

EL PODER JUDICIAL COMO CONTROL PARA EVITAR LA IMPUNIDAD

Alberto Borea Odría

Un sistema jurídico consiste en un conjunto de normas que rigen el comportamiento de una sociedad. Este sistema jurídico expresa los valores que la sociedad asume como valiosos y que sus órganos de representación, dentro de un Estado democrático, los elevan a categoría de obligatorios para todos los habitantes de un Estado, sean estos autoridades o particulares. Lo correcto en una sociedad bien estructurada, es que se presente una correspondencia entre los valores que se postulan y los comportamientos sociales de los habitantes de esa Nación. Sin embargo, ello no ha sucedido con frecuencia en nuestros países, donde hemos tenido casi siempre una distancia muy grande entre las normas escritas y las conductas sociales. Se puede decir que hay, en contraposición constante, un sistema jurídico formal que tiene categoría simbólica, y un sistema jurídico real que pone de manifiesto, por el contrario, las tendencias no manifiestas que se presentan al interior de la sociedad misma.

Esto puede ser analizado desde una doble perspectiva. La primera es la axiológica, por la cual la sociedad entiende como buenos y como propios esos valores y en cuya virtud ningún ente formulador de normas de Derecho se atreve a desconocer. Si hace aquello, perderá legitimidad y la sociedad se mostrará disconforme con su actuación.

La segunda perspectiva, es la práctica, la de la constatación diaria, donde esos valores son a menudo confrontados con acciones que los desconocen. Los pretextos que se utilizan para incurrir en esas desadecuaciones son variados, pero normalmente se centran en una supuesta "falta de realismo por parte de los legisladores con respecto a lo que se necesita hacer en la

práctica para resolver los problemas nacionales”, los que, aluden los trasgresores de estas normas, obligan a hacerse de la vista gorda en las trasgresiones a esos derechos.

La Constitución y las leyes de defensa de los derechos humanos y de control del poder, tienen en este contexto un nivel simbólico, aun cuando su cumplimiento resulte muy complicado en algunas de nuestras sociedades latinoamericanas por la estructuración del fenómeno del poder y por los intereses de los diversos actores.

Karl Loewenstein, el gran constitucionalista, ha definido a estas realidades como sistemas de una Constitución nominal. A diferencia de lo que sucede en las sociedades con una Constitución normativa, donde los valores que se expresan en la norma corrientemente se cumplen, y la función de la sociedad se rige por esos términos, y a diferencia también de lo que sucede con las sociedades de Constitución semántica, donde la voluntad del dictador se llega a expresar en forma de norma, con prescindencia de valores, en los países con un sistema de Constitución nominal, como los nuestros, los valores se expresan, pero no se cumplen.

Se repite en esto el comportamiento denunciado hace ya cientos de años por Fray Bartolomé de las Casas, cuando a los valores recogidos por las leyes de Indias, los encomenderos, agachando la cabeza y sabiendo que por la lejanía de quien lo promulgaba no era posible que se aplicaran, decían con sorna: “se acata pero no se cumple”.

¿Qué hacer frente a esto? ¿Hay que resignarse a este doble juego de instituciones y consentir en América Latina que la ley es solamente un programa de aplicabilidad relativa y sujeta a cambio en cada caso concreto por “razones de Estado” ajenas al conocimiento del público? Obviamente la respuesta es no, y la viabilidad para que esta negativa cobre vigencia real no resulta tan complicada en tanto que el Derecho reconoce esos valores y condena esas frecuentes excepciones que se dan en la práctica. Una mayor vigencia del sistema jurídico, aunque esta

no fuera completa, como no lo es en realidad en ningún sistema, sería la vía adecuada para cambiar el curso de las cosas. En esto, los actores del proceso jurídico: jueces, procuradores, fiscales, abogados litigantes, profesores universitarios, defensores de los habitantes y legisladores, tienen un papel preponderante que jugar y una responsabilidad que asumir.

