo de la anterior, se ubican en segundo rango de validez, sobre toda otra forma de normativa vigente en la república. Ello implica que en caso de conflicto entrambas, prima la disposición

⁶ PNUD; Ed. del Puerto S.R.L.; Bs. As./98-

constitucional y en caso de idéntica circunstancia entre las de fuera inferior priva el tratado o similar de orden internacional, en las condiciones señaladas y transcriptas.

Convengamos que resulta de suma dificultad que surjan desavenencias entre la Constitución y la norma internacional, ya que en la actualidad las articulaciones normativas coinciden en la armonización de principios, valores y conceptos, amén de que para que esta entre en vigor debe traspasar el tamiz constitucional determinado por el legislativo y –finalmente- el ejecutivo vetarlo al incursionar en el ámbito doméstico en forma de ley. Luego, de haber vencido esa valla, su suerte final está en la denuncia del tratado con posterioridad a su admisión, por aplicación de los artículos 142 y 290 de la Ley Magna.

Por otro lado el art. 15 b. CPC impone al jurisdicente la obligación de aplicar, a la hora de resolver los conflictos, antes que toda otra normativa, la Ley Suprema. Entonces en la labor interpretativa, sin necesidad de recurrir a la consulta de constitucionalidad del art. 18 a. CPC estamos habilitados a aplicar la determinación constitucional, lo que no resulta cuando existe una norma expresa de inferior rango opuesta a la superior, que nos indique que debemos recurrir a la mentada consulta para que el órgano cimero decida sobre la cuestión.

En suma y síntesis, basándonos en el orden de prelación instituido constitucionalmente podemos interpretar acerca de la prescriptibilidad o no de la acción de reparación material surgidos de la producción de delitos de lesa humanidad.

Existe una circunstancia asaz trascendente en materia de aplicación de los instrumentos internacionales por los tribunales locales que debemos abarcar a fin de ir despejando el sendero por el cual discurrir de manera que nuestro razonamiento adquiera validez en favor de la operatividad de dichos instrumentos. En efecto, sabemos que en virtud del art. 137 de nuestra Norma Suprema se ha establecido el principio de supremacía constitucional que ubica a la misma en la cima de la normativa positiva nacional, por sobre los propios instrumentos – tratados y convenciones- internacionales.

En dicho orden de asertos, lo básico que debemos entender en virtud de dicha norma es que toda la normativa vigente, incluso los instrumentos internacionales,

deben ubicarse y extender su imperio dentro de los cánones constitucionales, pues en materia jurídica lo que se halla fuera o más allá de los mismos, no existe o es nulo.

Bajo el rótulo “DE LOS DERECHOS PROCESALES” el art. 17 de la Carta Magna en su inc. num. 3) dispone: “...que no se le condene sin juicio previo **fundado en una ley anterior al hecho del proceso...**”, por lo que necesariamente debemos confrontar la norma con el hecho en cuestión para determinar dicha temporaneidad. --

Los hechos que dieran origen a la demanda se produjeron cuando se encontraba vigente la Constitución Nacional de 1967 con su modificación del año 1977, que no afecta al presente juzgamiento. De esta forma corresponde verificar la presencia de la exigencia de *marras* en dicha normativa.

Ahora bien, en dicho orden también nos hemos propuesto abordar otra duda que nos genera la aplicación del derecho internacional por los tribunales locales y es lo que refiere al arquetípico principio constitucional, integrador del debido proceso, que el juzgamiento debe fundarse en ley anterior al hecho del proceso. En efecto, sin mayor exposición cronológica los convenios internacionales citados son posteriores a la producción del hecho motivador del reclamo.

Debemos asumir que antes de ahora al juzgar casos similares al presente no habíamos considerado cuestionar la vigencia de principios cardinales y de validez universal, cuales son la irretroactividad y la imprescriptibilidad respecto de hechos anteriores a la Ley Suprema vigente y a los instrumentos internacionales tutelares de derecho humanos.

En dicho sentido y a los efectos de abonar con suficiencia este aspecto del tratamiento, no hallamos mejor respaldo argumentativo que el expuesto por el Dr. Marcos Riera Hunter, a la sazón Presidente de la Primera Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, con los votos *nemine discrepante* de los conjueces Oscar Augusto Paiva Valdovinos y María Sol Zuccolillo de Vouga en el Acuerdo y Sentencia No.: 84 del 25 de Octubre de 2007, dictado en los autos: “MANUEL MARÍA RECALDE SERVIÁN c/ Estado Paraguayo s/ Indemnización de Daños y Perjuicios”, debiendo aclararse que dicha exposición se la formuló en el marco de una fundamentación tendiente a desestimar la defensa

de falta de acción en razón de no haberse planteado la misma contra los responsables directos de los hechos ilícitos, sino contra el subsidiario lo que devendría improcedente.

