



Exp. SS-0693-2000

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS:
San Salvador, a las nueve horas del día veintidós de diciembre de dos mil quince.

I. HECHOS

El 8 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia en pleno resolvió 13 suplicatorios de extradición, promovidos por el Gobierno del Reino de España, mediante requerimiento del Juez Central de Instrucción No. 6 de Madrid, Eloy Velasco Núñez, reclamando a Juan Rafael Bustillo Toledo, Carlos Mauricio Guzmán Aguilar, Francisco Elena Fuentes, Joaquín Arnoldo Cerna Flores, Rafael Humberto Larios López, Juan Orlando Zepeda Herrera, Oscar Alberto León Linares, Guillermo Alfredo Benavides Moreno, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Tomás Zarpate Castillo, Oscar Mariano Amaya Grimaldi, y Antonio Ramiro Avalos Vargas, identificados respectivamente con los número 1-S-2012 al 13-S-2012, a quienes se les atribuye los delitos de Asesinato, Terrorismo y Crímenes de Lesa Humanidad o contra el Derecho de Gentes,¹ conforme a la legislación

¹ En el texto de las resoluciones citadas se habla de los delitos de "Asesinato, Terrorismo y Crímenes de Lesa Humanidad o contra el Derecho de Gentes"; sin embargo, el auto de procesamiento en el que se decreta la prisión provisional, busca y captura nacional e internacional, esta última con fines de extradición, emitido por el Juez Central de Instrucción No 6 (Audiencia Nacional, Madrid), se refiere, en su parte dispositiva, a "ocho delitos de asesinato terrorista y un delito de crimen de lesa humanidad o contra el Derecho de gente"; en los fundamentos de derecho se acredita que los delitos de asesinato terrorista se describen en los artículos 406 y 174 bis del Código Penal español vigente para el 16 de noviembre de 1989; y el delito de crimen de lesa humanidad o contra el Derecho de Gentes, descrito en el artículo 137 bis del mismo cuerpo normativo. Los delitos están formulados así.

Artículo 174 bis reza así:

Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razones del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.

El artículo 406 reza así:

Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1º Con alevosía.*
- 2º Por precio, recompensa o promesa.*
- 3º Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.*
- 4º Con premeditación conocida.*

penal del Reino de España, en perjuicio del derecho a la vida de los sacerdotes jesuitas españoles Ignacio Ellacuría Beascoechea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amando López Quintana, Juan Ramón Moreno Pardo; y los salvadoreños Joaquín López y López, sacerdote jesuita, Julia Elba Ramos y Celina Mariceth Ramos.

En la resolución proveída se denegaron las solicitudes de extradición argumentando que:²

...el legislador en el año dos mil, provocó una ruptura en la tradición constitucional de prohibir de manera absoluta la extradición de nacionales, que venía sosteniéndose desde mil ochocientos ochenta y tres.

Sin embargo, dicha reforma no implica que la extradición de nacionales deba concederse de manera automática, sino que la sujeta al cumplimiento de determinados requisitos, que en cada caso es objeto del correspondiente análisis por la autoridad competente.

[...]

Expuesto lo anterior y del examen de la petición de extradición ... promovida por el Juez Central de Instrucción No. 6, Madrid, la cual se enmarca en hechos ocurridos en el mes de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, esta Corte hace las consideraciones siguientes:

En principio, podría decirse, que la referida solicitud de extradición puede ser examinada conforme al actual Art. 28 de la Constitución, por cuanto los órganos competentes para conocer del trámite de la misma, en este caso la Corte Suprema de Justicia, deben basar sus resoluciones en el ordenamiento jurídico vigente, pues aunque se trate de una norma constitucional que ha sido objeto de reforma, sus efectos en el tiempo han de sujetarse a los principios que la misma Constitución regula, los cuales determinan que su aplicación debe ser de manera inmediata desde su vigencia y desplegar sus efectos hacia futuro, salvo las excepciones establecidas.

5° Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor a muerte.