La democracia como sistema de gobierno y los controles del poder como instrumento de su vigencia

En la década anterior y en lo que va de ésta, el sistema democrático ha ganado espacio en el Continente y se ha consagrado como la forma de gobierno por la que deben de regirse nuestras naciones. Esto significa el reconocimiento de los valores básicos que este sistema propicia, fundamentalmente, el de la dignidad humana, con la libertad e igualdad de los hombres como indesligables del sistema y presupuesto del mismo y con el pluralismo y la tolerancia como base para el desarrollo de la vida social.

Pero también significa la adopción de los procedimientos para la convivencia social que hacen posible la vigencia de dichos valores. Como lo recuerdan Friedrich, Dahl y Loewenstein y, en general, todos los estudiosos del Derecho Constitucional y de las instituciones políticas democráticas. No puede darse esta si no hay limitación y control sobre los titulares que ejercen el poder.

El sistema democrático fue ideado, por lo demás, con esta clara preocupación de limitación y control. Así lo expresaron en sus clásicas obras tanto Locke, ("Two treatises on civil government"), como Montesquieu, ("Del espíritu de las leyes"). Todo estaría perdido, si en una sola mano se reunieran las capacidades de legislar y de ejecutar. El hombre, en esta eventualidad, estaría, como lo había estado en el pasado, expuesto a toda clase de arbitrariedades de parte de quien ejerciera esa función.

En efecto, la división de poderes era una forma de limitar al mismo, en la etapa previa a su plasmación en la realidad política, el poder total lo detentaba el rey, y al dividir los poderes, o las funciones del poder (para atender a la observación de Carl Schmitt), lo que se hacía era limitar el que siempre había tenido el monarca en aras del naciente poder de la burguesía reunida en el parlamento.

Se supuso, además, que la diversidad de los intereses a los que respondía cada una de las instituciones (la corona y el parlamento), harían que se controlaran mutuamente, impidiéndose así los abusos de unos u otros.

El rol del Poder Judicial en el esquema democrático

El Poder Judicial, dentro del esquema original, continuaba siendo parte del Poder Ejecutivo. Sin embargo, pronto se comenzó a establecer funciones para los jueces dentro de este nuevo esquema democrático. Los franceses entendieron que los jueces estaban totalmente sujetos a la ley, vale decir, a la voluntad de los legisladores que eran los que expresaban la voluntad popular a través de las normas que por mayoría se aprobaban. Hay que recordar que en la doctrina francesa, la soberanía del pueblo representado en el Parlamento no podía ser cuestionada por el cuerpo judicial y no existía el control de constitucionalidad de las leyes. Los jueces no eran más que “la boca de la ley”.

Pero fueron los americanos, y especialmente la intuición de Hamilton y el genio de Marshall, los que le acordaron al Poder Judicial una función independiente de la que cumplían los otros poderes del Estado. El primero había señalado que la Constitución tenía que ser preminente porque, caso contrario, se caería en “una dictadura congresional”, la que había que evitar, puesto que consideraba como la inmediata tarea de la democracia, luego de resuelto el problema de la toma de decisiones por mayoría, evitar que esta se convirtiera en tirana y que desconociera los derechos de los hombres que en ese

momento se encontraban en mayoría. El segundo, a través de la sentencia del caso “Marbury vs. Madison”, señaló el rol normativo y no solamente valorativo de la Constitución y, en consecuencia, el papel de limitante del poder que tenía frente al accionar de los órganos constituidos.

Hay que señalar que ya en la Constitución de los Estados Unidos se le había otorgado al Poder Judicial un capítulo especial a este cuerpo, lo mismo que al Ejecutivo y al Legislativo, y, aún cuando no se había precisado de manera expresa que se podía ejercer control de no aplicabilidad sobre las normas que violaran la Constitución, las bases para esa declaración ya estaban consignadas.

A partir de esta sentencia, el Poder Judicial adquiría un papel de guardián de estos valores fundamentales y de esos procedimientos especiales que la Constitución había consagrado como medio de obtener una feliz, pacífica, ordenada y justa convivencia.

Los países latinoamericanos, por su parte, recogieron de la Constitución americana esta declaración, y la consignaron en sus textos fundamentales, bien que no dieron un gran paso en garantizar su independencia de los otros poderes del Estado. En el Perú, por ejemplo, se podía trasladar a los jueces de circunscripción.