Nos dice el Dr. Riera Hunter: “No obstante, cabe afirmar que en este caso particular y concreto se configuran circunstancias especiales y atípicas de particular relevancia que tienen la virtualidad de modificar las premisas centrales del razonamiento lógico antes expresado, modificación, que, obviamente, tiene el efecto de promover un cambio radical en la conclusión a ser obtenida por la vía deductiva.”

“En efecto, es verdad que, en principio, el Estado solo tiene una responsabilidad subsidiaria por los hechos delictuosos, irregulares o ilícitos cometidos por sus funcionarios o agentes en el desempeño de sus funciones públicas (responsabilidad extra-contractual, art. 106 Constitución y disposiciones concordantes). Pero no puede pasarse por alto, en este caso, que el accionante ha sido beneficiado con la Resolución No.: 154 del 25 de Mayo del 2005, emanada de la Defensoría del Pueblo (fs. 233), por la cual se lo indemnizó con 2.500 jornales a consecuencia de haber sufrido hechos de tortura con secuelas, de acuerdo con la Ley N.: 838/96, “Que indemniza a víctimas de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989”, hechos que, como se verá más adelante, integra un conjunto de actos irregulares o ilícitos que sustentan la petición resarcitoria del actor en el presente juicio. La tortura con secuelas es solo uno de esos hechos ilícitos.”

“Debe notarse que dicha resolución es la aplicación de una ley del Estado Paraguayo, sancionada por el Poder Legislativo, promulgada por el Poder Ejecutivo y actuada por la Defensoría del Pueblo (órgano estatal extra-poderes) por medio de la cual la persona jurídica “Estado Paraguayo” asume la responsabilidad DIRECTA de indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos por causas políticas o ideológicas durante el periodo señalado precedentemente, sin necesidad de que dichas víctimas tengan la obligación legal de transitar por el procedimiento jurisdiccional de demandar judicialmente al responsable directo de tales violaciones (funcionarios o agentes del gobierno) y, eventualmente y en forma subsidiaria, al propio Estado Paraguayo.”

“Lo señalado anteriormente tiene una relevancia capital para la presente cau-

sa porque si el Estado Paraguayo aceptó asumir la responsabilidad directa en aquellos casos en que (como los previstos en la Ley No.: 838/96) solamente tendría una responsabilidad subsidiaria (aceptación que no se reduce a una situación de hecho, sino que tiene base normativa y legal), no podría luego –por un principio elemental de coherencia que hace a la Teoría de los Actos Propios–pretender desobligarse de la misma responsabilidad cuando se pretende, como en este caso, reclamación de otros rubros indemnizatorios que puedan estar cubiertos por la Ley No.: 838/96, pero que –sin duda- tienen la misma CAUSA EFICIENTE (delitos, faltas, transgresiones e ilícitos cometidos en perjuicio del actor por agentes públicos del Gobierno que culminó en el año 1989) que ha motivado la indemnización otorgada al actor por el Estado a través de la resolución dictada por la Defensoría del Pueblo.”

“En otras palabras, el Estado Paraguayo asumió LEGALMENTE la responsabilidad directa de indemnizar al actor, víctima de la dictadura que se extendió desde 1954 hasta 1989 por violación de derechos humanos por causas políticas o ideológicas (tortura) no se entendería el por qué no debería asumir también idéntica responsabilidad directa para resarcir otros rubros como el daño patrimonial en general y también el daño moral provocado por otros actos irregulares que tienen su origen en la misma causa-fuente es decir, los ilícitos, faltas y transgresiones cometidos por los funcionarios públicos de ese periodo en ejercicio de sus funciones respectivas.”

“Tal desdoblamiento no resulta concebible, ni lógica ni jurídicamente, por cuanto que se refiere a la CAUSA EFICIENTE o CAUSA FUENTE del daño ocasionado al actor (actos ilícitos e irregulares de los agentes públicos) es exactamente la misma en relación al resarcimiento por las violaciones de derechos humanos (tortura) como en relación a otros actos indemnizables (daño moral y patrimonial). La única diferencia radica en que en el primer caso el resarcimiento se efectúa a través de un órgano no jurisdiccional (Defensoría del Pueblo), en el segundo caso el resarcimiento debe canalizarse a través del órgano jurisdiccional (Poder Judicial), según lo impone el art. 10 de la Ley No.: 838/96. Pero el vehículo de canalización de la pretensión resarcitoria en nada modifica la causa real de ambas reclamaciones (ilegalidad o ilicitud del comportamiento del funcionario público).”

