



UNITED NATIONS
HUMAN RIGHTS
OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER

Comentarios al

**Anteproyecto de Ley Especial de Justicia Transicional
para Víctimas de Violaciones a Derechos Humanos, en el
Contexto del Conflicto Armado Salvadoreño, Culminado
con la Firma de los Acuerdos de Paz**

Formulado por la Vicepresidencia de la República de El Salvador

**San Salvador, El Salvador, C.A.
Enero de 2022**

índice

<i>INTRODUCCIÓN</i>	3
<i>PREÁMBULO</i>	3
<i>TÍTULO PRELIMINAR DISPOSICIONES GENERALES</i>	4
CAPITULO ÚNICO OBJETO, PRINCIPIOS Y DEFINICIONES	4
<i>TÍTULO I REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS</i>	8
CAPÍTULO I MEDIDAS DE REPARACIÓN	8
<i>TITULO II SISTEMA NACIONAL DE REPARACION INTEGRAL</i>	21
CAPITULO I DISPOSICIONES COMUNES AL SISTEMA NACIONAL DE REPARACIÓN INTEGRAL PARA VÍCTIMAS	21
CAPITULO II CONSEJO NACIONAL DE VERDAD Y REPARACIÓN INTEGRAL	21
CAPITULO III REGISTRO DE VÍCTIMAS	21
CAPÍTULO IV PROCEDIMIENTOS ANTE EL COMITÉ EVALUADOR	21
CAPÍTULO V CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA	22
CAPÍTULO VI FONDO DE REPARACIONES	22
<i>TÍTULO III DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS Y VIGENCIA</i>	22
CAPÍTULO ÚNICO DE LAS COMISIONES NACIONALES DE BÚSQUEDA	22

INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene una valoración general sobre el borrador del **Anteproyecto de Ley Especial de Justicia Transicional para Víctimas de Violaciones a Derechos Humanos, en el Contexto del Conflicto Armado Salvadoreño, Culminado con la Firma de los Acuerdos de Paz** —en adelante “Anteproyecto”— formulado por la Vicepresidencia de la República —en adelante “VP”— con el propósito de facilitar el proceso legislativo que conduzca a la discusión, aprobación y posterior aplicación de una legislación que enmarque la justicia transicional en El Salvador.

Estas consideraciones son formuladas desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos respecto de la justicia transicional. Para ello, se han tomado en cuenta los diferentes pronunciamientos elaborados por la Relatoría Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y Garantías de No Repetición, tanto en la construcción general de dichos parámetros como en el producto específico que dicha Relatoría produjo en el marco de su visita oficial a El Salvador, realizada a finales del primer semestre de 2019.

Para la realización de estas consideraciones, también se han tenido en cuenta los criterios jurídicos dispuestos en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, que también ha requerido la elaboración de un marco de ley que facilite la reconciliación nacional.

Los elementos anteriores implican que las consideraciones que se formularán no pretenden una corrección de la propuesta, simplemente el señalamiento de si el contenido del Anteproyecto se distancia negativamente de los estándares anteriormente mencionados, o si puede optimizarlos. En tal sentido, por razones de celeridad y oportunidad, no se hará análisis de cada una de las disposiciones propuestas en el Anteproyecto, sino de los capítulos que lo integran, siguiendo el orden de su formulación.

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) saluda de antemano el esfuerzo realizado por la VP, y agradece la confianza que le deposita para realizar la revisión aludida.

PREÁMBULO

La OACNUDH considera que el Preámbulo propuesto en el Anteproyecto conlleva los elementos axiológicos más relevantes para evidenciar las motivaciones que se encuentran, desde la perspectiva de la realización jurídica, subyacente a la formulación del Anteproyecto y su eventual discusión y aprobación legislativa.

Destaca la visión antropocentrista de la Constitución salvadoreña, y con ella, el monismo que incorpora los tratados de los que El Salvador es parte, haciendo una especial referencia a tratados en materia de derechos humanos, derecho internacional penal, y derecho internacional humanitario. Es plausible proponer algunas precisiones estrictamente nominales, como por ejemplo, en el Considerando II, donde sería mejor hacer una alusión directa y global de que el Estado salvadoreño es un Estado parte de los más importantes tratados en materia de derechos humanos, derecho internacional penal y derecho internacional humanitario, tales como los instrumentos que ahí se citan, incluyendo los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977. La OACNUDH considera que es de la más amplia importancia hacer referencia también al derecho consuetudinario existente con anterioridad al conflicto armado

interno que sufrió El Salvador, en particular porque la obligación de perseguir ciertos crímenes sin consideración a prescripción, proviene originalmente de esa fuente.

Especial mención requiere la invocación que se hace del Informe de la Comisión de la Verdad, de reacción estatal de aquel momento al aprobar la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, produciendo un autocuidado recíproco entre los protagonistas de la guerra, y la sentencia de inconstitucionalidad del 13 de julio de 2016, por medio de la cual aquella fue eliminada. Se trata de hitos que en conjunto proyectan una resultante sobre el rumbo que debe seguir El Salvador en este sensible, complejo y desafiante tema.

TÍTULO PRELIMINAR DISPOSICIONES GENERALES

CAPITULO ÚNICO OBJETO, PRINCIPIOS Y DEFINICIONES

En cuanto al objeto de la ley, que revela su propósito, se recomienda tener una claridad mucho más diáfana, es decir, con una construcción lingüística más simple sin que por ello pierda la riqueza, complejidad y desafío que es inmanente al Anteproyecto. En tal sentido una formulación como la mencionada podría reconocer que lo que se busca es establecer un marco jurídico que permita la implementación de los cinco pilares de la justicia transicional —verdad, memoria, justicia, reparación y garantía de no repetición—, favoreciendo principalmente el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente a las víctimas del conflicto armado interno que tuvo lugar en El Salvador, y que finalizó el 16 de enero de 1992, con la firma de los Acuerdos de Paz, siguiendo los estándares que existen sobre la materia y los parámetros jurídicos que aportan el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario.

Es pertinente la introducción de principios rectores. Como se sabe, en la ciencia jurídica moderna, las prescripciones jurídicas suelen subdividirse en reglas jurídicas —identificada por los operadores deónticos: mandar, prohibir o permitir— y en principios, que igualmente prescriben sobre la conducta pero no prescriben *una* conducta, sino que ofrecen un sentido, una modulación, una orientación finalística, de manera que mientras las reglas jurídicas se cumplen o incumplen, según se satisfaga la prescripción de mandar, prohibir o permitir, frente a los principios se habla más bien de optimización, es decir, de si se logran llevar al máximo el ideal que conllevan o no.

Dicho lo anterior, se propone distinguir entre principios rectores —principios que operan a manera de gobernadores normativos de primer nivel— y definiciones, que más bien son parámetros técnicos, que también guían la interpretación y aplicación del resto de prescripciones, pero no para dotar de un sentido o finalidad, sino para proveer de información técnica al operador de la norma. Así, se sugiere que los números 1 (centralidad de las víctimas), 6 (complementariedad), 7 (dignidad y no revictimización), 8 (igualdad), 9 (máxima protección), 10 (buena fe) y 11 (participación de la sociedad civil) se reserven como principios rectores, pasando el resto de elementos a las definiciones que facilitan la operativización de la ley.