La importancia y el rol del Poder Judicial en el esquema moderno de las relaciones de poder

Pero esto que fue importante en su momento, fue fundamental luego, cuando todo el poder pasó a legitimarse en nombre del pueblo, y cuando, por la evolución del sistema político y la aparición de los partidos políticos, el poder volvió a reconcentrarse en un mismo grupo. En efecto, aunque postulados en nuestra América Latina, unos para los cargos del Poder Ejecutivo y otros para los cargos del Poder Legislativo, los candidatos primero, y las autoridades luego que son elegidas,

responden las más de las veces a una misma organización y comparten un mismo programa o una misma ideología. Así las cosas, el rol de control que se suponía debía de ejercer el Parlamento sobre el Gobierno, y éste sobre aquél, se diluyó. Nadie, seriamente, puede esperar que esto suceda. Las discrepancias entre gente del mismo partido que se encuentra en el poder, cuando se producen, son normalmente sobre aspectos adjetivos o, en todo caso, se tratan de una forma privada y sin el conocimiento de la ciudadanía. El Presidente, por lo demás, es el líder de la organización por la que el pueblo votó para el ejercicio del poder, y los parlamentarios elegidos tendrán una relación de fáctica subordinación con él.

Al tener el mismo origen, (el popular de tamiz partidario), y al ser en muchos casos en América Latina, elegidos en la misma fecha, las posibilidades de control se reducen grandemente. Más aún cuando, por nuestra historia, los parlamentos no se han desarrollado lo suficientemente, por razones históricas (golpes de Estado frecuentes) como para servir de contrapeso efectivo al poder del Presidente.

Es preciso entonces entender que las coordenadas para el control del poder han variado sustancialmente. Este ya no se ejerce desde el eje Ejecutivo-Legislativo, sino que se ha "movido" hacia otros tres ejes: el primero, el de mayorías-minorías en el Parlamento, (por lo que se hace imprescindible el reestudio de la normativa interna del Poder Legislativo); el segundo, el control vertical que se ejerce por las autoridades locales o regionales vis a vis las autoridades nacionales; el tercero, el que corresponde al Poder Judicial.

Para que cualquier control, sin embargo, sea eficaz, tiene que garantizarse su independencia, porque de no ser así las posibilidades de limitación a un poder superior no se van a presentar. Es por ello que una de las luchas más importantes en la moderna estructuración del Estado, y especialmente en América Latina, donde quienes gobiernan tienden a entender

que su palabra tiene que ser necesariamente obedecida, es la de imaginar fórmulas para que esta independencia se produzca.

Cuando en la sentencia de Marshall se definió que no se podía considerar aplicable en la vida de los ciudadanos una norma que estuviera en contra del pacto fundacional, se estaban poniendo los cimientos del control judicial. El razonamiento era novedoso, pero perfectamente lógico. De nada valdría que el pueblo se esforzara en producir una Constitución si la misma pudiera ser desconocida por el criterio de una autoridad elegida. Por lo demás, y dentro de la lógica que señala que el poder reside en el pueblo y que quien lo ejerce lo hace dentro de las limitaciones que se le confiere, que son las establecidas en la Constitución, el control de los actos ya sean del Legislativo, del Ejecutivo o de cualquier otro órgano de poder del Estado, es absolutamente fundamental.

Las mayores necesidades de control frente a la nueva instrumentalización del derecho

Esto es más claro aún ahora cuando el Derecho ordinario es tomado crecientemente -más que como función de expresión de valores y por lo mismo de la fijación de grandes líneas dentro de las cuales los ciudadanos pueden hacer lo que la ley no prohíbe y no están obligados a hacer lo que la ley no manda-, como instrumento de gobierno, con lo que ellos significa en el aumento de discrecionalidad para las personas a quienes se encarga las tareas de conducción del Estado. El Derecho va convirtiéndose cada vez en una complicada arma de gobierno que en una expresión axiológica de la sociedad que brinda seguridad a quienes viven a su amparo.

