

Ref.: Causa Penal 238/90, conocida como “Masacre El Mozote y lugares aledaños” (AMICUS CURIAE)

Licenciado
Jorge Guzmán Urquilla
Juez Segundo de Primera Instancia
San Francisco Gotera, Morazán, El Salvador

Honorable Señor Juez,

Nosotros, **LEONOR YESENIA ARTEAGA RUBIO**, mayor de edad, en mi calidad de Oficial Sénior de Programa de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), y **JOSÉ MARÍA TOJEIRA**, mayor de edad, en mi calidad de Director del Instituto de Derechos Humanos de la UCA (IDHUCA) a usted respetuosamente EXPONEMOS:

- Que presentamos este escrito de *Amicus Curiae* con el fin de contribuir al fortalecimiento de las decisiones que habrán de tomarse en el proceso de referencia, aportando argumentos jurídicos, especialmente de derecho constitucional e internacional, en lo que respecta a la calificación de los delitos que se investigan y a las consecuencias que tal calificación tiene para la responsabilidad penal individual de los procesados; para que se cumplan con las obligaciones del Estado y los derechos de las víctimas;
- Que la Fundación para el Debido Proceso (DPLF, por sus siglas en inglés), es una organización regional de derechos humanos, sin fines de lucro, con domicilio en la ciudad de Washington, DC, Estados Unidos, con experticia y compromiso con los derechos humanos protegidos por el derecho nacional e internacional; y,
- Que la Universidad Centroamericana de El Salvador, “José Simeón Cañas” (UCA), es una institución de educación superior de inspiración cristiana que tiene por objetivo, entre otros, la contribución a la construcción de una nueva cultura liberada y liberadora, lo cual se pretende alcanzar, en el presente caso, a través de una de sus funciones esenciales: la proyección social, que la orienta a incidir en la realidad nacional y a proponer y apoyar soluciones racionales y éticas que contribuyan al bien común del pueblo salvadoreño. Es así como, específicamente, la Universidad posee un instituto especializado en la promoción y defensa de los derechos humanos, el Instituto de Derechos Humanos de la UCA (Idhuca), que tiene por finalidad el contribuir a que la sociedad salvadoreña viva con justicia y respeto a sus derechos humanos, promoviendo la participación ciudadana y apoyando el fortalecimiento institucional; una finalidad que se pretende lograr, en el presente caso, desde la construcción de una memoria histórica colectiva, contribuyendo a la búsqueda de la verdad y justicia en las graves violaciones de derechos humanos, cometidas durante el conflicto armado salvadoreño.

1. EL OBJETO DEL AMICUS CURIAE

Los escritos de *Amicus Curiae* (amigo de la Corte o amigo del Tribunal), se presentan ante autoridad judicial por terceros, personas naturales o jurídicas, que no tienen la calidad de partes en el respectivo proceso. Sin embargo, desde su independencia y conocimiento del tema, estos terceros expresan su interés en aportar elementos de juicio sobre aspectos relevantes del asunto en estudio, en procesos en los que se debaten cuestiones de especial trascendencia o interés general. La presentación del *Amicus Curiae*, además de ser una práctica regulada en varios países¹, ha sido reconocida y reglamentada en las cortes internacionales, entre ellas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos² (CrIDH) y la Corte Penal Internacional³ (CPI).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en su resolución de 26 de mayo de 2016⁴, admitió varios *Amicus Curiae* presentados por distintas personas, entre ellas nosotros, DPLF y UCA, en el proceso de extradición contra los acusados en la *Masacre en la UCA*, usando como fundamento la jurisprudencia desarrollada por la CrIDH. Con esta resolución, la CSJ reconoció la procedencia, la importancia y la pertinencia de la figura del *Amicus Curiae*.

En tal sentido, DPLF y UCA, como terceros independientes de las partes en el proceso penal en referencia, expresamos nuestro interés en contribuir con usted, señor juez, aportándole argumentos jurídicos, particularmente relacionados a la calificación de los delitos cometidos como crímenes internacionales y a la identificación de las consecuencias jurídicas ante la responsabilidad penal de los procesados.

Este *Amicus Curiae* se fundamenta en el interés compartido de nuestras organizaciones, que es la promoción del Estado de Derecho y los derechos humanos y, sobre todo, en la trascendencia colectiva que la *Masacre El Mozote y lugares aledaños* tiene para la sociedad salvadoreña, así como para la humanidad. Esta masacre fue señalada por la Comisión de la Verdad para El Salvador⁵ como uno de los casos paradigmáticos de las violaciones graves del derecho

¹ Al respecto, en Argentina, la Acordada N° 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio del 2004; en Brasil, el Artículo 543-A y 143-C del Código Procesal Civil; en Colombia, el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991; y en Estados Unidos, la Regla 37 de las Reglas de la Suprema Corte de Justicia adoptadas el 19 de abril de 2013 y vigentes el 1 de julio de 2013.

² Al respecto, artículo 44 de Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

³ Al respecto, Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, 2 de noviembre de 2000.

⁴ Por ejemplo, en el suplicatorio 23-S-2016, tramitado por la Corte Suprema de Justicia en pleno.

⁵ Al respecto, Comisión de la Verdad para El Salvador. *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador*. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador. Naciones Unidas. San Salvador, Nueva York, 1992-1993. IV. Casos y patrones de violencia. C. Masacres de campesinos por la Fuerza Armada, pp.118-125.

internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que la CrIDH declaró que en ella se cometieron graves violaciones de derechos humanos⁶.

2. EL CONTENIDO DEL AMICUS CURIAE

La *Masacre El Mozote y lugares aledaños* tiene una especial trascendencia porque, como otras masacres, guarda una relación directa con la construcción y el rescate de la memoria colectiva salvadoreña, como parte del derecho humano a la verdad, así como también activa los deberes del Estado y los derechos de las víctimas y sus familiares, que se desprenden de múltiples decisiones judiciales tanto a nivel nacional como internacional. En particular, se pueden citar la sentencia del proceso de inconstitucionalidad No. 44-2013/145-2013 Ac, dictada por la Sala de lo Constitucional (en adelante, la Sala) el 13 de julio de 2016, que declara inconstitucional la Ley de Amnistía General de 1993, así como la sentencia de la CrIDH, de 25 de octubre de 2012, contra el Estado salvadoreño en relación a la masacre que nos ocupa. En definitiva, en cuanto a los deberes, el Estado salvadoreño no sólo está obligado a investigar los hechos, sino también a sancionar a los responsables declarados culpables judicialmente⁷.