El artículo 137 bis reza así:

Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1° Con la pena de reclusión mayor a muerte, si causaren la muerte de alguno de sus miembros.

2° Con la de reclusión mayor, si causaren castración, esterilización, mutilación o bien alguna lesión grave.

3° Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro.

La pena de muerte fue abolida al entrar en vigencia la Constitución española el 29 de diciembre de 1978.

² Corte Suprema de Justicia, Resoluciones de suplicatorios de extradición 1-S-2012, 2-S-2012, 3-S-2012, 4-S-2012, 5-S-2012, 6-S-2012, 7-S-2012, 8-S-2012, 9-S-2012, 10-S-2012, 11-S-2012, 12-S-2012, 13-S-2012, 8 de mayo de 2012, Consideraciones jurídicas sin número. Se debe advertir un error histórico cometido por la Corte Suprema de Justicia, pues el antecedente constitucional de prohibición de la extradición de nacionales se originó en el artículo 101 de la Constitución de 1871.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta el principio de preexistencia de la norma aplicable consagrado en el Art. 15 de la Constitución, el cual establece que: 'Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley'

Del contenido de esta disposición se extrae, la exigencia de una norma cuyo proceso de aprobación, promulgación y vigencia, haya sido llevado a cabo antes del hecho, debiendo considerarse que la expresión 'conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate', comprende tanto, las normas sustantivas como las procesales, en vista de que ambas interactúan en el control del ejercicio del poder del Estado. Por lo que se aclara, que en caso de reforma o de nuevas leyes, éstas deben ser anteriores al hecho histórico o material si se trata de normas sustantivas. Mientras que, si son procesales, deben ser anteriores al acto o hecho procesal correspondiente.

En tal sentido, esta Corte estima que el contenido normativo del Art. 28 de la Constitución reformado, es de carácter sustantivo, pues así fue considerado por la voluntad subjetiva del constituyente de mil novecientos ochenta y tres, al afirmar sobre la extradición de nacionales: '...que la permanencia en el país, y el sometimiento de los salvadoreños a la jurisdicción de El Salvador, es un derecho esencialísimo de los salvadoreños, especialmente por circunstancias de nuestra vida histórica y que debe estar plasmado como un derecho de los salvadoreños, que no puede quitársele a nadie por ninguna razón o medio: ni por tratados ni por leyes...por tanto debe permanecer como parte de los derechos individuales porque es un dogma constitucional' (Versiones Taquigráficas que contienen discusión y aprobación del proyecto de la Constitución de la República de 1983, Tomo 3).

El criterio de ubicar la extradición en el apartado correspondiente a los derechos individuales, se ha mantenido desde la Constitución de mil ochocientos ochenta y tres, y pese a su reforma en el año dos mil, dicho precepto continúa situado sistemáticamente en el Título II, Capítulo I, Sección Primera, relativo a los derechos individuales.

Lo anterior permite afirmar, que el Art. 28 de la Constitución reformado, que autoriza la extradición de nacionales bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, debe ser aplicado únicamente a hechos materiales ocurridos posteriormente a su entrada en vigencia.

Otro principio que es necesario tener en cuenta, es el de irretroactividad de las normas, previsto en el Art. 21 inc. 1 de la Constitución, el cual preceptúa por un lado, la regla general de que las normas no pueden tener efecto retroactivo, es decir, no pueden regir sobre hechos previos a su vigencia. Y por otro, establece excepciones bajo cuyos supuestos es jurídicamente posible aplicar las normas con efecto retroactivo, de las cuales, únicamente se hará alusión a la que se refiere a la materia penal por su estrecha relación con el tema de la extradición.

Con relación a ello, puede afirmarse que la extradición que se regula en el actual Art. 28 de la Constitución, constituye un instrumento de cooperación internacional y su carácter es –como ya se expresó– sustantivo; sin embargo, para que dicha norma pueda ser aplicada retroactivamente, es preciso que, en cada caso particular, se determine si su contenido es o no favorable a la condición jurídica de la persona reclamada en extradición.