Esto es más claro aún por cuanto la maraña legislativa y la gran producción de normas siguen aferrándose a un principio que pudo tener toda vigencia clara cuando las leyes eran pocas, referidas a temas fundamentales y expresivas de esas grandes corrientes que la sociedad aceptaba de consenso y que sólo se expresaban en las normas para el caso que alguien, en una

conducta extraviada, pretendiera desconocerlo. Ese principio era aquél que rezaba “que las leyes se suponen conocidas y que por lo mismo la ignorancia de la ley no dispensa de su cumplimiento”.

Hoy esto ya no puede sostenerse sino como una ficción con el propósito de legitimar de alguna forma el Derecho, pero nadie en su sano juicio puede entender que los ciudadanos podrían conocer la maraña legislativa. Ello no sucede ni con los abogados ni con los jueces, a los que hay que informar en detalle sobre las normas que las partes consideran aplicables a un caso para la solución de los litigios.

Dentro de este panorama, el Poder Judicial se convierte en factor fundamental para el control del poder, especialmente a partir del reconocimiento de la vigencia de esos valores fundamentales que la Constitución consagra y que sí pueden presumirse conocidos por los ciudadanos, que aún cuando no hubieren leído el texto constitucional sí están bastante conscientes de los valores que allí se postulan y que actuar contra dichos valores resulta atentatorio de las reglas de la convivencia social expresadas en el ordenamiento jurídico.

Es por ello que el control de la jerarquía de normas y la existencia de un poder que pueda cumplir esa función, es fundamental para que siga rigiendo el principio de libertad que subyace al pensamiento de nuestras sociedades.

Si revisamos con detenimiento la producción de normas recientes se puede percibir, como señala Cotterrell, que hay cada vez más una proliferación de normas jurídicas de dos tipos contrarias a aquellas que se suponían como la columna vertebral de un Estado de Derecho. Las primeras, aquéllas que le acuerdan un gran margen de discrecionalidad a la autoridad ejecutora. Se le dan a veces campos tan amplios que pueden dar lugar a la arbitrariedad, (por ejemplo, cuando se señala que una infracción administrativa puede dar lugar a sanciones que van desde una amonestación hasta la pérdida de una licencia de

funcionamiento de la actividad que ocupa al sujeto sancionado). El otro tipo de normas es cuando se dictan cada vez más, normas de carácter específico, creando legislación por categorías muy concretas en razón de ocupaciones o circunstancias que están muy lejos de ser comprensivas de la gran mayoría de ciudadanos (como por ejemplo, las normas que dan un estatuto especial a los cargadores de los muelles, o a la jubilación de los mineros, o a las transacciones de los agentes de bolsa). Es por ello que aquí, en ambos casos, ha de existir un contralor muy inmediato porque si se llevan estas divisiones al extremo del capricho, se puede distorsionar el principio básico sobre el que se construye la democracia de derecho: "la igualdad ante la ley".

Un ordenamiento jurídico existirá en tanto que pueda ser previsible y repetible con frecuencia y con confianza por parte de los ciudadanos en una Nación. Si no puede ser previsible, entonces no estamos ante un orden, sino frente a una constante improvisación sujeta al capricho de las personas que están en capacidad de imponer sus criterios. Si no se repite con frecuencia, si las leyes se esquivan constantemente, entonces tampoco estamos frente a un orden jurídico.

La posibilidad de que un sistema jurídico se perpetúe, es su repetición en el tiempo. Ello se logra a través del convencimiento de la bondad de la norma, o de la aquiescencia en aceptarla como razonable y por lo mismo seguible, o, por el temor a la sanción en caso de incumplimiento. Está claro que el Derecho se obedece por parte de la gente común, más por las primeras razones que por la coacción, sin embargo, la exigibilidad coactiva de la norma sigue jugando un rol importante en la vida del sistema jurídico. Es posible que las personas no compartan los valores expresados en las normas, y por lo mismo tenderán a escapar de su cumplimiento, pero si a ello le agregamos que el Derecho no puede imponerse a esos comportamientos, si quien lo trasgrede sabe que va a quedar impune, entonces, el orden jurídico irá desapareciendo para dejar paso o a la anarquía o a un nuevo orden que ya no esté centrado en los valores precedentes, sino en los caprichos o en las convicciones de quienes puedan imponer su criterio al resto de la comunidad.