“La puesta en vigencia de la Ley No.: 838/96, y especialmente su aplicación

que torna al Estado Paraguayo en responsable directo (no subsidiario) por violaciones de los derechos humanos durante la dictadura de Stroessner, no permite que el Estado pueda acogerse al principio de subsidiariedad con base en el art. 106 de la Constitución y disposiciones concordantes. El compromiso de asumir en tales casos una responsabilidad directa es indivisible porque no es concebible entender que una misma causa eficiente motive, por un lado una responsabilidad directa en relación a un rubro (reclamable ante la Defensoría del Pueblo) y, por el otro una responsabilidad subsidiaria en relación a otro rubro (reclamable ante la justicia ordinaria). La responsabilidad del Estado, que es indivisible, como se explicó anteriormente, o es directa o es subsidiaria según los casos. Pero no puede ser directa y subsidiaria al mismo tiempo y en relación a la misma causa eficiente, como al parecer entiende la demandada en este juicio.”

Nos hemos permitido esta extensa transcripción de la señera pluma del Dr. Riera Hunter, pese a que nuestra intención no radica en una defensa formal opuesta, sino en la intención e imperiosa necesidad de respetar principios basales asentados *en* la Norma Superior.

En efecto, la determinación constituyente de ubicar a los tratados y convenios internacionales bajo la autoridad constitucional no nos permite aplicar a ultranza los instrumentos internacionales, ni aun considerando la amplitud e imperatividad de su concepción terminológica cuando a derechos humanos se refiere, pues existen vallas difíciles de franquear.

Estas vallas han sido establecidas con idénticos o similares fundamentos a los utilizados para ubicar a los instrumentos internacionales de derechos humanos en tan empinado rango, por lo que podríamos decir, con mínimo margen de error y en la peor posibilidad, que si violásemos los mismos estaríamos situándonos sustancialmente en el mismo punto que si violásemos aquellos instrumentos tutelares que combaten los delitos de lesa humanidad.

En fin, nos estamos refiriendo al axiomático estandarte constitucional de la irretroactividad de la ley contenido en el art. 14 que impone que. **“Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o condenado”**

Que genera o se asocia al no menos enjundioso soporte fundamental del debi-

do proceso enunciado en el art. 17.3 **“que no se le condene sin juicio previo, basado en una ley anterior al hecho del proceso...”**.

Permítasenos aquí un breve *ex cursus* antes de proseguir con el desarrollo del punto: Que no se entienda que pretendemos obviar u omitir la trascendencia y aplicación de los tratados internacionales o la investigación, sanción y reparación del delito y el perjuicio causados por los atentados de lesa humanidad; lo que debe entenderse es que no podemos, para aplicarlo, forzar la inexpugnabilidad de axiomas seculares que se confunden con el derecho mismo, para, por algún resquicio, introducir la validez y aplicación de los instrumentos internacionales en cuestión.

Volviendo sobre aquellos soportes del derecho humano al debido proceso diremos que ambos se encuentran íntimamente ligados, pues reconocen como ingrediente principal al factor temporal que se puede sintetizar, sin ir más lejos, en que no se puede aplicar a un caso determinado una norma inexistente al momento de su producción o –en otros términos- cuya vigencia ha sido posterior al mismo.

En el caso de la irretroactividad se reconoce la excepción de favorabilidad al encausado o condenado. Si bien pareciera que la norma solo tendría validez operativa en procesos penales, dada la terminología utilizada para señalar la excepción, no es menos obvio que también es aplicable para cualquier otra competencia, según así –v.g.- se desprende de los artículos iniciales del Código Civil Paraguayo al reconocer la vigencia de la ley desde el día siguiente a su publicación (art. 1), o más enfáticamente la de su art. 2 que dispone *ad litteram* “Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo...”, de igual contenido que la del art. 5 del Código Penal. De cualquier manera pese a que la norma constitucional pareciera que solo se refiere a la competencia penal al introducir en su texto las condiciones encausado o condenado, advirtamos que el encausado es el que se encuentra en la causa (o tal vez más puntualmente a quien se le impone que intervenga en una causa) y el condenado quien recibe la sanción o la determinación jurisdiccional contraria a sus intereses, por lo que si bien es cierto que en la práctica forense se asimila más a la competencia penal, no es menos cierto que son términos omnicomprensivos de cualquier competencia.