Este *Amicus Curiae* contiene los siguientes aspectos relevantes relacionados con la Causa Penal 238/90:

- I) El alcance de la sentencia de Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013 Ac, en cuanto a los deberes del Estado y los derechos de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, y sus familiares, todo a la luz del derecho a la verdad;
- II) Los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños*, como hechos que configuran graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales, y la necesidad de tomar en cuenta estas categorías de derecho internacional en el ámbito interno.
- III) El principio de legalidad en el ámbito penal y el derecho internacional como ley previa para crímenes internacionales, y
- IV) Las consecuencias para la responsabilidad penal al definir un acto como crimen internacional.

A continuación, pasamos a desarrollar cada uno de los aspectos enunciados.

⁶ Al respecto, Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 58, 208, 295 y 296, en donde la Corte se refiere expresamente a “las graves violaciones a derechos humanos cometidas en este caso”, a “las graves violaciones de los derechos humanos perpetradas”, a “las graves violaciones de derechos humanos referidas a las masacres de El Mozote y lugares aledaños” y a “las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso.”

⁷ Por ejemplo: Cfr. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 319.

I. El alcance de la sentencia de Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013 Ac, en cuanto a los deberes del Estado y los derechos de las víctimas y sus familiares.

Según la inconstitucionalidad citada, en la parte IV.5, el derecho internacional de los derechos humanos contiene un conjunto de normas de derechos fundamentales que son inderogables y, por tanto, generan un conjunto de deberes para los Estados partes de los respectivos instrumentos internacionales, con el fin de asegurar el respeto, la garantía y la tutela judicial efectiva de tales derechos, incluso en situación de conflicto armado.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en sus artículos 4, 5 y 6, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en sus artículos 4, 6 y 7, instrumentos de los cuales El Salvador forma parte, reconocen los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, entre otros, al punto de contemplarles un carácter inderogable y una condición de norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*).

Por tanto,

En razón de lo anterior, y bajo ningún concepto, se puede obviar la responsabilidad de los Estados de brindar protección y garantía efectiva a las víctimas de la tortura, de la desaparición forzada y de las ejecuciones sumarias o arbitrarias –individuales y colectivas–; ni se puede desconocer la obligación de tomar las medidas necesarias para su investigación, sanción y total erradicación [...].

Es decir, ante graves violaciones a los derechos a la vida y a la integridad materializadas, por ejemplo, ante torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias o arbitrarias, individuales y/o colectivas, el Estado salvadoreño se encuentra obligado a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las mismas, como medidas para lograr su completa supresión en el futuro.

Por su parte, la violación a estos derechos inderogables e imperativos se entiende como crimen internacional, ya sea (i) como crimen de lesa humanidad o (ii) como crimen de guerra constitutivo de grave infracción al derecho internacional humanitario. En ese sentido, en la parte IV.6.C de la sentencia de inconstitucionalidad citada, se afirma lo siguiente:

De todo lo anterior se colige que, si bien la Constitución, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho internacional Penal y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, permiten la adopción de amnistías, incluso a la cesación de las hostilidades militares tras la finalización de conflictos armados –como el que sucedió en El Salvador en la década de los ochentas–, ello no implica que estén habilitados para decretar amnistías irrestrictas, absolutas e incondicionales, desconociendo las obligaciones constitucionales e internacionales que tienen los Estados en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales, de investigar, identificar a los responsables materiales e intelectuales, y sancionarlos conforme a su derecho interno; desconociendo, además, el deber de reparar integralmente a las víctimas de

crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, que son imprescriptibles según el derecho internacional y la jurisprudencia internacional. [subrayado propio]

Por otro lado, el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, conlleva a los derechos de las víctimas de dichos crímenes, y sus familiares, contenidos en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución. Estos derechos son: (i) el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial, y (ii) el derecho a la reparación integral, a la luz del derecho a la verdad⁸ (parte V.3 de la sentencia de inconstitucionalidad citada).

En primer lugar, el *derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial* (parte V.2.A de la sentencia de inconstitucionalidad citada), también conocido como *derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos fundamentales*, es una garantía esencial porque sirve para hacer valer el resto de derechos, es decir, «la eficacia de los derechos fundamentales depende de la existencia y funcionamiento real o efectivo de la mencionada garantía»; en consecuencia, «la dimensión subjetiva de este derecho implica una obligación correlativa del Estado, de garantizar la protección de los derechos o asegurar su eficacia». Por otro lado, el deber internacional –y constitucional– a cargo del Estado salvadoreño, de respeto y garantía de los derechos a la vida y la integridad también lo obligan a adoptar las medidas adecuadas para hacerlos efectivos. Es así como las obligaciones que se derivan de los artículos 1.1 y 2 CADH y 2 PIDCP, coinciden plenamente con el núcleo principal del derecho constitucional a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos.

En suma, la Sala de lo Constitucional señala que este derecho de las víctimas y sus familiares, los faculta a exigir que el Estado salvadoreño, su institucionalidad pública y judicial, según sus competencias, asegure lo siguiente:

[...] (i) la prevención de las violaciones de los derechos humanos, que conlleva el deber de tomar medidas a fin de evitar la repetición de las mismas; (ii) la investigación de las violaciones con el fin de esclarecer lo ocurrido y determinar sus responsables; (iii) el enjuiciamiento de los autores materiales e intelectuales; (iv) la sanción de los culpables de las violaciones, es decir, el establecimiento de la culpabilidad de los autores y sus consecuencias proporcionales; y (v) la reparación integral de las víctimas por los daños materiales e inmateriales ocasionados por la violación.

En segundo lugar, el derecho a la reparación integral de las víctimas de Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra constitutivos de graves infracciones al DIH, y sus familiares, también llamado por la Sala, derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos fundamentales, obliga a los responsables de restringir, afectar y anular el ejercicio efectivo de los

⁸ Según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, el derecho a la verdad se ubica en el artículo 6 inciso 1 de la Constitución.

derechos de estas víctimas, al «resarcimiento o reparación de los daños o menoscabos que dichas actuaciones y omisiones provocaron». Además, se reconoce que

La reparación, como un derecho de las víctimas y componente esencial de la *justicia transicional*, también debe cumplir una función preventiva y de combate a la impunidad, lo que va más allá del resarcimiento de las consecuencias que tuvo el hecho ilícito generado por los agresores y la imposición de penas y sanciones.

Es por ello que, como reparación integral, se reconocen los siguientes mecanismos:

[...] (i) *el restablecimiento o restitución de los derechos conculcados; (ii) el resarcimiento;(iii) la compensación de los daños ocasionados;(iv) la indemnización de daños y perjuicios;(v) la rehabilitación y readaptación de la víctima;(vi) la satisfacción y reivindicación de las víctimas;(vii) las garantías de no repetición; y (viii) el conocimiento público de la verdad*, entre otras formas de reparación.