Un Poder Judicial tiene, en consecuencia, la función de reafirmar la vigencia del sistema jurídico a través de la declaración de su obligatoriedad en cada caso que se le presente para su resolución.

En cada resolución, el Juez debe de expresar los valores sobre los que se construye el sistema y sancionar los comportamientos desviados.

La responsabilidad del juez en el sostenimiento del sistema democrático y la lucha contra la impunidad

El Juez es en última instancia, el garante del sistema democrático mismo. Esto porque el ciudadano, que intuye lo que Loewenstein llama la naturaleza demoníaca del poder, puede tolerar un abuso de quien ostenta el Poder Ejecutivo, aún está dispuesto a tolerar una decisión equivocada del Poder Legislativo, consciente que son tendencias de tipo político las que se enfrentan en la arena parlamentaria, pero sigue manteniendo confianza en el sistema mientras que el Poder Judicial pueda todavía ampararlo. En su criterio, el Juez puede darle la razón y resolver el contrafuero del que ha sido objeto, pero si percibe en el Juez una actitud de complicidad con los otros dos poderes, si llega a la conclusión que forman parte de la misma maquinaria, entonces dejará de creer en el sistema y podrá recurrir a uno de estos tres caminos: o adopta una actitud resignada y acepta el yugo que se le impone sabiendo que el Derecho no es sino una quimera lejos de su alcance; o adopta una actitud cínica por la cual en adelante va a instrumentalizar el Derecho sin compartir sus valores, lo que quiere decir que lo desobedecerá tantas veces pueda y en tanto que entienda que no habrá peligro en la desobediencia; o adopta una actitud confrontacional y lucha, desde dentro o desde fuera del sistema mismo, para derogarlo e imponer un nuevo sistema jurídico.

La impunidad, en resumen, es perjudicial para el sistema jurídico cualquiera que sea quien queda en esa condición, pero

es totalmente grave si quienes están llamados a hacer que el sistema funcione, son los que la “gozan”.

Es por ello que el Juez no puede ni debe dejar impunes, sin sanción o sin castigo, a quienes trasgreden el Derecho, pero si esto no puede hacerlo cuando se trata de personas particulares, menos puede hacerlo cuando se encuentran en discusión las actitudes de las autoridades que se supone deben de regir su actuación pública de acuerdo con esas normas de Derecho, que son también el límite con mismo que se les confirió al elegirlos. En este caso, el ciudadano no sólo se siente burlado por el desconocimiento mismo de las expectativas que él tenía en el funcionamiento de la sociedad por parte de terceras personas, sino que se siente especialmente frustrado por parte de personas que, además, él creía que debían de cumplir ciertas funciones que no han cumplido, traicionando no sólo el sistema jurídico en general, sino esa especial confianza en particular.

Sin embargo, esto no es lo que ha sucedido en nuestras sociedades, donde normalmente el Juez se ha escabullido de esta responsabilidad y ha preferido, como lo señaló con claridad el Dr. Javier Valle Riestra, ilustre constituyente y tribuno peruano en la Constitución de 1979, “la quincena a la historia, la librea a la toga”.

La obsecuencia frente al poder ha sido en muchos casos la norma. El resultado ha sido siempre la quiebra del sistema democrático. Si quienes actuaban así, dando pié a excepciones pensaron que se iba a disipar los peligros de los golpes de Estado o de las irrupciones anticonstitucionales, se equivocaron, lo único que hicieron fue destrozar la fé del pueblo en las instituciones democráticas y restarle toda legitimidad. Quienes recurrieron y recurren a la fuerza física para derrocar gobiernos e imponer otros, saben perfectamente que esto se puede hacer con instituciones débiles y con personalidades timoratas, y a ellas no tienen temor de enfrentarlas. Después de todo ni siquiera tendrán autoridad moral para oponerla a la fuerza física.