Lo referido es al solo efecto de no dejar de referirnos puntualmente a los diver-

sos aspectos de la norma, empero aunque así no fuese, o sea aunque la norma no encajase con cualquier competencia, la irretroactividad o los efectos de la ley respecto de su vigencia en materia temporal es una circunstancia que por la obviedad de su concepción se sustenta *per se*.

En el caso de autos asume la condición de encausado o condenado el Estado Paraguayo, quien en ejercicio de su soberanía ha expedido la ley 838/96 “Que indemniza a víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989”. De la totalidad de dicho texto surge que en un acto de suprema justicia el Estado Paraguayo asume la responsabilidad de los acontecimientos violatorios de los derechos humanos impuestos por la Dictadura de Stroessner, y al reconocer –en el año 1996- dicha circunstancia, ubica a los diversos instrumentos internacionales mencionados en una franja temporal anterior a dicho reconocimiento, por lo que al ser así ya no podemos hablar de irretroactividad o de inexistencia de ley anterior al hecho procesado.

En esta parte, para hacer más breve esta ya luenga exposición, nos remitimos, adherimos y suscribimos el criterio del Dr. Riera Hunter en el voto señalado, y en especial en todo lo que refiere a la asunción de responsabilidades por parte del Estado Paraguayo y sus efectos respecto a las violaciones como las investigadas en autos.

Finalmente no podemos dejar de mencionar una circunstancia, si bien no determinante, no por eso menos importante en materia de jerarquía de los instrumentos normativos.

Reiteradamente aludíamos al art. 137 C.N. en la parte que refiere a la ubicación de los instrumentos internacionales y que, de paso, ha motivado esta exposición, pues si hubiese tenido igual rango, hubiésemos tratado de cumplimentar el principio metodológico de la navaja de Ockhan (Occan) abreviando referencias y fundamentos.

Nos referimos a la particular circunstancia de la forma en que debe operarse para dejar sin efecto los tratados internacionales de derechos humanos, contenida en el art. 142 C.N. En efecto, en esta postrera situación estos instrumentos acceden al máximo rango, pues para su denuncia y consiguiente derogación debe recurrirse al procedimiento de la enmienda constitucional que involucra

planteamientos reveladores de la importancia que le concediera el constituyente blindando su pervivencia con dicho instituto en que se da intervención directa al parecer ciudadano.

Con este comentario no queremos sino determinar la alteza de su rango en aras de su aplicación, empero, precisamente por respeto a su autoridad jerárquica –y solo por ella- no es posible que nos sometamos a ella infundadamente.

Nos dice Lorena Ortiz Ahlf en “Integración de las normas internacionales en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica” –La aplicación judicial de los Tratados Internacionales; Serie Democracia y Judicatura; Edit. ILSA; Bogotá; 2006- que existen cuatro tipos de rangos conferidos a los instrumentos internacionales por la normativa interna, a saber: la supranacional a la que adhieren Guatemala, Honduras y Colombia, la constitucional como la situación argentina, supralegal acogida por Costa Rica, El Salvador, Ecuador y nuestro país, y finalmente las que imponen rango legal como Estados Unidos, México y Venezuela, llamadas las constituciones del silencio por no establecer prevalencia entre ley federal y tratado, salvo un breve atisbo de apertura en favor de la supremacía dispuesta por la Suprema Corte de México desde 1999.-

Nuestro país se suscribe al sistema de la supralegalidad al ubicar al tratado inmediatamente por debajo de la Constitución, por lo que como reiteradamente hemos dicho, debe respetarse su contenido, en el caso los postulados del debido proceso formal como los contenidos en el art. 14 y 17.3.