En cuanto a los principios rectores, la técnica aconseja que su formulación sea breve. De por sí los principios poseen una densidad normativa muy intensa, y de ellos se pueden desprender alcances no sospechados en función de su contenido. Por ello, en cuanto al principio de centralidad de las víctimas, se propone acortar su formulación en los siguiente términos: *toda actuación estatal,*

incluyendo la adopción de decisiones judiciales y administrativas, en los que se interprete y apliquen las disposiciones de la presente ley, se debe tener presente que la razón de ser de la justicia transicional, en sus cinco pilares, es la reivindicación de los derechos conculcados a la víctima, por lo que los procesos de verdad, memoria, justicia, reparación y garantías de no repetición, deben realizarse propiciando la realización, disfrute, respeto y garantía de tales derechos. En cuanto al principio de complementariedad, algunos ajustes lingüísticos pueden igualmente potenciar su contenido, de la siguiente manera: las medidas para la implementación de los pilares de verdad, memoria, justicia, reparaciones y garantías de no repetición son de exigencia recíproca y complementaria, y ninguna de ellas logra por sí misma la reivindicación de las víctimas.

El principio de dignidad y no revictimización puede ampliar su alcance si se le reformula de la siguiente manera: *la interpretación y aplicación de las disposiciones regulatorias sobre verdad, memoria, justicia, reparación y garantías de no repetición deben orientarse a la protección de las víctimas, y consecuentemente, se debe excluir cualquier conducta o modalidad revictimizante o con potencialidad de serlo.* De igual manera, el principio de máxima protección, debería de extraerse del dominio del proceso penal, para abarcar la totalidad de acciones de la justicia transicional, así puede reformarse de la siguiente manera: *la interpretación y aplicación de las disposiciones de la presente ley debe realizarse de tal manera que permita alcanzar la máxima protección de las víctimas, en función de sus determinadas circunstancias; como resultado de esto, los tratamientos diferenciados son admisibles para compensar inequidades entre las víctimas.* Finalmente, el principio de buena fe no debería circunscribirse al proceso de inscripción en el Registro de Víctimas, aunque es previsible que ahí tendrá una mayor utilidad; por ello se propone una formulación simplificada que evite el error de creer que su uso sea sólo en la dimensión registral, así: en todos los ámbitos en los que se deba aplicar normativa sobre verdad, memoria, justicia, reparaciones y garantías de no repetición, se presumirá que las víctimas actúan y se motivan de buena fe.

En cuanto a las definiciones, es importante, a criterio de la OACNUDH, realizar algunos ajustes, en particular en las nociones de víctima, conflicto armado, crimen de guerra, crimen de lesa humanidad, grave violación a los derechos humanos, y ordenarlas en forma alfabética ascendente, así:

Acción de la justicia (Pilar de la justicia transicional)

Es la obligación del Estado frente a las graves violaciones a los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra, de investigar con la debida diligencia, a las personas responsables de planificarlo e implementarlos, llevarlos a juicio y propiciar su condena. Aunque la víctima puede compartir su queja o denuncia con las autoridades públicas competentes, la ausencia de dicha queja o denuncia no debe ser una condicionante para que el Estado cumpla con sus obligaciones. La debida diligencia implica un trabajo detallado y oportuno, tanto de recolección de evidencias como de argumentación, por lo que los procesos de investigación no deben estar condenados de antemano al fracaso. Conflicto armado interno que tuvo lugar en el territorio de El Salvador, entre el Estado salvadoreño, por medio de sus fuerzas armadas, sus estructura de seguridad pública, así como por grupos paramilitares y escuadrones de la muerte que gozaban de su aquiescencia, por un lado, y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, por medio de sus diferentes estructuras guerrilleras y de comandos urbano, acontecido entre el 1 de enero de 1980 y el 16 de enero de 1992.

Conflicto armado (conflicto armado salvadoreño)

Conocimiento de la verdad (Pilar de justicia transicional)	<i>Es un derecho tanto individual como colectivo y social, para que los hechos constitutivos como graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, sean conocidos en términos de sus autores intelectuales, sus perpetradores materiales, las víctimas, las motivaciones, y todos los otros aspectos que evidencien a plenitud lo sucedido. Son instrumentos frecuentemente empleados para el conocimiento de la verdad, la labor de las Comisiones de la Verdad, aunque su labor no desplaza ni sustituye la labor que puedan realizar las investigaciones judiciales, así como otros mecanismos extrajudiciales, como las confesiones espontáneas, el reconocimiento de culpabilidad, etc.</i>
Crimen de guerra o graves infracciones al derecho internacional humanitario	<i>Son actos delictivos cometidos por cualquiera de las partes del conflicto que implican el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, o bien en el Artículo 4 del Protocolo II a los Convenios mencionados.</i>
Crimen de lesa humanidad	<i>Son actos delictivos especialmente graves que acontecen dentro del marco de un ataque generalizado contra población civil, y con conocimiento de dicho ataque. Dichos actos son el asesinato, tortura, privaciones a la libertad en violación a las normas fundamentales del derecho internacional, violación, esclavitud sexual, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual equivalente. Dado que la definición es contextual, un hecho aislado puede ser calificado como crimen de lesa humanidad, siempre que se cumplan los otros requisitos de la definición.</i>
Derecho internacional de los derechos humanos	<i>Conjunto de fuentes del derecho internacional pública que tienen por objeto el reconocimiento o desarrollo de los derechos humanos, ofreciendo también mecanismos de supervisión internacional que opera como garantías complementarias, y en ocasiones supletorias, respecto de los procesos de protección de tales derechos en el ámbito nacional.</i>
Derecho internacional humanitario	<i>Conjunto de fuentes del derecho internacional público que tiene por objeto, en el contexto de un conflicto armado internacional o en un conflicto armado interno, limitar los efectos del conflicto armado, protegiendo a las personas que no se encuentran tomando parte de las hostilidades, por ser población civil, heridos, enfermos o prisioneros de guerra. El derecho internacional humanitario, además, regula aspectos como la neutralidad y el régimen de los territorios ocupados por una potencia extranjera.</i>
Garantías de no repetición	<i>Son medidas de índole estructural que se originan con el propósito de desactivar, neutralizar o corregir los factores que catalizaron, provocaron o estimularon la ocurrencia o la impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, o bien, que fueron insuficientes para impedirlos, con el propósito de que tales hechos no vuelvan a suceder</i>
Grave violación a los derechos humanos	<i>Violación que recae sobre derechos humanos inderogables, es decir, los que se encuentran listados en el Artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por tanto</i>

Justicia transicional

incluyen las figuras de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura, la desaparición forzada de personas

Son los procesos, mecanismos y acciones, tanto judiciales como extrajudiciales, asociados con los intentos de superar los efectos del postconflicto, en particular el que han sufrido las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra, consideradas individual o colectivamente, a través de la realización de cinco pilares estratégicos, como son la acción de la justicia, el conocimiento de la verdad de los hechos, la preservación de la memoria histórica, la reparación de los daños, y el establecimiento de garantías para la no repetición del conflicto ni de las violaciones y crímenes cometidos en su contexto, persiguiendo como fin último la reconciliación nacional y una paz interior duradera y sostenible.

Persona encontrada

Las personas víctimas que al momento del conflicto armado eran menores de dieciocho años de edad y que, como consecuencia de directa o vinculada con acciones beligerantes, fueron separadas forzada o involuntariamente de su familia por agentes del Estado, por particulares con la autorización o aquiescencia de funcionarios públicos, o por personas de organizaciones armadas que participaron en el conflicto, a quienes, además, en algunos casos les fueron alteradas o suprimidas, por medios lícitos o ilícitos, su respectivas identidades, con el fin de ser apropiados o entregarlos en adopción irregular o ilícita, ya sea a nivel nacional o internacional, y que han sido encontradas con fines de reencuentro con sus familias originales, aunque tal reencuentro no se concrete.

Preservación de la memoria (Pilar de justicia transicional)

Es un conjunto de acciones que tienen por finalidad que la verdad establecida sobre las graves violaciones a los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad, y los crímenes de guerra, con el propósito que esa verdad no se olvide ni en la generación en la que ocurrieron ni transgeneracionalmente, y que la realidad sea constantemente contrastada con la verdad recuperada, con miras a evitar nuevamente su cometimiento.