Para muchos jueces sólo existe la orden del Ejecutivo o la ley del Congreso, porque son cercanas, porque tienen poder actual, porque pueden cesarlos en sus cargos o hacerles pasar un mal rato. Muchos magistrados ven la Constitución como un documento histórico, cuyos autores no detentan hoy poder alguno y que por lo mismo no pueden hacerlos cesar en el cargo en el caso que se aparten de los dictados. Y por cierto, ven a los Tratados como si formaran parte de una estratósfera jurídica cuyas posibilidades de incomodarlos en caso de incumplimiento son totalmente remotas, inexistentes. Así las cosas, la jerarquía de las normas no se da a partir de los valores, sino sobre la base de una estimación de beneficios o perjuicios inmediatos que se pueden obtener en el muy corto plazo de una manera totalmente personal.

¡Que ésto atenta contra el sistema!, no cabe la menor duda, que incluso quienes piensan que con eso se benefician, se perjudican porque debilitan las estructuras sobre las cuales gobiernan, indudable, pero el inmediatismo de los jueces no es privativo de ellos, es alentado, las más de las veces, por gente que detenta distinto tipo de poder, político, económico, militar, que no piensan en términos de la construcción de una Nación sobre valores compartidos, sino sobre la base de dominaciones exclusivas.

Es por ello que es necesario rescatar en nuestro continente el valor de la judicatura y de la función que debe de cumplir, esforzándonos por premiar los fallos que hacen respetar los valores del sistema.

Las garantías constitucionales como llaves que ya existen en el sistema para luchar contra la impunidad: posibilidades y límites

Por cierto que ésto es lo que debe de cambiar, y en las coordenadas axiológicas de nuestras sociedades, está inscrita esta posibilidad. Ya se ha dicho que todas nuestras constituciones encargan al Poder Judicial el papel contralor de los actos de los

detentadores de otros poderes. La gran mayoría de las mismas acuerda la posibilidad de inaplicar las normas inconstitucionales. Otras le dan la posibilidad, al Poder Judicial o al Tribunal de Garantías Constitucionales, -que es un órgano que cumple funciones jurisdiccionales-, de anular las normas con efectos generales. Ninguna se escapa a este patrón y por ello hay que provocar la asunción real de estas facultades que hasta hoy han sido, en muchos casos, despreciada, o sólo han sido utilizadas cuando los factores reales del poder no están en juego.

Los propios ordenamientos jurídicos han ido tomando conciencia que no resultaba suficiente la consagración formal de los derechos humanos en la Constitución. De esto, los ingleses tomaron clara cuenta durante un largo proceso de cuatro siglos, ya que desde comienzos del siglo XIII, cuando se aprobó la Carta Magna y el derecho a no ser detenido indebidamente sin mandato de los pares, se presentó el incumplimiento de dicha norma por parte de los gobernantes, pero fue recién en la primera parte del siglo XVII, cuando se aprobó la ley de *Habeas Corpus*, que creaba una garantía para los casos en que, aún estando en la ley, la violación de los derechos se produjese. En este caso, se autorizaba al Juez para que ordenara la exhibición del hombre libre que había sido detenido, para que él pudiera determinar lo relativo a su libertad o a su formal prisión.

Como se vé, a pesar que no se hallaba todavía en vigencia el principio de la independencia judicial, ya se acordaban a estos personajes, funciones de control muy importantes, y se garantizaba al ciudadano un remedio rápido contra la arbitrariedad que podían ejercer quienes se hallaban en el poder.

En América Latina se llegó a esta conclusión pocas décadas después de nuestras declaraciones de Independencia y fue en México, quien en la década de 1850, incorporó el Amparo. Esta garantía atendía también a la vigencia de otros derechos constitucionales y no solamente el relativo a la libertad personal o todos los de su ámbito.

Como se sabe, las garantías constitucionales tienen como objeto lograr el inmediato cese de la violación de los derechos constitucionales de las personas trasgredidos por quienes ejercen poder público o privado.