La doctrina en la materia que a ultranza pretende la aplicación de los instrumentos internacionales ha desarrollado innumerables técnicas –algunas abiertamente desprovistas de razonabilidad-. En dicho sentido, Alberto León Gómez Zuluaga en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales: el derecho internacional como fuente de derechos y obligaciones en el derecho interno”, monografía incluida en la obra supra referida, detalla las diferentes técnicas de incorporación, clasificándolas en:

- a) Interpretativa: se cumple cuando se “...incorpora una disposición constitucional que indica que los derechos reconocidos explícitamente en la respectiva constitución política deberán interpretarse a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos.” (Art. 1.2 de España y 16.2 de Portugal)

b) Declarativa: “cuando la constitución de un estado formula declaraciones que hacen un explícito reconocimiento de los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales, haciendo caso omiso de las teorías sobre el rango de los tratados y otros instrumentos, y sobre la incorporación de estos en el derecho interno.”, que pueden hallarse ubicadas en el preámbulo o en (Guatemala) o en su articulado (Chile. Nicaragua, Ecuador y Brasil)

c) Cláusulas enunciativas: las que reconocen con rango constitucional los derechos que no hallándose expresamente contenidos en el articulado constitucional, sean inherentes a la persona humana, resulte del régimen o de los principios adoptados por la misma o de los propios tratados de derechos humanos (Colombia y Brasil) y

d) Inclusión o incorporación normativa: cuando “...el constituyente convierte en norma de derecho interno las disposiciones de un tratado...” (Colombia). Naturalmente que una misma constitución puede utilizar varios de los sistemas enunciados, o sea no existe limitación alguna para embarcarse en uno o varios de ellos y aún combinarlos o modificarlos, menos cuando de acoger normas de derechos humanos se trate, por lo que en dicho marco de reflexiones veremos a cuál de dichos criterios se suscribe nuestra Carta Política.

La Norma Suprema de nuestro país, dando por sabidas expresas menciones que formula en sus arts. 137 y 141, además de la 145 que dice expresa relación con los derechos humanos, contiene en su articulación la del art. 45 **“De los derechos y garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía.”**

La existencia de violaciones contra los derechos humanos dinamiza la investigación para sancionar y finalmente reparar. Esta es la culminación eficiente de todo lo expuesto, pues en la reparación adecuada y justa se sustenta el principio fundamental del Derecho Internacional de la responsabilidad de los Estados que no puede quedar sujeta a la norma nativa que jamás pudo tener en cuenta circunstancias como la aquí juzgada.

La Revista *Ius et Praxis* –año 14-No.:2:147-207,2008 nos presenta un artículo de la autoría de Gonzalo Aguilar Cavallo, profesor de Derechos Humanos de la

Universidad de Talca y LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario, bajo el título: Crímenes Internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: Referencia al caso chileno, que por la trascendencia de su contenido no hesitamos en transcribirlo en alguna de sus partes, al reconocer el autor que la controversia relativa al tema de la prescripción derivada de crímenes internacionales reviste suma complejidad y controversia.

Inicialmente encara el tema desde el punto de vista de los criterios interpretativos, desarrollando el tema por el “Principio del Derecho Internacional convencional” que infiere de los Estatutos de la Corte Penal Internacional. Los mismos consagran expresamente el principio de reparación civil de la víctima o sus causahabientes, la cual puede consistir en restitución, indemnización o rehabilitación, por lo que la imprescriptibilidad incluye a la acción penal y a la civil.

El segundo sustento descansa sobre “El falso argumento de la seguridad jurídica”, cuestionándose el autor ¿para quién es la seguridad jurídica?, ¿a quién deberá el poder público garantizarle la certeza y la seguridad jurídica en un Estado de Derecho?, naturalmente a quienes se sometan a los dictados de la Constitución y las leyes, pues la seguridad jurídica no es absoluta y se encuentra sometida al principio de justicia que no puede ser invocado por quienes cometen actos que repugnan a la conciencia jurídica, contraviniendo la idea de humanidad, para quienes, por el contrario, se hallan reservadas la obligación de reparar adecuada e integralmente a las víctimas, ...”en todo tiempo y lugar.”, pues “...la prescripción es una regla adjetiva que admite excepciones, atendida la naturaleza de los derechos de que se trate.” Así, partiendo del principio que el derecho de los derechos humanos guarda el objeto de amparar a las víctimas, se puede recordar en el orden del derecho comparado, citado por el actor el caso de las reparaciones civiles de las víctimas del holocausto a partir de 1952 o –entre otras- la reparación recibida por la tribu Sioux luego de más de cien años por la presión que ejerciera el gobierno para que abandonen sus tierras.

El siguiente se basa en el Principio de coherencia, que establece que cuando ambas acciones provienen del mismo hecho los principios aplicables deben ser los mismos y cualquier disposición en contrario es discriminatoria e incoherente.