Reparación de los daños

Es el derecho de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, para que las consecuencias dañinas o perjudiciales sean eliminadas en el máximo nivel posible. En tal sentido, la reparación de los daños se integra por medidas de restitución, de rehabilitación, de indemnización y de satisfacción o desagravio. La medida de la reparación se ajusta a la intensidad o magnitud de los daños.

Revictimización o victimización secundaria

Es el resultado de la interacción entre una víctima y las instituciones estatales que deben tutelar o garantizar sus derechos conculcados, pero que, por motivos de incompreensión, ausencia o debilidad de capacidades, falta de recursos, vicios gerenciales, excesos de burocracia, o por cualquier otra razón, tiene como resultado que la víctima vuelva a experimentar total o parcialmente el sufrimiento, la angustia, la frustración y cualquier otra manifestación del trauma vivido en el momento de la victimización original o primaria.

Víctima

Las personas que de forma directa, individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones constitutivos de una grave violación a los derechos humanos, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, realizados por cualquiera de las partes en el conflicto armado salvadoreño, han sufrido un daño directo.

También se entenderá por víctima, a los familiares de quien haya recibido el perjuicio de forma directa o las personas a cargo de éstas, así como a las personas que hayan sufrido perjuicio al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

En caso que, la víctima directa haya muerto o se encuentre desaparecida, como consecuencia de las acciones u omisiones que sufrió, o por el paso del tiempo, las personas beneficiarias de las prestaciones previstas en esta ley, serán sus cónyuges o convivientes y sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad.

De igual forma, se consideran víctimas las organizaciones de la sociedad civil y/o personas jurídicas, que hayan sido objeto de afectaciones o daños como producto de agresiones directas en el contexto del conflicto armado en referencia.

La OACNUDH reconoce que la formulación de una cláusula que discipline la interpretación de las normas reguladoras de la justicia transicional será de enorme utilidad. La formulación propuesta, además, tiene el mérito de reafirmar la justicia transicional, y conlleva un principio que se puede formular como *in dubio pro victima*, con el cual se garantiza que en caso de eventuales colisiones interpretativas, el aplicador debe seleccionar aquella que favorezca de mejor manera los derechos e intereses de las víctimas. La OACNUDH invita a la VP para que disposiciones como las del Artículo 5 del Anteproyecto se amplifiquen hacia los 5 pilares de la justicia transicional y no se limiten a los procesos asociados a las reparaciones o a la justicia, pues ello puede inducir a errores a los eventuales aplicadores de las normas. A manera de ejemplo, se podría prescribir que *todas las autoridades estatales poseen obligaciones fundamentales para asegurar la eficacia de los pilares de la justicia transicional, por lo que deberán actuar de manera coordinada, maximizando la eficiencia en el uso de los recursos y en el aseguramiento de la finalidad de la justicia transicional, todo ello dentro del marco definido de sus respectivas competencias. Las obligaciones estatales no excluyen otras obligaciones complementarias de la sociedad civil y de las empresas para facilitar la reconciliación nacional.*

TÍTULO I REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS

CAPÍTULO I MEDIDAS DE REPARACIÓN

La OACNUDH propone a la VP la modificación del nombre del presente título y de los capítulos y secciones, para colocarlos en la sintonía de los cinco pilares de la justicia transicional. Actualmente, la estructura del presente título es la siguiente:

Título I: Reparación integral de las víctimas

Capítulo I: Medidas de Reparación

Sección 1: Medidas de restitución

Sección 2: Medidas de indemnización

Sección 3: Medidas de rehabilitación

Sección 4: Derecho a la verdad

Sección 5: Medidas de satisfacción

Sección 6: Garantías de no repetición

Sin embargo, el siguiente esquema, permite que el mismo contenido sea desarrollado e incluso permite abarcar más contenido propio de desarrollo de la justicia transicional, así:

Título I: Pilares de justicia transicional

Capítulo I: Justicia

Capítulo II: Verdad

Capítulo III: Memoria

Capítulo IV: Reparación integral

Sección 1: Medidas de restitución

Sección 2: Medidas de rehabilitación

Sección 3: Medidas de indemnización

Sección 4: Medidas de satisfacción y desagravio

Capítulo V: Garantías de no repetición

Adicionalmente, si en las definiciones se ha tenido el cuidado de incorporar los diferentes elementos conceptuales, el Artículo 6 puede desaparecer sin que esto perjudique el contenido del Anteproyecto.

*
* *

Con relación a un ideal Capítulo I sobre Justicia, el Anteproyecto debería considerar la referencia a la imprescriptibilidad. Se sugiere a la VP la consideración de una propuesta de redacción más amplia que parta de, y afirme que, la imprescriptibilidad no nace del Anteproyecto (o de la ley, cuando esté en vigencia), sino de una obligación consuetudinaria que antecede al conflicto armado interno, o incluso, de una obligación de *jus cogens*.¹

Uno de los elementos más relevantes que no deberían faltar en una legislación sobre justicia transicional, es la regulación del procedimiento que se va a emplear para la investigación y juzgamiento de los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra. En particular, la OACNUDH recomienda a la VP que la formulación de cualquier contenido sobre la materia se realice tras un proceso de diálogo institucional con la Fiscalía General de la República, habida cuenta que este órgano, desde diciembre 2018, aprobó una *Política de Persecución Penal de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad Ocurridos en el Contexto del Conflicto Armado en El Salvador*, y cuyo Artículo 18 dispone normas

¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Amparo 414-2021 (Caso Jesuitas). Sentencia definitiva, del 5 de enero de 2022, §VI.2.D.a., pg. 25. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013*. Sentencia definitiva, del 13 de julio de 2016, § VI.5., pg. 37.

para regular cómo ejercerá la acción penal la Fiscalía General de la República, en el marco de la normativa procesal penal de 1973, de 1998 o de 2010. Incluso, de conformidad con la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, Complementariamente:²

La Asamblea Legislativa, por tanto, deberá en un plazo razonable: (i) regular los medios para garantizar el acceso a la información pública sobre los hechos y sus circunstancias relacionadas con los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, ocurridos durante el conflicto armado y atribuidos a ambas partes; (ii) *disponer de los recursos adecuados para responder, en el menor tiempo posible, a las exigencias de las víctimas y sus familiares y de la sociedad salvadoreña, respecto de las investigaciones, el enjuiciamiento, el esclarecimiento de la verdad y la sanción a los responsables de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, sucedidas en el conflicto armado y atribuidos a ambas partes;* y (iii) considerar las medidas de reparación integral a las víctimas que fueren necesarias para garantizar su satisfacción, compensación y reivindicación, así como las medidas de no repetición de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, tomando en cuenta los parámetros de esta sentencia y los estándares de la justicia transicional desarrollados fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de este Tribunal.

La OACNUDH entiende que la expresión “recursos” posee un alcance mucho más amplio que el de recursos materiales o activos económicos, y aunque incluyéndolos, también supone recursos normativos. Por supuesto, la OACNUDH comprende que esa definición específica corresponde al margen de apreciación del Estado salvadoreño.