Sobre estos instrumentos procesales se ha generado una gran expectativa en nuestro Continente, puesto que apuntan a llamar prontamente la atención para que, quiénes no han tenido medida en la utilización de sus atribuciones, se contraigan a los términos de su mandato, tal cual está definido en esas reglas de Derecho que son aplicables a todos.

En realidad, las acciones de garantía no tienen como propósito el castigo directo al responsable de la violación constitucional. El objeto de las mismas es solamente el de la reposición de las cosas al estado anterior a la violación del Derecho constitucional, al que más se acerque a él, si es imposible volver totalmente al punto de partida, o el de impedir que la violación se plasme, en el caso de una amenaza que todavía no ha llegado a hacerse efectiva. Aquí concluye la acción de garantía, sin embargo, algunas legislaciones establecen que, como consecuencia de la declaración de su procedencia, debe ordenarse, si se ha podido determinar al causante de la agresión, que se le inicie una acción de abuso de autoridad como consecuencia de la agresión que se repara para el quejoso.

Esta es la forma directa de castigar esa trasgresión, sancionando al causante, no obstante hay que precisar que este paso no es automático. En gran parte de nuestras legislaciones se deja al arbitrio del juzgador la posibilidad de determinar si procede o no la acusación, con lo que, en la práctica, se ha mediatizado mucho este recurso, puesto que si bien en un número creciente de oportunidades las acciones de garantía se van declarando fundadas, por lo menos en los casos más urgentes, en la gran mayoría de casos las Cortes no ordenan la apertura de la acción que la ley señala, puede abrirse a quienes se apartan del Derecho en su accionar.

Esto es grave en la medida en que, de continuarse repitiendo este patrón, las autoridades, especialmente, saben que fuera de una molestia transitoria, no tendrán mayores inconvenientes, y que la violación de la Constitución puede hacerse sin mayor perjuicio. En un cálculo de riesgos, o de beneficio-perjuicio en su actividad, llegarán pronto a la conclusión que hay pocas posibilidades de sanción para esa trasgresión. Y si esto es así, como hemos visto, esa violación se convertirá en patrón de conducta.

Sin embargo, aunque no haya una sanción directa, la declaración de procedencia de una acción de esa naturaleza, tiene una innegable consecuencia positiva dentro del Derecho, aunque no sea todo lo drástica que podría y debería de ser. Una sentencia favorable en una acción de *Habeas Corpus* o Amparo, deslegitima el accionar de un gobierno poco cuidadoso en esta materia y refuerza la sensación de protección que la sociedad tiene frente al poder, a la vez que, aunque sea de manera tenue, se le marcan límites a ese poder. Es un principio de freno, aunque sea moral, en tanto no se avance todavía a la sanción efectiva, contra la impunidad.

Es por eso preciso darle una mayor difusión a estas acciones, porque en la conciencia popular han sido presentadas, y en realidad son, según su propia definición, como los últimos remedios jurídicos contra la arbitrariedad.

Otros desarrollos del derecho en la lucha contra la impunidad

Pero esto no basta, la impunidad se obtiene por parte de los transgresores, a través de la manipulación de dos recursos que pretenden obviar la verdadera naturaleza de un proceso judicial. El primero es por la persistencia de fueros de carácter personal, en donde a los violadores de los derechos humanos, (y hemos hecho un uso indistinto de lo que son derechos humanos y derechos constitucionales en esta exposición, porque normalmente, y para el tema que nos convoca, los derechos humanos han sido constitucionalizados por nuestras cartas

políticas), se les pretende juzgar por personal que está vinculado a la actividad profesional de los violadores, donde, como parece obvio, se comparte muchas veces una visión deformada del rol que determinadas instituciones tienen en una democracia. Esto, por cierto, alimentado en las últimas décadas por la denominada “doctrina de la seguridad nacional”, que presidió el clima de la guerra fría, y aunque hayan cesado las causas que lo originaron, parecen no haber llegado a nuestros países los efectos de la conclusión de ese conflicto. Este es el caso de los tribunales militares o policiales, en donde se llevan, en muchos casos, los procesos en que se juzga a los responsables de estas agresiones, como si las mismas se debieran a acciones militares de guerra o confrontación abierta.