En relación con lo anterior, se afirma que, en virtud a la protección de derechos fundamentales, el *derecho a conocer la verdad* de las víctimas mencionadas y sus familiares, «solo es posible si se garantiza, a través de investigaciones serias, exhaustivas, responsables, imparciales, integrales, sistemáticas y concluyentes por parte del Estado, el esclarecimiento de los hechos y la correspondiente sanción». También se asegura que la titularidad de este *derecho a la verdad* es de las víctimas, sus familiares y de la sociedad salvadoreña, en su conjunto. Por otro lado, en cuanto a las correlativas obligaciones estatales se indica que sobre este derecho

[...] existen obligaciones específicas del Estado que no solo consisten en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de los hechos denunciados. Además, dado que el Estado tiene el deber de prevenir y hacer cesar las vulneraciones de los derechos fundamentales, la prevalencia del derecho a conocer la verdad es esencial para el combate a la impunidad y la garantía de no repetición de aquellas violaciones.

Finalmente, en cuanto a las obligaciones y derechos, en parte V.4 de la citada sentencia de inconstitucionalidad, se *concluye* de forma clara y contundente con lo siguiente:

Según la Constitución, el derecho internacional y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico y su protección y tutela efectiva, es una responsabilidad ineludible del Estado salvadoreño, incluso en situaciones de conflicto armado interno. Por lo tanto, las víctimas de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH –cometidos por ambas partes en el conflicto armado–, tienen derecho de acceso a la justicia y a gozar de tutela judicial; a que se investiguen, esclarezcan y sancionen tales crímenes; a que se conozca la verdad

sobre lo sucedido; y a obtener reparación integral por los daños materiales y morales sufridos. [subrayado propio]

II. Los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños*, como hechos que configuran graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales, y la necesidad de tomar en cuenta estas categorías de derecho internacional en el ámbito interno

II.1 Graves violaciones de derechos humanos

La CrIDH declaró en la sentencia del 25 de octubre de 2012, que había quedado probado y había sido reconocido por el Estado de El Salvador que los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños* se refieren, entre otros, a ejecuciones extrajudiciales masivas, a actos de tortura y de violencia contra la mujer, así como a desplazamientos forzados, cometidos en el contexto del conflicto armado interno y como parte de una política planificada por el Estado contra la población civil perteneciente a zonas asociadas con la guerrilla⁹, y que estos hechos configuran graves violaciones de derechos humanos.

Es claro entonces que el derecho internacional de los derechos humanos, y más específicamente, la jurisprudencia interamericana, han establecido que las ejecuciones extrajudiciales, las torturas y la violencia contra la mujer constituyen graves violaciones de derechos humanos. Para que una conducta pueda configurarse como una grave violación de derechos humanos, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, no se requiere que el hecho ilícito haya sido cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil ni en el marco de un conflicto armado, como sí se exige para la configuración de un crimen de lesa humanidad o de un crimen de guerra.

II.2 Crímenes de lesa humanidad

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha señalado, en ese sentido, que, si bien las graves violaciones de derechos humanos no son en sí mismas crímenes de lesa humanidad, cuando son cometidas bajo ciertas condiciones definidas por el derecho internacional, pueden también constituir ese tipo de crímenes¹⁰. Además, si esas graves violaciones de derechos humanos se comenten en el contexto de un conflicto armado, constituirían, a su vez, serias infracciones al derecho internacional humanitario y, en esa medida, crímenes de guerra. En ambas

⁹ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 245.

¹⁰ Al respecto, United Nations. General Assembly. International Law Commission. First report on crimes against humanity. By Sean D. Murphy, Special Rapporteur. A/CN.4/680, 17 February 2015, párr. 11.

situaciones, las graves violaciones de derechos humanos adquirirían el carácter de crímenes internacionales.

En estos casos, cuando las graves violaciones de derechos humanos constituyen, a la vez, crímenes internacionales (de genocidio, de lesa humanidad o de guerra), no existe duda, a nivel de los organismos internacionales de derechos humanos, sobre la obligación que tienen los Estados, en el marco de los respectivos tratados de los que son Estados parte, de investigar y sancionar esos crímenes.

Al respecto, es importante tener en cuenta que, en la sentencia de este caso, la CrIDH reafirmó como un hecho probado, la existencia del conflicto armado vivido en El Salvador entre 1980 y 1991¹¹ y, además, resaltó, para el caso concreto, el hecho de que el operativo militar

estuvo dirigido deliberadamente contra población civil o no combatiente dado que, si bien la zona afectada por el operativo constituía una zona conflictiva con presencia tanto del Ejército como del FMLN, la prueba es clara en cuanto a que al momento de los hechos no había presencia de miembros de la guerrilla ni de personas armadas en los referidos lugares, más aún, teniendo en cuenta que la gran mayoría de las víctimas ejecutadas eran niños y niñas, mujeres –algunas de ellas embarazadas- y adultos mayores.¹²

El contexto de conflicto armado interno y de ataque contra población civil, contribuiría a identificar crímenes internacionales y, de estar dados elementos como el ataque generalizado o sistemático contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque, el contexto contribuiría a identificar los crímenes de lesa humanidad.

Adicional a las valoraciones de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es conveniente tener en cuenta las características de los hechos que fueron señaladas por la CrIDH, en la sentencia de 25 de octubre de 2012. En esta sentencia, la CrIDH estableció que las graves violaciones de derechos humanos se habían cometido “como parte de una política planificada por el Estado contra la población civil perteneciente a zonas asociadas con la guerrilla.” Y también que

en el presente caso los agentes estatales actuaron de forma deliberada, al planear y ejecutar a través de las estructuras e instalaciones del Estado, la perpetración de siete masacres sucesivas de adultos mayores, hombres, mujeres, niños y niñas indefensos, en el marco de un plan sistemático de represión a que fueron sometidos

¹¹ Cf. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 62.

¹² Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 153.

determinados sectores de la población considerados como apoyo, colaboración o pertenencia a la guerrilla, o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno.¹³

La CrIDH precisó, además, que estos hechos se habían cometido en “un período de violencia extrema durante el conflicto armado interno salvadoreño que respondió a una política de estado caracterizada por acciones militares de contrainsurgencia, como las operaciones de ‘tierra arrasada’, que tuvieron como finalidad el aniquilamiento masivo e indiscriminado de los poblados que eran asimilados por sospecha a la guerrilla”¹⁴.

De acuerdo con la forma en que la CrIDH caracterizó los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños*, las graves violaciones de derechos humanos: i) se habrían cometido en ejecución de una política planificada por el Estado, ii) se habrían cometido de manera deliberada, iii) se habrían cometido como parte un conjunto mayor de acciones militares que respondían a un plan sistemático y iv) habrían tenido por finalidad aniquilar una población civil determinada: la población señalada como colaboradora de la guerrilla u opositora al gobierno.