El posterior es un “Enfoque en las víctimas y en la humanidad” que el autor explica a partir del principio “*pro homine*”, al destacar que el Derecho Internacional

de los Derechos Humanos se ha basado siempre en el derecho de la víctima, cuando que el interno por el “*pro reo*”, la irretroactividad de la ley y la prescripción de las acciones y la pena. Concluyendo en que el juez nacional no puede aplicar dichos preceptos cuando se encuentra frente a delitos de lesa humanidad que se rigen por un orden jurídico extraestatal.

Prosiguiendo el orden de la exposición, los fundamentos son enmarcados en el Principio finalista que determinan que la persecución de un crimen internacional tiene un fin sancionador y reparador que no podrán ser cumplidos si se admite la prescripción de la acción civil, sobre todo el reparador. En dicho sentido la transcripción que sigue es sumamente ilustrativa y enriquecedora en la materia que desarrollamos y que corresponde a la antigua Comisión de Derechos Humanos que dice: “...exigir responsabilidades a los autores de violaciones graves de derechos humanos es uno de los elementos esenciales de toda reparación efectiva para las víctimas de los derechos humanos y un factor clave para conseguir un sistema de justicia justo y, en definitiva, la reconciliación y la estabilidad del Estado.”

El autor concluye esta primera parte de su fundamentación abarcando el Principio de la reparación integral que en caso de la violación de derechos humanos –explica- cumple múltiples funciones, como ser la de disuadir, sancionar y sobre todo restablecer la situación al estado anterior de la violencia sufrida, principio este que fuera incluido en la resolución de la Asamblea General bajo el título de: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, de cuyo instrumento se obtiene que las violaciones que tratamos constituyen crímenes que en virtud del derecho internacional no prescriben, sea la acción penal como la civil.

El Prof. Aguilar Cavallo discurre en su exposición sobre una circunstancia similar a la que sustentara este suscripto, cuando atribuye a la Corte Suprema de su país la postura en favor de la prescriptibilidad al considerar que la acción civil responde a una cuestión de índole patrimonial, mientras que las Cortes de Apelaciones (Tribunales entre nosotros) en especial la de Santiago, sustenta la imprescriptibilidad en razón de la coherencia con el hecho que genera la acción. Estas posturas encontradas en tema tan trascendente nos informan acerca de la

existencia de extremos radicales, por lo que no podemos evitar reflexionar, no obstante estar, en cada instante invertido, más convencido de la postura asumida.

En efecto, de la señera argumentación que comentamos hallamos de suma importancia remarcar el principio de coherencia, pues si bien en el derecho interno se destaca el principio de prescriptibilidad, en el derecho internacional -que es donde corresponde ubicar a la responsabilidad del Estado por excesos de autoridad sobre ciudadanos que no comparten su manera de ejercer o ejecutar las decisiones políticas- opera el del resarcimiento pleno de dichos crímenes que se implementa a partir de normas consuetudinarias y convencionales.

Es lo que se plantea en el señalado caso de Bruce Catalán c/ Fisco cuando el articulista asienta: "...es curioso cómo se pregunta la Corte sobre la existencia de una norma especial que declare la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir la responsabilidad extracontractual del Estado, sin hacer referencia alguna a la reparación integral debida a la víctima o víctimas de violaciones graves de Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y de una manera intempestiva aplica el derecho común. ¿Cómo pueden los tribunales sostener la imprescriptibilidad de la acción penal derivada del mismo hecho? ¿Cómo es posible argumentar a favor de un doble régimen de prescriptibilidad derivado de un mismo hecho? El Ministro Sr. Madrid en su voto disidente expresa esta misma idea cuando expone que "la imprescriptibilidad señalada rige tanto para el ámbito de lo penal como de lo civil, puesto que carece de sentido frente a la antedicha afirmación basada en el *ius cogens*, sostener la imprescriptibilidad para el primer ámbito y desestimarla para el segundo, aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada, y por lo mismo privada y renunciable."

Al aplicar, *in casu*, la teoría de las articulaciones constitucionales *ut supra* referidas, debemos reclamar de inicio la aplicación de estructuras de razonamiento coherentes, lo que señala que se debe desestimar cualquiera que nos pueda conducir a conclusiones desatinadas o que pierdan el eje del planteamiento en ejercicio del sistema jurídico completo, cual es el de los derechos humanos como un todo íntegro. Naturalmente que no deja de ser atendible y funcionalmente sano que surjan disputas en el seno de las jurisdicción respecto de temas tan álgidos como el presente, empero nos asiste la convicción de que en conflictos como el debatido se debe preferir la sustancia a lo formal.