No se puede obviar que algunos países han ejercido acción penal extraterritorialmente, ya sea por los casos tradicionales o por el ejercicio de la jurisdicción universal. Ante ese elemento, la OACNUDH reconoce la importancia de una regulación sobre la respuesta que se debe dar a estas solicitudes, o a las que puedan surgir en el futuro. Por una razón de amplificar el efecto aleccionador de la acción de la justicia, los juicios deberían realizarse en El Salvador, y no fuera, hasta donde las circunstancias lo permitan. En tal sentido, se debería resolver el dilema *aut dedere aut judicare*, es decir, o extradita o juzga, decantándose por la primera opción. La OACNUDH invita a reconsiderar que ante este tipo de solicitudes, el Estado no renuncie a sus obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de las graves violaciones a derechos humanos, de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Sería importante incorporar alguna disposición regulatoria del principio de legalidad penal, que vaya más allá de la formulación tradicional de la normativa doméstica, y se ajuste a los parámetros que normalmente forman parte de una discusión que descansa en la descomprensión del conocimiento de la criminalidad que está considerad como tal, *ex ante* a lo que la normativa doméstica señala. Así, el Artículo 15 —y en concreto su segundo párrafo— del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que está vigente para El Salvador desde el 30 de noviembre de 1979, prescribe lo siguiente:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013*. Sentencia definitiva, del 13 de julio de 2016, § VI.4.B., pg. 35. El resaltado es agregado.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Con menos claridad, pero con el mismo alcance (bajo la expresión “derecho aplicable”), el Artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe así:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Una posible disposición a ser incorporada en el Anteproyecto, podría tener la misma formulación que la del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Un eventual Capítulo sobre la temática de la justicia, pero que merecen una discusión mucho más desarrollada, implica la utilización del criterio de oportunidad. Si se decide su incorporación, se debe tener presente que esta figura refuerce la importancia de que la información brindada por quien se beneficie del uso de este criterio, esté asociado a su eficacia en la persecución del delito, y no se convierta en un mecanismo de fácil conversión de imputados a testigos previas aportaciones marginales, intrascendentes o irrelevantes de información sobre los hechos sucedidos, los niveles de participación, o el funcionamiento de la cadena de mando. De buen recaudo sería, si se llegase a considerar esta figura, la prescripción normativa de que la conducta del colaborador beneficiado sea menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita, y que no se otorgará criterio de oportunidad a los dirigentes de los grupos organizados de poder. Del mismo modo conviene seguir estudiando en forma comparativa, la pertinencia de que el criterio de oportunidad no implique una penalidad nula, por lo que se deberían considerar posibles obligaciones condicionales, especialmente dirigidas al logro de las finalidades restantes de la justicia transicional.

Otras medidas complementarias como los derechos de información a la víctima, y la protección a testigos, deben ser consideradas, así como lo hacen los Artículos 19, 20 y 21 del Anteproyecto.

En la actualidad, la OACNUDH carece de los estudios relevantes sobre la proyección financiera y la realidad fiscal de El Salvador, por lo que se abstiene de pronunciarse sobre eventuales modificaciones orgánicas que se podrían impulsar, como la creación de una jurisdicción especializada, u otros aspectos que supongan movilización o readecuación de fondos públicos

*
* *
*

Un eventual Capítulo II sobre el pilar de la verdad puede iniciar por el reconocimiento de que el conocimiento de la verdad por vías no judiciales, no puede excluir la búsqueda y el establecimiento de la verdad por los métodos jurisdiccionales; en línea inversa, el conocimiento de la verdad jurisdiccional, tampoco precluye al Estado de la realización de otros esfuerzos no judiciales para su búsqueda y establecimiento.

Cuando se trata de la búsqueda de la verdad, se hace relevante cerrar los espacios a la “antiverdad”, y con ello, la OACNUDH invita a la VP a considerar los efectos del negacionismo. Dicho lo anterior, sobre la prohibición del negacionismo, existe una abundante jurisprudencia internacional en el sentido que cuando se hacen expresiones negacionistas de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de

guerra, y cuando el propósito de las expresiones está dirigido al sostenimiento del discurso negacionista, no hay protección a ellas desde el derecho de los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido ese estándar en casos memorables como *Garaudy*, *Witzsch*, *Norwood* e *Ivanov*, es decir, que la libertad de expresión si bien es amplia no es absoluta, y no protege ciertos tipos discursivos, como el negacionismo, o bien la islamofobia o el anisemitismo, por mencionar parcialmente. No obstante lo anterior, también se deberían incluir las suficientes salvaguardias para que la investigación científica y académica no sufra un efecto inhibitorio (*chilling effect*) que opere en la práctica como una censura a tal actividad. En esa definición, además, se debe tener en cuenta que la verdad no es una existencia objetiva e inmutable, pues la ciencia de la historia acredita más bien que la objetividad histórica descansa en el método, y en su modalidad dialógica, dialéctica o contradictoria, plural, etc.

Siempre considerando un eventual Capítulo II sobre la verdad, la OACNUDH estima que hay otras temáticas que merecen una normatividad que le proteja como contenido, lo que se enlista a continuación:

- ✓ En muchas comunidades existen aún expresiones de recuerdo sobre los hechos sucedidos que se mantienen en una tradición oral, incluso en una tradición no sistematizada, en buena parte por las rupturas generacionales, las migraciones internas y las internacionales, y los efectos del desplazamiento. Ante esta realidad, es importante asignar competencias para el establecimiento de un programa especial que se oriente a identificar estas realidades comunitarias, recopilarlas, conservarlas y documentarlas, y por supuesto, disponer su difusión y preservación, aunque esto último constituya más una acción de memoria. El Artículo 26 del Anteproyecto refiere a esta parte de la recuperación de la verdad.
- ✓ Un desafío insoslayable es el acceso a los archivos institucionales. En particular los archivos militares, los de los extintos cuerpos de seguridad, de la Comisión de Derechos Humanos, e incluso de los expedientes judiciales (habeas corpus, expedientes de la jurisdicción militar, etc.). Al respecto es importante no sólo su localización, sino también su ordenación, clasificación, y también su digitalización como estrategia de preservación y evitar su deterioro, descomposición o desaparición.
- ✓ La recuperación de la verdad también puede incluir que determinados bienes muebles o inmuebles puedan ser seleccionados, y afectados a un régimen de protección, ya sea como bienes culturales protegidos, integrando el patrimonio cultural de El Salvador. Lo mismo los relatos orales recuperados y otros equivalentes, se protejan como patrimonio intangible. Para ello, deberían incorporarse disposiciones que especialicen o coordinen con la Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador. En este sentido se reconoce la propuesta de los Artículos 29 y 30 del Anteproyecto. Se hace la salvedad que la entrega de distinciones honoríficas a personas específicas se haga con el más amplio consenso con las víctimas, y sobre la base de evidencias incontestables de los esfuerzos realizados por las personas homenajeadas.
- ✓ Para la OACNUDH, además, es especialmente relevante e indispensable que las actividades de identificación, recopilación o acopio, ordenación, clasificación, e incluso digitalización, reconozca las maneras de violencia contra las mujeres en el contexto del conflicto armado, sus impactos y efectos.
- ✓ También requieren una especial mención los archivos relevantes que se encuentran en propiedad, posesión o resguardo de terceros. Aunque una medida de expropiación resultaría excesivamente desproporcionada, y altamente no recomendable de implementar, sí es importante la creación de una normatividad de orden público que permite imponer las obligaciones de protección, cuidado, resguardo, ordenación, clasificación y preservación de dicha información, en particular, la que se refiere a expedientes concretos sobre hechos o personas singularizadas. Asimismo, se debe asegurar el acceso a la información a las personas

interesadas y para los fines de acción de la justicia. En todos los casos, se deben considerar las situaciones u ocasiones en las que el acceso a la información requerirá de medidas de anonimización o de reserva de identidad.

- ✓ El eventual Capítulo II, a criterio de la OACNUDH, debería incluir también una normativa que ordene la moratoria de los expurgos, y considerar la pertinencia de sanciones, inclusive penales, para quienes actúen en contravía de dicha moratoria. Asimismo, la prohibición del uso de la reserva y de la confidencialidad sobre la información pública contenida en los mencionados archivos, debiendo potenciarse el logro de los fines de la justicia transicional. También, la adopción inmediata de medidas de conservación documental.