Esta caracterización permite considerar, de manera fundada y razonable, que las graves violaciones de derechos humanos cometidas en los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños* constituyeron, a su vez, crímenes de lesa humanidad, en los términos en que estos crímenes están delimitados en el Estatuto de Roma, cuyas definiciones pueden ser ilustrativas en la tramitación de las causas penales contempladas en la Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013 Ac, tal como lo señala la Sala de lo Constitucional.

Al respecto, conviene recordar que el artículo 7 del citado Estatuto establece que “se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.”

El mismo Estatuto de Roma define, en este artículo, el “ataque contra una población civil” como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.” De acuerdo con los elementos de estos crímenes internacionales, la línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma, contra una población civil, tiene por fin “cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque.” Asimismo, estos Elementos señalan que “[s]e entiende que la “política de cometer ese ataque”

¹³ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 155.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 155.

requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.”¹⁵

En esta medida, la caracterización que la CrIDH hizo de los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños* permite sostener que los mismos: i) formaron parte de la comisión de otros hechos similares y, por tanto, fueron parte de la comisión generalizada o sistemática de graves violaciones de derechos humanos (entre ellas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, y violación sexual) durante el período del conflicto armado interno, esto es, de 1980 a 1991; ii) se dirigieron contra una población civil previamente identificada por el Estado como opositora al gobierno o colaboradora de la guerrilla con el fin de aniquilarla (política de “tierra arrasada”); iii) se llevaron a cabo de conformidad con una política deliberada y planificada por el Estado, y iv) se llevaron a cabo por quienes los cometieron con conocimiento de que existía un ataque a esa población civil, y con la intención de cometerlos (actuaron de forma deliberada).

En la parte motivada de la resolución del 30 de septiembre de 2016, este Juzgado recordó que en la sentencia de inconstitucionalidad 44-2013/145-2013 Ac, la Sala de lo Constitucional afirma que los hechos de la masacre constituyen delitos de lesa humanidad¹⁶. Sin embargo, en la parte resolutive, este mismo Juzgado, no llega a aplicar tal calificación a los hechos de forma expresa.

II.3 Crímenes de guerra

Adicionalmente, las graves violaciones de derechos humanos cometidas en esta masacre, y a las que hizo expresa referencia la CrIDH, constituirían también crímenes de guerra, por el contexto de conflicto armado interno en el que ocurrieron y por la forma en que se cometieron.

En efecto, según la tradición del derecho internacional humanitario, recogida en buena parte por las normas del derecho penal internacional actual, las violaciones cometidas contra personas civiles, en el contexto de un conflicto armado internacional o interno constituyen crímenes internacionales, específicamente crímenes de guerra.

Los crímenes de guerra se establecieron para deducir la responsabilidad de quienes, en un conflicto armado, vulneren derechos fundamentales en infracción de normas consuetudinarias o convencionales. Para configurar un crimen de guerra son elementos indispensables la existencia

¹⁵ Cf. Elementos de los Crímenes. Nueva York, septiembre de 2002, Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad, párr.3.

¹⁶ Juzgado Segundo de Primera Instancia. San Francisco Gotera, Morazán, día treinta de septiembre de dos mil dieciséis. Causa Penal 238/90, conocida como “Masacre El Mozote”, sobre averiguar la muerte de pobladores de Caserío El Mozote y lugares aledaños, Cantón la Guacamaya, jurisdicción de Meanguera, Departamento de Morazán; hecho ocurrido los días diez, once, doce, trece y catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

de un conflicto armado y la conexión de la conducta a juzgar con ese conflicto, aun cuando no exista un ataque generalizado o un patrón sistemático¹⁷.

Según el artículo 8 del Estatuto de Roma, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los convenios de Ginebra de 1949 y los actos que el propio Estatuto enumera, cometidos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, son crímenes de guerra. Igualmente, son crímenes de guerra otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, como las que el Estatuto enumera¹⁸. Así, por ejemplo, es crimen de guerra, en un conflicto armado no internacional, atentar contra la vida y la integridad corporal de una persona protegida por el derecho internacional humanitario¹⁹ o dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades²⁰. De acuerdo con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, la prohibición de los ataques contra la población civil y sus elementos constitutivos son aplicables tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos, y su violación constituye un crimen de guerra en ambos escenarios²¹.

Entre los hechos concretos que podrían corresponder a crímenes de guerra en la masacre se encuentran: i) las ejecuciones extrajudiciales masivas de población civil, que, de acuerdo con el Estatuto de Roma, serían tratadas como atentados contra la vida en la forma de homicidio²², ii) la

¹⁷ Ximena Medellín, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Fundación para el Debido Proceso, 2009, pág. 56, disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1271715939.pdf>.

¹⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8.2.c y e.

¹⁹ *Ibidem*, artículo 8.2.c.1) y artículo 3.1.a común a los convenios de Ginebra de 1949.

²⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8.2.e.1). Ver también, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), *El Fiscal vs. Galic*, caso No. IT-98-29-T (Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, *Galic*, párrs. 42-45. Esta Sala del Tribunal para la antigua Yugoslavia sostuvo que: “un ataque que causa la muerte o lesiones corporales graves dentro de la población civil, constituye un delito. Como se señaló arriba, tal ataque, cuando se comete deliberadamente, es punible como una violación grave al Protocolo Adicional I (...) los civiles y la población civil como tal no deben ser objetivo de ataque. La Sala de Primera Instancia recuerda que la disposición en cuestión confirma explícitamente la norma consuetudinaria de que los civiles deben de disfrutar de la protección general contra el peligro derivado de las hostilidades”.

²¹ Ximena Medellín, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Fundación para el Debido Proceso, 2009, pág. 56, disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1271715939.pdf>. Ver, también, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPYI), *El Fiscal vs. Tadic*, caso n.º IT-94-1-T, Sala de Apelaciones, Resolución sobre la Moción de la Defensa para una Impugnación Interlocutoria a la Jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párr. 137: “[C]onforme al artículo 3, el Tribunal Internacional tiene jurisdicción sobre los actos que se alegan en la acusación, independientemente de que hayan ocurrido dentro de un conflicto armado interno o internacional”.