Expuesto lo anterior, corresponde ahora establecer, cuál contenido normativo debe aplicarse al presente caso, si el actual Art. 28 de la Constitución o el previo a la reforma, teniendo en cuenta que los hechos atribuidos ... se suscitaron el dieciséis de noviembre de

mil novecientos ochenta y nueve.

Retornando al análisis del Art. 15 de la Constitución, se advierte que, una de las consecuencias del mismo —como ya se señaló— es que las normas deben ser preexistentes al hecho, lo que significa que el tiempo o momento en que los hechos tuvieron lugar es determinante para la aplicación de la norma a ese caso.

En ese orden, puede afirmarse que el actual Art. 28 no es posible aplicarlo para resolver la solicitud de extradición ... en virtud que el contenido de dicha disposición no es preexistente al hecho, pues la reforma fue en julio del año dos mil y los eventos tuvieron lugar en noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Por otra parte, al efectuarse el estudio de favorabilidad correspondiente al actual Art. 28 de la Constitución, se advierte que éste es desfavorable, en tanto que podría admitir la extradición de un nacional, si se cumplieran los requisitos contenidos en la referida disposición constitucional. A diferencia del Art. 28 previo a la reforma, que prohibía de manera absoluta y terminante la extradición de nacionales.

De lo dicho se deduce entonces, que el actual Art. 28 de la Constitución, no puede tener efecto retroactivo por ser desfavorable ... en consecuencia no es posible aplicar dicho texto constitucional para resolver la petición de extradición presentada.

[...]

Queda ahora por determinar, si procede o no aplicar el derogado Art. 28 de la Constitución, de cuyo análisis se desprende que: a) Teniendo en cuenta que los hechos tuvieron lugar el dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, y que dicho precepto constitucional, estuvo vigente desde mil novecientos ochenta y tres hasta julio de dos mil, es factible decir, que la citada disposición constitucional es preexistente a los hechos que han motivado la solicitud de extradición ... b) La citada norma, establecía en su inciso segundo que: '... la extradición no podrá estipularse respecto de nacionales en ningún caso...'; disposición que permite afirmar, con base en el Art. 21 de la Constitución, que su contenido es más favorable al reclamado que el del actual Art. 28 por cuanto prohibía de manera terminante y absoluta la extradición de salvadoreños.

Con base en lo antes expuesto, este Tribunal concluye, que el derogado Art. 28 de la Constitución, ultractivamente es la norma aplicable para resolver la solicitud de extradición...

Y luego de acreditar la nacionalidad salvadoreña de los encausados, la Corte Plena denegó las extradiciones.³

³ Fueron votantes de la denegatoria de extradición los Magistrados y las Magistradas siguientes: José Néstor Castaneda Soto, Celina Escolán Suay, María Luz Regalado, Mario Francisco Valdivieso Castaneda, Rosa María Fortín Huevo, Ulises del Dios Guzmán, Miguel Ángel Cardoza Ayala, Elsy Dueñas de Avilés, y Evelyn Roxana Núñez (fallecida en julio 2014).

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Esta Procuraduría discrepa radicalmente con la decisión adoptada en su día por la Corte Suprema de Justicia, por haber contribuido a perpetuar la impunidad del asesinato de los sacerdotes jesuitas y de sus colaboradoras, pues se sustenta sobre razonamientos jurídicos incompletos y erróneos, que sobre todo significan un profundo desconocimiento sobre el derecho de los derechos humanos y el derecho humanitario, su aplicación, y sus interacciones con una manera tradicional de interpretar el ordenamiento jurídico que desdice de los valores subyacentes de la conciencia jurídica universal.

Esta Procuraduría procede a exponer sus razonamientos y fundamentos.

A) Aclaraciones conceptuales: el asesinato como expresión de un crimen de lesa humanidad y de un crimen de guerra.