Sobre el contenido del Artículo 22 del Anteproyecto, la OACNUDH considera relevante destacar que es un principio generalmente aceptado en las legislaciones penales, que la muerte del imputado extingue la acción penal y la pena, por lo que la muerte del imputado hace irrelevante el proceso penal contra él. Obviamente esta regla es estrictamente subjetiva, con lo cual, sólo se aplica respecto del imputado fallecido, y no así respecto de los restantes imputados, para quienes el proceso penal todavía tiene sentido. Distinto es el caso de la responsabilidad civil, que no se extingue por la muerte del imputado y que puede ser reclamado, habida cuenta que se satisfagan los criterios de atribución de dicha responsabilidad, y que puede ser reclamada por la representación sucesoral de la víctima, y satisfecha por la representación sucesoral del perpetrador.

*
* *
*

Un eventual Capítulo III sobre la memoria o los procesos de memorialización, es importante destacar que el Estado no es el obligado a la memoria. El Estado tiene obligaciones instrumentales para la búsqueda, preservación y difusión de la memoria, pero no es el responsable de que ella exista en la sociedad; no obstante, el Estado sí sería responsable por la intencionada o negligente producción de silencios u olvidos, que inviten a la sociedad a perder la oportunidad de conmemorar, reflexionar y decidir sobre su propia experiencia.

Al respecto, en el informe sobre *Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional*, que el Relator Especial, Fabián Salvioli, presentó en octubre 2020 ante el Consejo de Derechos Humanos, se establece lo siguiente:³

58. La memorialización es un proceso a largo plazo al que los restantes instrumentos de la justicia de transición pueden contribuir. Su éxito depende en parte de que las autoridades que gestionan el espacio público decidan y apliquen políticas de memoria que representan diversos puntos de vista, generen una buena colaboración con la sociedad civil, cuya acción moviliza a grupos de personas, pone en marcha iniciativas y debates, y facilita el proceso de apropiación por parte de la población.

59. Una medida muy fructífera en materia de memorialización es centrarse en la comprensión de los mecanismos de opresión y deshumanización que siempre preceden a la violencia en gran escala, abriendo un amplio debate sobre las causas y consecuencias de la violencia del pasado y sobre la necesidad de construir un futuro diferente. Debe darse a la sociedad el espacio para adquirir una noción clara del contexto que posibilitó violaciones masivas de los derechos humanos y/o el derecho internacional humanitario.

³ Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición. *Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional*. A/HRC/45/45, del 9 de julio de 2020, paras. 58-60, pg. 11.

60. Los ejemplos que figuran a continuación no son exhaustivos; no es posible dar cuenta de todas las experiencias positivas en materia de memorialización, las que incluyen a la literatura, el campo artístico, el mundo académico, los museos y otros, los que a su vez, pueden ser conducidos de manera material o virtual (en línea). Otros ejemplos incluyen la acción catalizadora de comisiones de la verdad, la conmemoración de fechas en recuerdo de personas desaparecidas y libros de textos escolares.

Dicho lo anterior, la OACNUDH invita a la VP a considerar opciones tendentes a definir las acciones sobre las que el Estado debe impulsar y contribuir, de manera concreta. Disposiciones como las contenidas en los Artículos 24 al 34 del Anteproyecto conllevan elementos de preciada valía que deberían preservarse, salvo menores ajustes. Inspirado en los citados Artículos del Anteproyecto, el contenido de un eventual Capítulo III sobre la memoria debe considerar la existencia de un día nacional de la memoria y la dignidad de las víctimas, que se defina por medio de un consejo nacional sobre la materia. Además de la fecha del 16 de enero, lamentablemente objeto de punzante polémica, recientemente, hay muchas otras fechas que pueden conllevar esta conmemoración. A manera de ilustrativo ejemplo, el 15 de marzo, fecha en la que en 1993 la Comisión de la Verdad presentó su informe, podría ser considerada como una fecha pertinente para esa conmemoración. De igual manera, el 13 de julio, fecha en la que en 2016 la Sala de lo Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz*. Lo relevante es el método de validación de la decisión (consenso político) y de la narrativa justificativa.

La OACNUDH reconoce la relevancia de este tipo de disposiciones conmemorativas, pues contribuyen directamente a la preservación de la memoria histórica. El Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Medidas de No Repetición afirmó:⁴

109. Las voces de las víctimas de violaciones a los derechos humanos deben ocupar un espacio privilegiado en la construcción de la memoria. Asimismo, ello ayudará a contrarrestar los intentos negacionistas y/o revisionistas y las manipulaciones por parte de los perpetradores de violaciones y de grupos o intereses políticos que buscan reanimar la violencia. Los poderes públicos deben abstenerse de realizar expresiones negacionistas que reivindicquen violaciones y revictimicen a las víctimas.

110. El objetivo de los procesos de memoria en situaciones de posconflicto armado es permitir a las poblaciones victimizadas dar sentido a un pasado brutal, evitar los sentimientos de venganza, asumir las divisiones que existieron, repudiar los crímenes cometidos, valorar los mecanismos de justicia y, a través de las lecciones aprendidas, aliviar las tensiones existentes, permitiendo que la sociedad viva pacíficamente en adelante.

Un corolario que surge de lo dicho anteriormente se proyecta en una eventual disposición prohibitiva de los homenajes a perpetradores, como una consecuencia lógica, razonable y consecuente en un esfuerzo de justicia transicional. En esa línea, bien se inscriben los Artículos 37, 38 y 39 del Anteproyecto.

Por otra parte, los esfuerzos de justicia transicional, en particular los que atañen a los pilares de verdad y memoria, se relacionan muy intensamente, y aunque parecen indisolubles —esfuerzo de disolución y clarificación que se debe al Relator Especial Fabián Salvioli⁵— pueden distinguirse claramente en su finalidad. Mientras los esfuerzos de verdad buscan un esclarecimiento histórico de los hechos, los de memorialización contribuyen a que el conocimiento de esa verdad tenga derroteros transgeneracionales y permita contrastar el rumbo de lo que para entonces será la historia presente. En tal sentido, todos los esfuerzos de recuperación de la verdad, deberían ser llevados a la maquinaria multiplicadora transgeneracional por excelencia: el sistema educativo. Así, la verdad se reafirma en memoria histórica para el beneficio de la sociedad.

⁴ *Id.*, paras. 109-110, pg. 20.

⁵ *Id.*

Cualquier esfuerzo, no sólo en la educación formal, sino también en la educación no formal e informal, por preservar la memoria, debe ser destacado por su relevancia e importancia, fomentado y resguardado por el Estado. Lo mismo se debe exigir a todos los procesos formativos financiados con fondos públicos, en función, por supuesto, de sus parámetros pedagógico (currícula de la Academia Nacional de Seguridad Pública, del Comando de Doctrina y Educación Militar —y sus diferentes dependencias y manifestaciones educativas—, de formación profesional diversa, o de inducción para cualquier manifestación del servicio público, etc.—. El eventual Capítulo III debería contar, por ello, con algunas disposiciones sobre el rol de la educación, particularmente en la formación y desarrollo de la currícula nacional y los programas de estudio en los diferentes niveles educativos de conformidad con los objetivos pedagógicos correspondientes.