²² Ver, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8, 2, c), i): “2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra

tortura y los tratos crueles, como formas de atentados contra la integridad corporal²³ y iii) la violación sexual contra las mujeres y otras formas de violencia sexual que se hubieran cometido contra ellas²⁴. Adicionalmente, de acuerdo con la descripción de los hechos establecidos por la CrIDH, serían crímenes de guerra siguiendo el artículo 8 del Estatuto de Roma: i) el acto mismo de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal²⁵ y ii) la provocación de desplazamientos forzados masivos.²⁶

Resulta entonces de lo expuesto, que los hechos de la masacre también configuran un crimen de guerra, además de constituir un crimen de lesa humanidad, y graves violaciones de derechos humanos.

III.4 Doble subsunción

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no fueron delitos en la legislación salvadoreña sino hasta 1998. Por lo que, para utilizar estas categorías de crímenes, el Juzgado tendría que aplicar el derecho internacional en combinación con el derecho nacional.

En la práctica, muchos de los procesos por crímenes internacionales en Latinoamérica efectivamente se han desarrollado con base en delitos comunes (homicidio, lesiones, secuestro, entre otros). Si bien no existe una norma o principio internacional que prohíba esta práctica, la misma resulta ser una opción menos que deseable, porque de ese modo se termina por desconocer la extraordinaria gravedad de estos crímenes. Más aún, tal como lo ha afirmado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, los Estados que han decidido perseguirlos y sancionarlos, aun sin tipificarlos autónomamente, los reconocen como crímenes y

causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas (...).”

²³ Ver, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8, 2, c), i): “2. (...) c) (...) i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente (...) las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura (...).”

²⁴ Ver, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8, 2, e), vi): “2. (...) e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...) vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (...).”

²⁵ Ver, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8, 2, e), i): “2. (...) e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades (...).”

²⁶ Cf. Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 70-71, 185, 187 y 193, y ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 8, 2, e), viii): “2 (...) e) (...) viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.”

han investigado, enjuiciado y sancionado penalmente a sus responsables usando los marcos normativos y tipos penales existentes en su propia legislación²⁷.

Es posible que una conducta particular definida como un crimen contra la humanidad “[...] sea caracterizada meramente como un delito [ordinario] en derecho nacional, en lugar de ser considerado un crimen contra la humanidad bajo derecho internacional. Ninguna de estas circunstancias puede servir como obstáculo para la caracterización de la conducta respectiva como un crimen de derecho internacional. La distinción entre la calificación como un crimen de derecho nacional y la calificación como un crimen de derecho internacional es significativa teniendo en mente las diferencias entre los correspondientes regímenes legales. La distinción tiene importantes implicaciones con respecto del no bis in idem [y el principio de imprescriptibilidad, entre otros] [...]”, así como en relación a las teorías sobre la responsabilidad penal individual y las formas de intervención criminal punible.²⁸

A fin de minimizar las consecuencias negativas del uso de delitos comunes, diversas cortes y tribunales latinoamericanos han recurrido a una práctica denominada por algunos académicos como “doble subsunción”. En este proceso, la conducta se adecua a un delito nacional y, paralelamente, se adecua a las normas internacionales a fin de calificarla como genocidio, crimen de lesa humanidad o de guerra, así como para dar pleno efecto al régimen jurídico específico de los crímenes internacionales, al que se refiere la Comisión de Derecho Internacional.

III. El principio de legalidad en el ámbito penal y el derecho internacional como ley previa para crímenes internacionales

La irretroactividad de la ley está ubicada en el núcleo del principio de legalidad. Sin embargo, es importante insistir que la irretroactividad debe ser entendida e interpretada en el contexto del desarrollo actual del derecho, a fin de ser correctamente aplicada en la persecución de crímenes internacionales. La jurisprudencia latinoamericana que a continuación se presenta resulta de crucial importancia para este tema. De manera notoria, las cortes de América Latina han concluido que, con respecto a la aplicación del principio de irretroactividad, es fundamental considerar el derecho internacional como parte del sistema jurídico doméstico y darle plenos efectos como ley previa. Más aún, la jurisprudencia de distintos países latinoamericanos²⁹ ha resaltado que las normas consuetudinarias son fuentes de primera importancia en derecho internacional y, como tales, constituyen un antecedente que debe ser tenido en cuenta en la persecución penal de

²⁷ Ver, United Nations. General Assembly. International Law Commission. First report on crimes against humanity. By Sean D. Murphy, Special Rapporteur. A/CN.4/680, 17 February 2015, párr. 52.

²⁸ Ver, Ximena Medellín, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Fundación para el Debido Proceso, 2009, pág. 178 y siguientes, disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939_0.pdf

²⁹ Ver, Ximena Medellín, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Fundación para el Debido Proceso, 2009, pág. 168 y siguientes, disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939_0.pdf.

crímenes internacionales, aun cuando los mismos no estuvieran tipificados en la legislación nacional al momento de la comisión del crimen.

Se puede decir que, de acuerdo con la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar penalmente las graves violaciones de derechos humanos, y, para ello: i) deben ajustar sus tipos penales a los estándares internacionales correspondientes, con el fin de evitar la impunidad, ii) deben abstenerse de recurrir a cualquier figura o medida que impida la investigación y el castigo penal de esas graves violaciones, y iii) deben proceder a la investigación y al enjuiciamiento y sanción efectivos de esas violaciones, aplicando los tipos penales respectivos.

La CrIDH ha considerado, al respecto, que, si bien existe la obligación de los Estados de tipificar de manera autónoma y conforme a las definiciones internacionales los delitos de tortura, desaparición forzada, esclavitud y servidumbre, la falta de tipificación autónoma al momento de ocurrir el hecho no puede obstaculizar la investigación y sanción penal de estos delitos. Al tratarse de graves violaciones de derechos humanos, la obligación de los Estados es la de garantizar su efectiva investigación, el enjuiciamiento de sus responsables y la aplicación de una sanción penal proporcional a la gravedad del delito³⁰.

La importancia de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por las sentencias del Tribunal de Núremberg y de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, es que señalan con claridad, mucho antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, que: i) ciertos actos o conductas son considerados por el derecho internacional crímenes internacionales, con independencia de las legislaciones internas de los Estados, ii) que esos actos o conductas son imprescriptibles, y iii) que los Estados están obligados a perseguirlos, enjuiciarlos y castigarlos penalmente.

En este sentido, son de especial importancia las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, en particular, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos, que han considerado, en varios casos, que la no aplicación de las normas de prescripción de la acción penal o la aplicación retroactiva de tipos penales, con el fin de enjuiciar y sancionar crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no serían violatorias de los respectivos tratados de derechos humanos, esto es, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹. Particularmente, de conformidad con el art 15 del Pacto Internacional de

³⁰ Al respecto, Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 136.