Esta Procuraduría debe enfatizar que las diferentes ramas del enciclopedismo jurídico (derecho constitucional, derechos humanos, derecho penal, derecho internacional, etc.) tienen sentido para comprender jurídicamente los fenómenos que acontecen en la realidad como resultado de la actividad humana, generar conclusiones sobre ellos y prescribir consecuencias jurídicas sobre los mismos. Y en la amplitud de tal actividad es importante que la labor de las personas juristas no confunda la finalidad de la justicia, para la cual las técnicas jurídicas son una herramienta, con la herramienta en sí.

Por tal razón, es importante advertir que existen al menos tres nociones que en el lenguaje no técnico se utilizan de una manera indistinta, quizás como sinónimos, pero que implican connotaciones objetivas diferentes, así como repercusiones en materia de responsabilidad individual que también pueden distinguirse. Se trata de las nociones de *ejecución sumaria*, *ejecución extrajudicial o extralegal*, y *ejecución arbitraria*. Estas tres modalidades de delincuencia convergen en la violación del derecho a la vida. Sin embargo, hay circunstancias muy diferentes que las caracterizan, que tienen relevancia en materia penal y que también tendrán relevancia en el caso concreto. Estas son categorías propias del argot jurídico en el mundo de los derechos humanos y que tienen su correspondiente equivalencia en el argot jurídico del derecho penal.

Se entiende por una *ejecución sumaria* aquella que se produce en los Estados que aún poseen la pena de muerte como una sanción válida –como sucede en El Salvador en el ámbito de la jurisdicción militar– y que la misma es impuesta por medio de procesos que no han sido conducidos o sustanciados de conformidad con los más estrictos y elevados estándares del debido proceso. Generalmente, la expresión que aludía al calificativo de *sumariedad* daba cuenta que se trataba de procesos simulados, y por ello mismo breves y expeditos, que no permitían en la realidad el despliegue de todas las potestades defensivas. De esta manera, la ejecución se realizaba con una apariencia de legalidad, ya que estaba autorizada judicialmente. Debido a la conciencia pública internacional sobre la inviabilidad e ineficacia de esta como expresión absoluta del poder penal, a la influencia de estudios que demuestran la existencia de sesgos en la aplicación de la misma, a la globalidad de los

movimientos abolicionistas respecto de la pena de muerte y a las permanentes moratorias impulsadas en esta materia, el uso de la pena de muerte –si bien no es excepcional en el mundo– tiene un carácter residual, y esto ha permitido que el concepto de *ejecución sumaria* tenga menos frecuencia en la actualidad que la que podía tener en el discurso y el análisis propio de décadas anteriores.

En una *ejecución extrajudicial o extralegal* la privación al derecho a la vida acontece aplicada por agentes estatales, pero sin dar cumplimiento a alguna sentencia judicial. De tal manera que no es una sanción formalmente impuesta, sino que la actuación de los agentes estatales responde a otro tipo de órdenes provenientes de estructuras de mando. Son muertes provocadas intencionalmente, o son muertes que si bien no han sido planificadas una a una, sus perpetradores las implementan en un determinado contexto en el que se sabe que las mismas serán toleradas, encubiertas o gozarán de la aquiescencia estatal. La expresión extrajudicial o extralegal precisamente quiere remarcar la característica que se trata de muertes intencionadas pero que no están amparadas en ninguna orden judicial o ley válida. Se reconoce además que hay actores no estatales que realizan este tipo de ejecuciones que carecen de soporte o basamento legal, e incluso simulando tribunales que carecen de legitimidad, validez y jurisdicción, pero que imponen “ley y orden” –situaciones que llevaron al Philip Alston, Relator de Naciones Unidas sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, a llamar, en su día,⁴ como *justicia penal de mercado negro*– a las que también se les denomina como ejecuciones extrajudiciales o extralegales. No se debe perder de vista que en este tipo de ejecuciones es primordial la intencionalidad dirigida de manera directa a proceder deliberadamente en contra de la vida de una persona (dolo directo o dolo de consecuencias necesarias), por lo que, vistas las cosas desde la perspectiva del derecho penal, este tipo de ejecuciones pueden quedar cubiertas, a manera de ejemplo, bajo figuras típicas tales como asesinatos, homicidios agravados o calificados, etc.