El rol de las artes y de la museografía es igualmente indispensable. El Anteproyecto contempla algunos elementos que se deberían complementar con iniciativas cuya consideración se sugiere, en particular la promoción de concursos de literatura, en diversas modalidades (ensayo científico, novela, cuento, poesía, dramaturgia, etc.) y de otras manifestaciones de producción artística (canto y música, pictografía, fotografía, danza, filmografías, etc.) con el propósito de estimular la investigación de la verdad y la construcción creativa desde las artes. Otras medidas de difusión pública y de promoción de actividades conmemorativas, como se destaca en los Artículos 27 y 28 del Anteproyecto, son igualmente necesarias dentro del eventual Capítulo III.

Asimismo, la OACNUDH alienta la construcción de un Centro de la Memoria, como se prevé en el Anteproyecto, e invita a la VP para que considere la posibilidad de vincular este esfuerzo con la prueba de concepto de un Centro Virtual de la Memoria que en los próximos meses se estará comenzando a diseñar en el marco del *Proyecto Fortalecimiento de la Paz y de los Derechos Humanos: A través de la Justicia Transicional, el Combate a la Corrupción y Fomento a la Transparencia*, que financia el Fondo de Construcción de Paz (PBF) del Secretario General de Naciones Unidas. Los propósitos declarados en el Artículo 32 del Anteproyecto son plenamente compatibles con la proto-idea del Centro Virtual de la Memoria.

Finalmente, en cuanto a la recuperación de los archivos de la Comisión de la Verdad, es importante distinguir que dichos archivos poseen dos elementos, una parte pública donde se conocen nombres de perpetradores y víctimas, y una parte reservada, que forma parte de los anexos del informe. La primera no presenta ningún problema relevante, aunque la segunda presenta los problemas propios de la reserva que la Comisión de la Verdad ofreció a sus fuentes de información. Se trata de testimonios, en cientos de cajas, en cintas de audio y de video. También se presentan problemas logísticos, en particular porque al no encontrarse aún digitalizados, la búsqueda de información relevante —en el supuesto de superar los escollos del régimen de reserva y privacidad— sería demorado en forma inimaginable. El citado *Proyecto Fortalecimiento de la Paz y de los Derechos Humanos: A través de la Justicia Transicional, el Combate a la Corrupción y Fomento a la Transparencia*, considera la realización del proceso de digitalización pendiente. Por lo expuesto, la OACNUDH invita a la VP a considerar la posibilidad de suprimir esta disposición y continuar con el diálogo diplomático respectivo.

*
* *

La OACNUDH ha propuesto la creación de un eventual Capítulo IV destinado a la reparación integral, integrado por las medidas de restitución, de rehabilitación, indemnización, y satisfacción y agravio. El concepto de reparación integral surge ante la imposibilidad, a veces jurídica, a veces fáctica, de que los daños causados por un acto violatorio de derechos, no siempre pueden eliminarse

en sus efectos, es decir, por más esfuerzos que se hagan en eliminarlos, siempre quedarán efectos que continuarán disipándose o interactuando con otros y potenciándose, a medida que el tiempo pasa. En este punto es útil traer a cuenta el clásico pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia sobre reparaciones y costas del caso *Aloeboetoe et alli*, en la cual para referenciar lo anterior, la Corte invita a considerar que:

Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causæ est causa causati*.

Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos.

Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable.

En la tutela de los derechos humanos, la imposibilidad casi absoluta de una restitución integral se transforma en una obligación reparación integral, para lo cual se busca la implementación de las medidas de restitución —hasta donde resulten realizables—, medidas de rehabilitación de los derechos conculcados —la rehabilitación tampoco siempre logra una efectividad plena—, medidas indemnizatorias para fines de compensación económica de los daños materiales e inmateriales causados, y finalmente, medidas de satisfacción y desagravio, dirigidas estas últimas para la reivindicación del honor de las víctimas, de su trayectoria pública, de su ministerio o proyección.

Cabe señalar que no todas las víctimas requieren de las mismas medidas de reparación. Esto es así porque la medida de la reparación debe estar en función del daño provocado. Así una víctima de desaparición forzada no tendrá porqué ser igual, necesariamente, a la reparación que se deba a una víctima que es torturada, sus otros familiares ejecutados, y forzado a desplazarse internamente con el resto de su familia.

* *

Las medidas de restitución están dirigidas a volver las cosas al momento en el que se encontraban antes del acto lesivo. En ese sentido, la finalidad de estas medidas se resume en la máxima *status quo ante*. Las medidas que se describen entre los Artículos 7 y 8 del Anteproyecto son buenos ejemplos de medidas de restitución. Es importante tener presente, además, que como resultado de los actos de violencia en el conflicto armado, muchas personas fueron obligadas a desplazarse forzosamente, nacional o internacionalmente, por lo que se recomienda considerar la posibilidad de considerar programas de retorno al país o a los territorios de donde tuvieron que huir. Adicionalmente, muchas personas, como resultado de los actos de violencia, sufrieron pérdidas involuntarias de voluntad, y han tenido que vivir con una identidad no propia, con lo cual también se recomienda que en las medidas de restitución se considere la posibilidad de hacer procesos de recuperación de identidad.

* *

Las medidas de restitución son limitadas por virtud de su naturaleza y finalidad, frente a la realidad, que avanza y se transforma, y complejiza cada vez más que la restitución sea posible. La rehabilitación es entonces una medida que puede complementar, hasta otro cierto punto, la intención de eliminar los efectos asociados al acto dañino. Normalmente las medidas de rehabilitación se

refieren a efectos perjudiciales sobre habilidades, destrezas o capacidades, que se pierden o disminuye, o bien efectos indirectos razonablemente vinculados con los actos violatorios. Como en los casos de la restitución, las medidas de rehabilitación no pueden considerarse como un catálogo cerrado.

Dicho lo anterior, algunas medidas de rehabilitación que se deben tomar en cuenta deberían considerar el diseño y la realización programas de desarrollo económico-social para comunidades, que pueden implicar desarrollo de sitios turísticos, adecuación de vías y caminos, eliminación de riesgos frente a desastres naturales, programas de seguridad alimentaria, establecimiento de centros de salud y/o educativos, etc. El desarrollo de programas como los establecidos en el Artículo 7.b y 7.e del Anteproyecto, que se vinculan con créditos productivos o para emprendimiento, asistencia técnica, y programas educativos.

En el ámbito de las medidas de rehabilitación, también es importante que se consideren los programas integrales de salud física y mental, que le permitan a las víctimas acceso a procesos curativos, fisioterapéuticos, así como terapéuticos en los ámbitos de la salud mental. Igualmente es importante hacer acompañamiento de procesos legales, según las circunstancias, para arreglar problemáticas sobre bienes, derechos sucesorales, etc. También, sobre la base de la experiencia, se hace necesario que se consideres programas educativos, en los diferentes niveles de educación e incluyendo el acceso a becas completas —y no solo la exoneración de pagos de escolaridad—.

Una medida muy particular, que se debería considerarse dentro del ámbito de las medidas de rehabilitación, son todas aquellas que tienen que ver con la localización, identificación y entrega de restos humanos. Normalmente, aunque otros casos pueden existir, en el caso de las personas desaparecidas, lo que realmente sucedió fue su captura violenta, seguida de incomunicación, torturas y otro tipo de violaciones a la integridad personal, seguida de una ejecución extrajudicial, con el abandono del cuerpo en fosas clandestinas o su abandono en lugares específicos.⁶ No siempre las familias tuvieron oportunidad de identificarlos.⁷ Y el resultado acreditado de la desaparición forzada, estudiado lamentablemente a lo largo de los casi 50 años que dicha práctica tiene desde su surgimiento. Aunque un poco extenso, puede tenerse a cuenta la siguiente afirmación:⁸

Las dictaduras militares en el continente, a través de la utilización del método de la desaparición forzada, buscaron producir en lo colectivo y en lo individual un efecto combinado de terror, parálisis y consenso para garantizar su proyecto. Dicho efecto tiene consecuencias nefastas tanto en la dinámica social como en el psiquismo de cada uno de los miembros de las familias de los desaparecidos. Desde la perspectiva del funcionamiento psíquico no hay nada más arrasador que convivir con la eterna incertidumbre acerca del destino de la vida de un ser querido. El efecto de una certeza dolorosa es más soportable que la desestructuración que es capaz de producir la incertidumbre de una eterna espera.