³¹ Al respecto, ECHR. First Section. *Case of Aslakhanova and others v. Russia*. (Applications nos. 2944/06 and 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10). Judgment. Strasbourg. 18 December 2012. Final. 29/04/2013, párr.237; ECHR. Fourth Section. *Case of Brecknell v. The United Kingdom*. (Application no. 32457/04). Judgment. Strasbourg. 27 November 2007. Final, 27/02/2008, párr.69; y Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 960/2000. Klaus Dieter Baumgarten v. Alemania, 19 de septiembre de 2003, párr. 9.4 y 9.5.

Derechos Civiles y Políticos y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podemos afirmar que la ausencia de un tipo penal en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia de conductas ya consideradas como delito por según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional

Es relevante señalar que estos organismos tuvieron en cuenta, en esos casos, además de la vulneración de derechos humanos considerados imprescriptibles por el derecho internacional, que los actos sancionados a nivel interno y de manera retroactiva se habían cometido en un momento en el que: 1) ya eran reconocidos por el derecho internacional, en concreto, por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, como crímenes de lesa humanidad y, por tanto, su regulación jurídica era previa, clara, accesible y previsible (requisitos esenciales del principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*), y, además, la imprescriptibilidad de estos crímenes había sido establecida en este Estatuto³², o 2) ya constituían crímenes internacionales conforme al derecho y costumbre de la guerra y, en consecuencia, estaban previa y claramente establecidos como crímenes de guerra, existiendo para los Estados una obligación conforme al derecho consuetudinario de la guerra de perseguirlos y sancionarlos sin violar, con ello, los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege*³³.

A este respecto, la sentencia de inconstitucionalidad 44-2013/145-2013 Ac –ya citada– señala que “la persecución penal de tales crímenes internacionales no puede implicar de ningún modo una expresión de retroactividad desfavorable, pues junto con la obligación convencional vigente de abstenerse de tales conductas, éstas fueron precedidas, además, por la descripción típica de la legislación penal correspondiente, de modo que los responsables o autores mediatos e inmediatos de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad estaban en condiciones de conocer el carácter delictivo de su comportamiento, y tenían la obligación de impedir su realización. La calificación jurídico penal, por lo tanto, debe ajustarse a la ley del tiempo de su comisión, aunque por sus características y contexto, esas conductas pertenezcan, además, a la categoría

³² Al respecto, ECHR. Fourth Section. Decision as to the admissibility. *August Kolk, Petr Kislyiy v. Estonia*. Application no. 23052/04, Application no. 24018/04. The Law, p. 9. La Corte Europea dijo lo siguiente: “el artículo 7 (2) del Convenio expresamente establece que este artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona por todo acto u omisión que, al momento de cometerse, fuera constitutivo de delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es cierto respecto a los crímenes de lesa humanidad, frente a los cuales la regla de la imprescriptibilidad fue establecida por la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg.” El caso se refiere a dos personas que en 1949 habían participado en la deportación de población civil de Estonia a la entonces Unión Soviética. En 1949, el Código Penal que regía en Estonia no consideraba delito este acto. No obstante, las autoridades judiciales de Estonia los condenaron en 2003 a varios años de cárcel aplicando el Código Penal de 1992, que incluyó, a partir de una reforma en 1994, los crímenes de lesa humanidad.

³³ Ver, ECHR. Grand Chamber. *Case of Kononov v. Latvia*. (Application no. 36376/04). Judgment. Strasbourg, 17 May 2010, párr. 208 y 213-215. El caso se refiere a crímenes de guerra, entre ellos varias ejecuciones extrajudiciales de civiles, cometidos en 1944 por el oficial Vassili Kononov en el territorio de Letonia, ocupado en esa época por Rusia. Las autoridades judiciales de Letonia lo juzgaron y condenaron en 2003 aplicando el Código Penal de 1961, reformado en 1993 para incorporar los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

internacional de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o crímenes internacionales de carácter imprescriptible”.

IV. **Las consecuencias para la responsabilidad penal individual al definir un acto como crimen internacional**

La autoría mediata es una forma autónoma de intervención criminal punible –ya reconocida en el Código Penal vigente en la época de los hechos de la masacre en comento- que conlleva la noción de que el verdadero responsable del crimen, quien tiene el verdadero control sobre el mismo, no es quien realiza la conducta material sino otra persona que actúa a través de éste.

La determinación de la responsabilidad penal individual en tribunales nacionales para crímenes internacionales constituye un desafío de gran envergadura, dado el carácter colectivo y masivo, más el elevado número de intervinientes, lo cual torna complicado determinar quién es responsable de qué hechos y en qué medida.

Con objeto de dar respuesta a esta problemática, la jurisprudencia penal internacional ha desarrollado nuevos modos de intervención criminal punible por medio de los cuales responsabilizar a los intervinientes en la comisión de crímenes de esta clase. Destacamos *la responsabilidad superior y el dominio de la voluntad en los aparatos de poder organizado*.

Estos dos tipos de teorías de responsabilidad distintos, pero estrechamente relacionados, son particularmente relevantes en situaciones donde el funcionario no participa directamente en la comisión del crimen, pero tiene una relación jerárquica con quien lo comete. En el derecho nacional comparado por lo general se ha recurrido a la teoría de la autoría mediata que guarda aspectos similares.

La Corte Penal Internacional, siguiendo estudios del profesor alemán Claus Roxin³⁴, ha sostenido que la doctrina del autor mediato se basa en el “control sobre el crimen” como criterio diferenciador entre los autores y los partícipes en un crimen. Dicho criterio “[...] corresponde a una evolución de los criterios subjetivo [basado en la intención del sujeto activo] y objetivo [basado en la realización material y directa del hecho por parte del sujeto activo], de manera que representa una síntesis de perspectivas anteriormente opuestas, y sin lugar a dudas debe su amplia aceptación a esta reconciliación entre posturas contrarias”. Con estos fundamentos, continúa la Corte, “[...] el autor del crimen no está limitado a aquéllos que físicamente llevan a cabo los elementos objetivos de la ofensa, sino que también incluye a aquéllos que, a pesar de estar

³⁴ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal (Traducción de la sexta edición alemana por Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 267 y ss.; vid. también el más reciente estado de evolución de su posición en Strafrecht. Allgemeiner Teil, t. 2. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, 25/108; e IDEM, “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft”, en: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht ZStrR 125 (2007), pp. 1 y ss.

alejados de la escena del crimen, controlan o planean su comisión porque ellos deciden cuándo y cómo se cometerá el crimen”³⁵.

1) La responsabilidad superior

La doctrina de la Responsabilidad Superior, que implica que los superiores pueden ser procesados por las ofensas cometidas por sus subordinados, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones previas, se utilizó en los juicios de Núremberg y Tokio después de la Segunda Guerra Mundial, y se fortaleció como una doctrina de Derecho Internacional por su empleo en el *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY, por sus siglas en inglés) y el *International Criminal Tribunal for Ruanda* (ICTR, por sus siglas en inglés) para casos que ocurrieron a principios de los años 90³⁶.