Los fueros de excepción, tolerados por muchas de nuestras constituciones en tiempo de paz como un compromiso entre el poder civil y el poder militar, en realidad deben de interpretarse siempre en razón de la materia, y no en razón de la persona. Esto quiere decir que los únicos actos que deben de juzgarse ante esos tribunales son los actos de tipo castrense o los que atentan contra la disciplina militar, pero no los actos ilegales del derecho común cometidos por los militares. Por ejemplo, una incursión en un dormitorio universitario llevada a cabo por personal militar, en donde se violenta o tortura a estudiantes universitarios o a catedráticos, y luego se llega a su desaparición, no puede ser juzgado en un tribunal militar. En un Estado donde las diferencias no pueden establecerse en razón de las personas, la igualdad como valor no se promueve con esta distinción, la que, por otro lado, genera en la sociedad la percepción de la existencia de una casta.

Por lo demás, la normal composición de los tribunales militares en nuestro Continente, se hace atendiendo a los mismos criterios jerárquicos y bajo los mismos principios de organización de los cuerpos donde prestan servicio, en donde la disciplina y la obediencia de las órdenes de los superiores son parte de su fundamento. Esto, por cierto, no se compatibiliza con la independencia que es precisa para resolver conflictos.

En algunos países, conociéndose de este hecho, se está proponiendo como una primera medida, que la integración de dichos tribunales se conforme con militares que ya han pasado al retiro y que, conociendo los códigos y la conceptualización propia de dichas instituciones, no tengan la situación de dependencia que si alcanza a quienes se encuentran en actividad.

La lucha por los Derechos Humanos en América debe de orientarse también en el sentido de lograr, primero, el constreñimiento del fuero a las materias estrictamente militares, deshechándose desde ya la interpretación de que la sola pertenencia a la institución convierte en militar a cualquier acto y en segundo lugar, y puede ser paralelamente, debe de insistirse en una modificación en cuanto a la composición de los tribunales para evitar el grado de dependencia que hoy soportan.

El otro tema es el de los juicios secretos. En muchas de nuestras naciones, argumentando que en dichos juicios se pueden “descorrer secretos militares”, dichos procesos se llevan en secreto, sin la publicidad que se debe de dar en todo acto del Estado donde se trata de reafirmar los valores que lo rigen, y en ese sentido, el proceso judicial es uno de los más emblemáticos.

Finalmente, dos temas que son fundamentales para evitar la impunidad y para conseguir que la comunidad perciba no solamente el castigo, sino las razones que han llevado a que se produzca dicho castigo. El primero, es el de la motivación de las resoluciones en esta materia y el segundo, el de establecer, en el procedimiento, una presunción de veracidad de la acusación cuando el Estado o el ente acusado se niega a colaborar con las diligencias que el poder judicial le solicite. Esto último fue adelantado ya, a nivel de jurisprudencia internacional, en el caso de Honduras por razón de la desaparición de Manfredo Velásquez, pero en ello no se ha avanzado a nivel de las legislaciones nacionales. Deberá acometerse una presión consistente en esta materia en los diversos países del continente.

Este punto que he tratado al final, no es, sin embargo, de la menor importancia. "Last but not least", como se dice en inglés. Es, por el contrario, uno de los temas de la mayor importancia y que puede dar lugar a importantes debates que vayan profundizando el proceso de toma de conciencia de los derechos humanos y, de seguro, dada la hora actual, irá tomando carta legislativa en los distintos países, con un efecto "dominó" que marcará un nuevo paso en la historia de los derechos humanos del continente.

Como se vé, la lucha contra la impunidad es una que apunta a la vigencia de un Derecho axiológicamente cargado sobre el reconocimiento de la dignidad humana y de lo que ello significa, y a la asunción, como lo quería Recasens en sus obras de madurez, de un Derecho que es un instrumento humano para regular las relaciones de humanos, por lo que nada que esté fuera de esta categoría, o que pretenda desconocer esta condición, puede recibir el nombre de Derecho.