...

⁶ Aguilar, Jeannette; Mersky, Marcie. *La Desaparición Forzada en el Contexto del Conflicto Armado de El Salvador. Una Primera Aproximación al Fenómeno*. Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Adultas Desaparecidas en el Contexto del Conflicto Armado de El Salvador (CONABÚSQUEDA), San Salvador, agosto 2020, pgs. 95 *et seq.*

⁷ *Id.*

⁸ Munczek, Débora; Guilis, Graciela; y otros. *La Desaparición Forzada de Personas como Estrategia Política del Terror*, en AA.VV. *Atención Integral a Víctimas de Tortura en Procesos de Litigio. Aportes Psicosociales*. IIDH, San José, agosto 2007, pgs.153-155.

Estas formas de violencia sobre los cuerpos y el psiquismo van socavando la relación que los sujetos mantienen con el Estado como garante y protector de sus derechos. Cuando no cumple ese papel, se produce entonces una ruptura del contrato social, imprescindible soporte para la convivencia en un estado de derecho; sin él, las personas viven bajo un desamparo jurídico y por lo tanto, también psíquico. En este sentido, el papel del Estado debe ser irrenunciable, ya que es la instancia que debe actuar como garante del contrato social entre los ciudadanos y las instituciones que este representa.

...

Los familiares de víctimas de la represión política encuentran serias dificultades para reconstruir su trama psíquica y familiar. Habitualmente se les escucha decir que “la vida de la familia no fue la misma” luego de la desaparición. Su identidad y sus proyectos personales y familiares se ven afectados; el sentido de la vida experimenta un giro crucial que imprime una modalidad melancólica a la existencia. El grupo familiar en su conjunto está comprometido en la gravedad de cuadros inhabilitantes; la escena psíquica está privada de la noción de futuro y de pasado ya que, donde debería haber un recuerdo hay un agujero marcado por el sin sentido, una muerte y la impunidad jurídica que muchas veces acompaña a la injusticia de esa muerte.

Al enfrentarse con la experiencia de una extrema violencia institucional, como es el caso de la desaparición forzada de un familiar, resulta inevitable que surjan vivencias de alto padecimiento y vulnerabilidad que producen un severo desmantelamiento de la vida psíquica de quienes las padecen. Asimismo, se afecta el conjunto del tejido social, produciendo fragmentación, pérdida de ideales y proyectos, ruptura de lazos solidarios.

Además, la campaña ideológica ha tenido y tiene aún, efectos destructivos y paralizantes en los familiares de las víctimas. Al provocar sospechas respecto a la persona desaparecida, se la ubica en el lugar del agresor y pierde por ello todos sus derechos, hasta los más elementales; con ello se busca justificar toda acción represiva contra la víctima, y los familiares ven seriamente obstaculizada la legitimidad social de su reclamo.

En palabras más técnicas:⁹

El proceso de duelo para los familiares de desaparecidos afronta la enorme dificultad de no tener certeza alguna de la muerte del ser querido. En las situaciones mencionadas, cuando familiares y amigos intentaban averiguar qué había sucedido, se les negaba toda información. Un familiar de desaparecido difícilmente podía conocer las condiciones del secuestro, el lugar de detención, el tipo de tortura o el asesinato y, finalmente, el lugar donde se encontraba el cadáver de la persona secuestrada

Dicho lo anterior, la OACNUDH sugiere a la VP que considere la posibilidad de integrar el texto del Anteproyecto con las funciones y atribuciones de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Adultas Desaparecidas en el Contexto del Conflicto Armado de El Salvador (CONABÚSQUEDA), con el propósito de evitar duplicidades y construir sinergias. Asimismo, con el marco jurídico recientemente aprobado por la Asamblea Legislativa, concretamente la Ley del Banco Nacional de Datos de ADN.

⁹ Portillo, Carlos; Guilis, Graciela; Noailles, Gervasio; y otros. *El Proceso de Duelo por Violaciones a Derechos Humanos en Latinoamérica*, en AA.VV. *Atención Integral a Víctimas de Tortura en Procesos de Litigio. Aportes Psicosociales*. IIDH, San José, agosto 2007, pg. 259.

Las medidas de restitución y las de rehabilitación tampoco complementan por sí mismas todos los efectos lesivos de los actos violatorios. Al respecto, no se debe perder de vista que dichos actos suponen un efecto económico. Las categorías tradicionales del daño material se emplean para evaluar sus montos; aunque igualmente hay prueba presuncional y estimaciones que se realizan por consideraciones de justicia o de equidad, particularmente frente a los daños inmateriales, ante la ausencia de una mejor regla de valuación de ellos.¹⁰

En el Anteproyecto el contenido de los Artículos 14, 15 y 16 es sustantivo y se recomienda mantenerlo. En cuanto al Artículo 11, la OACNUDH invita a la VP a considerar las categorías de daños (daños materiales y daños inmateriales) y sus respectivas subcategorías (para los daños materiales: el daño emergente, el lucro cesante, la pérdida de oportunidad, etc.; y para el daño inmaterial: el daño psicológico y el daño moral). Así, por ejemplo, gastos médicos, gastos de búsqueda, gastos jurídicos, gastos psicológicos, medicamentos y terapias, etc., son perfectamente gastos que se produce por ocasión directa del acto lesivo, y son un impacto dañino valuable económicamente. Dependiendo de las circunstancias pueden operar lucros cesantes, como por ejemplo para los casos de ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas de personas.¹¹

¹⁰ Vid.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo V. Perú*. Sentencia de reparaciones y costas, Serie C N° 42, del 27 de noviembre de 1998, paras. 138-139, pg. 18. Su texto es especialmente demostrativo y pedagógico:

138. La Corte considera que el daño moral a la víctima resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes como los que han sido probados en el presente caso experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión.

139. Tomando en cuenta las circunstancias peculiares del caso, la Corte estima equitativo conceder a la víctima una indemnización de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño moral.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez V. Honduras*. Sentencia de reparaciones y costas, Serie C N° 7, del 21 de julio de 1989, paras. 46-48, pg. 11. En palabras del tribunal:

46. La Corte observa que la desaparición de Manfredo Velásquez no puede considerarse muerte accidental para efectos de la indemnización, puesto que ella es el resultado de graves hechos imputables a Honduras. La base para fijar el monto de la indemnización no puede, por consiguiente, apoyarse en prestaciones tales como el seguro de vida, sino que debe calcularse un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural. En este sentido se puede partir del sueldo que, según la constancia que expidió el Viceministro de Planificación de Honduras el 19 de octubre de 1988, percibía Manfredo Velásquez en el momento de su desaparición (1.030 lempiras mensuales) hasta el momento de su jubilación obligatoria a los sesenta años de edad, según lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley del Instituto Nacional de Previsión del Magisterio, que el propio Gobierno considera como la más favorable. Con posterioridad le habría correspondido una pensión hasta su fallecimiento.

47. Sin embargo es preciso tener en cuenta que el cálculo del lucro cesante debe hacerse considerando dos situaciones distintas. Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá.

48. Si los beneficiarios de la indemnización son los familiares, la cuestión se plantea en términos distintos. Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían, por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos atenerse a criterios rígidos, más propios de la situación descrita en el párrafo anterior, sino hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso.