El ICTY aplicó la responsabilidad superior a los comandantes militares que fallaron en impedir que sus subordinados cometieran crímenes contra la humanidad, o quiénes fallaron en castigar o buscar el castigo para sus subordinados que cometieron crímenes contra la humanidad. En el caso del *Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, este tribunal clarificó los estándares mínimos suficientes para que una persona sea considerada un superior y las obligaciones mínimas de los superiores cuando declaró:

Para efectos del Artículo 7(3) una persona puede ser "un superior" con base a la influencia efectiva que dicha persona ejerza, la cual se refiere a las formas de control que le da la capacidad de intervenir para prevenir un crimen. El hecho de que el comandante tuviera *de jure* la autoridad para tomar todas las medidas necesarias para castigar a los subordinados en cuestión no implica que sea un requisito previo necesario para implicar la responsabilidad del comandante. Es suficiente con que él pudiese haber tomado algunas medidas. El hecho de que el comandante sea el único que puede tomar todas las medidas necesarias para castigar a los subordinados en

³⁵ CPI, El Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Caso No. ICC-01/04-01/07, Situación en la República Democrática del Congo, Sala de Cuestiones Preliminares, Decisión sobre la confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07-717, 30 de septiembre de 2008, párrs. 484 y 485. Este mismo criterio diferenciador entre la autoría y la participación es utilizado en distintos sistemas jurídicos nacionales y ha sido invocado por la propia Corte Penal Internacional como base de la coautoría. No obstante basarse en el mismo criterio diferenciador, estas dos formas de intervención no deben ser confundidas, a pesar de poder coexistir y no ser excluyentes en sí mismas, como lo ha resaltado la propia CPI.

³⁶ Aunque la doctrina ha sido de gran utilidad en la ICTY, la misma ha existido desde, por lo menos, la Primera Guerra Mundial. Ver *The Commission on the Responsibility of the Authors of the War and Enforcement of Penalties proposed that a tribunal be established to prosecute those who ordered or abstained from either preventing or repressing violations of the laws or customs of war to be committed* (“La Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de Guerra y la Aplicación de las Penas correspondientes” lo cual propone que un tribunal sea establecido para procesar a quienes ordenaron o se abstuvieron de, ya sea prevenir o reprimir violaciones cometidas en contra de las leyes o costumbres de guerra), reimpresso en 14 AJIL 95 (1920).

cuestión tampoco es un requisito previo necesario para incurrir en una responsabilidad del comandante³⁷.

Al declarar eso, este tribunal enfatiza que un superior es simplemente una persona que tiene la capacidad de intervenir para prevenir las acciones criminales o que podría haber tomado algunas medidas para castigar a aquellos responsables. Como consecuencia de esta interpretación, los comandantes militares en posiciones superiores pueden ser responsabilizados cuando ellos no intentan prevenir acciones criminales, fallan en intentar castigar a quienes son responsables de la acción, o fallan en buscar castigos.

2) La cadena de mando y el control eficaz del Comandante en Jefe

Además de tener la información a su disposición, la responsabilidad superior requiere que exista una cadena de mando, establecida entre el Superior y el Subordinado³⁸. Para determinar si hay una cadena de mando adecuada, es importante notar que comandantes operacionales y ejecutivos tienen obligaciones diferentes para con los civiles con respecto a sus posiciones formales. La diferencia entre comandantes operacionales y ejecutivos es que mientras los primeros son responsables de los actos de personas bajo su mando o control, los últimos son responsables de asegurarse de que dentro del territorio que ellos ocupan los derechos de ciudadanos civiles y de prisioneros de guerra sean protegidos totalmente.

3) El conocimiento de las acciones del subordinado

Además del deber de impedir los crímenes internacionales o castigarlos, una de las preocupaciones primarias en el Artículo 28 del Estatuto de Roma, así como en todo caso legal, es el requerimiento del conocimiento. La exigencia del conocimiento ha sido separada en tres categorías para abordar las diferentes situaciones en las cuales se ha encontrado que existe responsabilidad superior: (i) conocimiento real, (ii) conocimiento supuesto, (iii) y “debería haber sabido”³⁹. La ampliación de responsabilidad superior a situaciones donde tal conocimiento no existe causaría un uso injusto y demasiado amplio de la doctrina⁴⁰. Lo que la doctrina busca es imponer “sobre un superior un deber de prevenir los crímenes que él conoce o tiene razón para saber que estuvieron a punto de ser cometidos, y castigar los crímenes que él sabe o tiene alguna razón para saber que han sido cometidos por subordinados de quienes él tiene control efectivo. Un comandante militar, o un superior civil, por lo tanto, se le puede hacer responsable si falla en el cumplimiento de sus deberes como superior, por faltar deliberadamente en cumplirlos o por desatenderlos por culpabilidad o intencionalmente deshacerse de ellos”⁴¹

³⁷ *Prosecutor v. Blaskic*, 296.

³⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 28.

³⁹ *Prosecutor v. Delalic No. IT-96-21-T*, 516 (Nov. 16, 1998).

⁴⁰ Timoteo Wu & Yong-Sung Kang, *Recent Development: Criminal Liability for the Actions of Subordinates The Doctrine of Command Responsibility and Its Analogues In United States Law*, 273, Harv Int'l L.J., Vol. 38 (Invierno 1997).

⁴¹ *Prosecutor v. Bagilishema*, Caso No. ICTR-95-1A-A, Sala de Tribunal de Justicia y Apelación 35 (July 3, 2002).

El estándar que ha sido usado repetidamente por el ICTY y el ICTR es el de “debería haber sabido”. Este estándar fue definido, principalmente, en el caso *Celebici*⁴² cuando el tribunal sostuvo que “un superior será criminalmente responsable por los principios de responsabilidad superior *sólo si la información estuvo disponible para él* lo cual lo habría puesto sobre aviso de ofensas cometidas por subordinados.”⁴³

4) El dominio de voluntad en los aparatos de poder organizados

La doctrina penal alemana de la década de 1970 vio el surgimiento de una nueva modalidad o variante de la autoría mediata, cuando el jurista Claus Roxin propuso la teoría del autor mediato por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. A diferencia de la aproximación clásica de la autoría mediata, la teoría de Roxin no requiere que el autor inmediato del crimen esté exento de responsabilidad, sino que se reconoce al “perpetrador-detrás-del-perpetrador” con base en el dominio que éste último tenga del crimen, con motivo de su posición de autoridad en una organización altamente jerarquizada y estructurada.

Esta doctrina ha sido prioritariamente desarrollada y aplicada en cortes europeas, especialmente por los tribunales alemanes, y más recientemente por cortes latinoamericanas. Sin embargo, y a pesar de su creciente importancia en las jurisdicciones de sistemas neo-románicos, la misma fue poco explorada, por no decir completamente excluida, por los tribunales penales internacionales ad hoc, que se centraron en la responsabilidad con base en la teoría de la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior jerárquico.

Cabe notar que no obstante el poco uso inicial de esta doctrina por parte de la jurisprudencia internacional, la autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados ha sido claramente adoptada por la CPI en recientes decisiones⁴⁴ marcando, así, una nueva etapa en el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina internacionales sobre las formas de intervención criminal. Sin entrar al análisis detallado que estas decisiones ameritan, para efectos de este estudio es importante hacer notar algunos puntos particulares.

En primer lugar, la CPI ha enfatizado que la autoría mediata no es excluyente de todas las otras formas de intervención criminal, en particular de la coautoría; en otras palabras, siguiendo las decisiones de esta misma Corte, dos o más personas pueden ser responsables por una co-autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder.

Por otro lado, resultan de interés las referencias que la propia CPI ha realizado sobre la jurisprudencia latinoamericana, junto con la alemana y de otros países europeos, en las decisiones

⁴² Ver, *Prosecutor v. Mucic*, Caso No. IT-96-21-T, Sala del Tribunal de Justicia (November 16, 1998).

⁴³ *Prosecutor v. Blaskic*, 62.

⁴⁴ Ver, Ximena Medellín, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Fundación para el Debido Proceso, 2009, págs. 85 y 86, disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939_0.pdf

antes referidas. Esto es un ejemplo concreto de la influencia recíproca que las jurisprudencias nacional e internacional pueden y deben tener en el desarrollo y avance de la labor judicial⁴⁵.

El concepto de dominio de voluntad por aparatos de poder organizados ha sido codificado en el Artículo 25 del Estatuto de Roma y estaba, ya firmemente establecido, en el derecho consuetudinario (*jus cogens*) al momento en que ocurrieron los hechos de la *Masacre de El Mozote y lugares aledaños*. Su empleo es esencial para hacer responsables a altos funcionarios por acontecimientos previsibles que ocurren al realizarse normas intrínsecamente criminales como los comprendidos en el caso objeto de este *Amicus Curiae*.

3. CONCLUSIÓN

Los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños* constituyen graves violaciones de derechos humanos, y, a su vez, reúnen elementos de crímenes de guerra constitutivos de graves infracciones del DIH y crímenes de lesa humanidad. Las dos calificaciones imponen al Estado salvadoreño el deber de investigar, enjuiciar y sancionar penalmente a los responsables, sin que le sea permitido a sus autoridades judiciales alegar figuras como la imprescriptibilidad o la irretroactividad de la ley penal.

En su calidad de crímenes de guerra constitutivos de graves infracciones del DIH y crímenes de lesa humanidad, el deber de investigarlos, enjuiciarlos y sancionarlos penalmente, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, tiene fundamento en varios tratados y principios internacionales y, también, en la prohibición imperativa o de *ius cogens* de esos crímenes, así como en el mandato de la Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013 Ac. En esa medida, en su calidad de crímenes internacionales, el deber de las autoridades de justicia de El Salvador de enjuiciarlos y castigarlos es irrenunciable.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia, en la resolución de 30 de septiembre de 2016, enunció los delitos por los cuales se acusa a los militares que habrían participado en la comisión de los hechos de la *Masacre El Mozote y lugares aledaños*.⁴⁶ Por los argumentos aquí expuestos, consideramos que este juzgador debería, respetando los tipos penales definidos en el Código

⁴⁵ Ve, como ejemplos de estructuras o aparatos de poder organizados: Perú, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori) Ximena Medellín, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Fundación para el Debido Proceso, 2009, pág. 90, disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939_0.pdf; Argentina, Caso Victorio Derganz y Carlos José Fateche, Volumen II, 2013, pág. 45, disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/digesto_jurispru_latinoamericana_crmenes_de_derecho_internacio_nal_ii_volumen_final.pdf

⁴⁶ La Resolución menciona, al respecto: “Los delitos por los cuales se acusa a los militares antes relacionados, son los siguientes: Asesinato, Arts. 153 y 154; Violación Agravada, Art. 195; Privación de Libertad Agravada, Art. 218; Violación de Morada, Art. 228; Robo, Art. 241; Daños Agravados, Art. 254; Estragos Especialmente Sancionados, Art. 284; Actos de Terrorismo, Art. 400; y, Actos Preparatorios del Terrorismo, Art. 402; todos estos delitos previstos y sancionados en el Código Penal derogado de mil novecientos setenta y tres.”

Penal de 1973, añadir expresamente la calificación como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, es decir, una doble calificación o doble subsunción. Para ello, el Juzgado puede adoptar las definiciones del Estatuto de Roma en sus artículos 7 y 8, y la identificación de actos que configuran, con base en esas definiciones, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y puede, igualmente, tener en cuenta los elementos de los mismos.

Además, al aplicar a los probables responsables la normativa interna más ajustada a los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴⁷, el Juzgado debería considerar también que la aplicación de esas normas debe hacerse siempre conforme al principio de imprescriptibilidad de los delitos que sean calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

De igual manera, consideramos que, con base en la obligación internacional de investigar crímenes internacionales, corresponde al juez de la causa, analizar con base en la evidencia dentro del proceso, el derecho interno e internacional y a la luz de las teorías de responsabilidad superior y empresa criminal conjunta, si procede la detención de los autores o responsables de los hechos objeto del presente proceso.

4. PETITORIO

Por lo antes expuesto, a usted respetuosamente le PEDIMOS:

1. Que se admita nuestra participación en la Causa Penal 238/90, en calidad de *Amicus Curiae*.
2. Que se considere nuestro razonamiento y argumentación durante la tramitación de la Causa Penal mencionada, pero sobre todo en la fundamentación de su correspondiente sentencia definitiva.
3. Que se notifiquen y comuniquen las providencias judiciales respectivas en las respectivas oficinas del Instituto de Derechos Humanos de la UCA (IDHUCA).

San Salvador, a los cinco días del mes de junio de dos mil diecisiete.

⁴⁷ La Resolución señala, al respecto: “Es claro a la luz de las disposiciones citadas, que si los hechos acusados fueron cometidos los días 10, 11, 12, 13 y 14 de diciembre de 1981, la Ley Penal que debe aplicarse es la que se encontraba vigente en esa época, o sea, el Código Penal derogado de 1973.”