Por otra parte se recomienda que, mientras la moneda de El Salvador sea una divisa, los montos o valores indemnizatorios estén indexados a la inflación, para que la víctima no sufra los efectos económicos. Adicionalmente, es recomendable que pudieran emplearse métodos de solución alternativa de controversias para acordar las indemnizaciones compensatorias, sus montos y modalidades.

* *

Finalmente, tras el limitado efecto de las medidas restitutorias, los efectos positivos pero tardíos de las medidas de rehabilitación, los efectos compensatorios de las indemnizaciones, queda siempre un margen de reparación por medio de las medidas de satisfacción y desagravio, que lo que pretenden es reivindicar a la víctima en su entorno familiar, comunitario, social y/o nacional, de conformidad con las circunstancias.

Algunas medidas de satisfacción y desagravio se encuentran ya detalladas en el Artículo 23 del Anteproyecto, y la OACNUDH anima a la VP para que considere el establecimiento de criterios que permitan utilizar estas medidas cuando sea especialmente necesario, y se evite una odinarización de su uso con efectos de subestimación social de las medidas.

Se anima a listar algunas otras medidas que se emplean con cierta frecuencia, como la nominación de obra pública para designar a víctimas representativas, la designación de un programa de becas de estudio para honrar el legado de alguna víctima, etc. Adicionalmente, hay que tener presente que, como bien se señala en el Anteproyecto, es necesario tener un consentimiento con la víctima. Por otra parte, medidas de satisfacción como los pedidos de perdón o disculpas públicas, deben ir acompañadas de todos sus efectos consecuentes, como por ejemplo que el perdón o las disculpas se hace sobre determinado cuadro fáctico, y supone un reconocimiento de responsabilidad que debe traducirse inmediatamente en consecuencias jurídicas directas. Por tal razón, cuando este tipo de medidas se ordena por medio de un tribunal internacional, la realización corresponde al Estado, pero tratándose de un proceso de justicia transicional, el reconocimiento de responsabilidad y sus efectos, deben ser hechos por los perpetradores.

*
* *

Por último, un eventual Capítulo V podría dedicarse sólo a las medidas de no repetición. Como su nombre lo sugiere no se trata de medidas ante una víctima concreta, sino de medidas de naturaleza estructural para que la violencia ejercida en el conflicto armado, y el conflicto en sí mismo, no pueda volver a suceder. Dicho lo anterior, además de reconocer las medidas propuestas en el Artículo 36 del Anteproyecto, la OACNUDH invita a la VP a considerar la pertinencia de introducir como medidas de no repetición también la adopción de marcos jurídicos internos —como la actualización de los marcos jurídicos en materia de seguridad interior y defensa nacional, si se considerara necesario—, la ratificación o adhesión de tratados del sistema universal y del sistema interamericano que estén pendientes de una reacción estatal, y la adecuación del marco normativo nacional a tratados vigentes, como las leyes que viabilizarían muchas disposiciones del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional)

TITULO II SISTEMA NACIONAL DE REPARACION INTEGRAL

CAPITULO I DISPOSICIONES COMUNES AL SISTEMA NACIONAL DE REPARACIÓN INTEGRAL PARA VÍCTIMAS

La OACNUDH reconoce que la implementación de un programa de justicia transicional es un conjunto complejo de operaciones interinstitucionales, las cuales integran un sistema de actuación. Sin embargo, como organismo internacional, la OACNUDH carece, por el momento, de los estudios relacionados con los ámbitos de competencia que actualmente poseen las instituciones concernidas.

Dicho lo anterior, la OACNUDH considera importante que los listados de instituciones no sean listas cerradas, sino que sean ilustrativos. Finalmente, todas las entidades del Estado, con mayor o menor protagonismo, tendrán un rol que jugar, y sería de poca conveniencia que para incorporar nuevas instituciones u otras no consideradas inicialmente, tenga que activarse todo el proceso de formación de la ley.

CAPITULO II DEL CONSEJO NACIONAL DE VERDAD Y REPARACIÓN INTEGRAL

Por otra parte, la OACNUDH carece, por el momento, de estudios sobre fiscalidad en El Salvador, por lo cual se abstiene de expresar sus opiniones sobre las estructuras que se crean para brindar la operatividad a la justicia transicional. Sin embargo, reconoce la importancia de que un sistema de esta naturaleza debe tener un sistema ágil, efectivo, eficaz, y desburocratizado, intensamente auxiliado de tecnología. La OACNUDH igualmente considera que el Anteproyecto de la VP logra posicionar y aprovechar el rol constitucional de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, como un ente consultivo, orientador y con carácter recomendatorio.

CAPITULO III REGISTRO DE VÍCTIMAS

En línea con lo anterior, la OACNUDH destaca la importancia del Registro de Víctimas. Y sugiere a la VP que esta sea una de las acciones prioritarias de implementación del Anteproyecto cuando se transforme en una ley formal, pues el registro es la piedra angular para que los esfuerzos de justicia transicional se asienten en bases sólidas. No es necesario partir desde cero en el registro, y más bien actualizarlo a partir de las bases de datos que se elaboraron previamente sobre la base del Decreto Ejecutivo N° 204.

CAPÍTULO IV PROCEDIMIENTOS ANTE EL COMITÉ EVALUADOR

La OACNUDH considera de la máxima relevancia que existan mecanismos dinámicos de actualización del registro de víctimas. En tal sentido, además de una bien estructurada base de datos, que incluya a la víctima y sus familiares —cuando éstos son los titulares de alguna medida de reparación— es importante contar con procedimientos que permitan ingresar nuevas víctimas, actualizar su información, y dar baja cuando la víctima fallezca y no existan derechos transmisibles. Por otra parte, se aprecia que exista un mecanismo de apelación para corregir la inevitable falibilidad humana.

CAPÍTULO V CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA

El Centro de Documentación de la Memoria Histórica converge con la proto-idea del Centro Virtual de la Memoria, en los términos expresados *supra*..

CAPÍTULO VI FONDO DE REPARACIONES

La idea de contar con un fondo de reparaciones es positiva, porque, siendo un fondo especial, los recursos de financiamiento e implementación de la justicia transicional tendrían que surgir de la Caja Única del Estado. Esta configuración como fondo especial le permite gozar de características de parafiscalidad.

TÍTULO III DISPOSICIONES FINALES, TRANSITORIAS Y VIGENCIA

CAPÍTULO ÚNICO DE LAS COMISIONES NACIONALES DE BÚSQUEDA

Se reconoce la importancia de que las Comisiones Nacionales de Búsqueda tengan reconocimiento, organicidad y mandato por medio de instrumentos legislativos formales, y no sólo por instrumento normativos del Órgano Ejecutivo. Sin embargo, se sugiere a la VP que previo a los pasos sugeridos en el Artículo 71 del Anteproyecto, se cuente con un diagnóstico sobre la situación actual y las necesidades que poseen ambas comisiones. Al respecto, la OACNUDH trabaja en la realización de un diagnóstico como el señalado, y en la oportunidad correspondiente podrá compartirlo con la VP para sus consideraciones y efectos pertinentes.

Por otro lado, es importante que se afirme que la aplicación de los beneficios establecidos en el actual Anteproyecto —una vez convertido en Ley— no implica la renuncia de ningún tipo de acción administrativa o judicial.

Con relación a la rendición de cuentas por medio del informe anual, se invita a la VP a que considere la pertinencia de que, además de una asamblea de víctimas, también pueda establecerse la presentación del mismo ante la comunidad internacional. Al respecto, es importante recordar que las representaciones diplomáticas recogen información relevante del país, también en temas de derechos

humanos, para que sus capitales las analicen y definan sus respectivas posturas de cara al Examen Periódico Universal.