Finalmente, la *ejecución arbitraria* es una muerte provocada por actores estatales o no estatales, como resultado de acciones no dirigidas –en términos de dolo– a provocar la muerte. De manera que bajo este concepto se pueden englobar las muertes que son resultados de uso no proporcionado de la fuerza letal o fuerza no letal, mala praxis médica y otras formas similares que derecho penal abarcan figuras homicidas en las que la voluntad se ha motivado con un dolo eventual o hasta una culpa sin representación.

Esta Procuraduría advierte que la presente resolución refiere a ejecuciones extrajudiciales o extralegales, *i.e.*, asesinatos que suceden en un determinado contexto o escenario histórico, con lo cual no se trata de un aislado acto voluntario de matar, sino que se trata de auténticos crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra. Tal perspectiva, a juicio de esta Procuraduría, es de la más absoluta relevancia no sólo para comprender el fenómeno en su plenitud jurídica, sino y principalmente, para explicitar el alcance de las obligaciones que

⁴ Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, A/HRC/14/24, May 20, 2010, p. 16 ¶¶ 66-67.



posee el Estado de El Salvador, por medio de las diferentes autoridades públicas involucradas en el trámite de una extradición, y muy especialmente la Corte Suprema de Justicia, actuando como Corte Plena, por corresponderle la atribución constitucional de resolver las solicitudes de extradición tanto activas como pasivas que le plantean, en su orden, los tribunales salvadoreños o los tribunales extranjeros.

Para sostener la conclusión anterior se debe reconocer que los crímenes de lesa humanidad, así como los crímenes de guerra, si bien ahora se encuentran debidamente detallados en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional, no son una creación de los últimos desarrollos del llamado derecho penal internacional, y por el contrario, su origen y consolidación ha sido uno de los signos más distintivos del siglo anterior, al menos. En realidad, se trata de un proceso evolutivo cuyos orígenes más inmediatos pueden remontarse incluso a los inicios del siglo pasado, cuando en 1907 se realizó la Conferencia de la Paz de la Haya, siendo uno de sus mejores resultados la adopción del Convenio de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

En el preámbulo o encuadre teleológico de dicho Convenio se lee: “[m]ientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.” Esta frase, referida en los foros jurídicos y académicos como *cláusula Martens*, reconoció la existencia de “leyes de la humanidad” que tenían por resultado la protección de la población civil, entre otras.

El Salvador participó en dicha Conferencia. Suscribió el Convenio aludido el 18 de octubre de 1907, ratificándolo el 27 de noviembre de 1909. Desde entonces y de manera ininterrumpida, El Salvador ha mantenido su convicción sobre la necesidad de la protección de la población civil en casos de conflictos, como resultado de un sentido jurídico y ético de índole universal.

Si bien este Convenio tenía en mente y refería situaciones de guerra o conflictos armados internacionales, la necesidad de extender la cláusula Martens hacia lo interno de los Estados no demoró muchos años luego de su vigencia. Precisamente la necesidad se tornó imperiosa tras reconocer que durante la Primera Guerra Mundial se realizaron numerosas atrocidades desde los Estados hacia sus propias poblaciones, lo cual sumaba a las tradicionales afecciones sufridas por la población civil como resultado de las hostilidades realizadas por los Estados extranjeros. En las glosas históricas ha destacado, por mucho, el llamado *holocausto armenio* realizado por el Imperio Otomano sobre su población de tal origen, que llevó a Francia, Gran Bretaña y Rusia a emitir una declaración internacional el 24 de mayo de 1915 en la que calificaron tales matanzas como *crímenes contra la humanidad*. Tal circunstancia llevó a que en la Conferencia de Paz de París de 1919 en la que se negoció el

Tratado de Versalles (así como los tratados de Saint-Germain-en-Laye, de Neuilly, de Trianon y de Sèvres) se propusiera la incorporación de mecanismos de justicia tanto para quienes hubieran violentado las leyes de la guerra como las *leyes de la humanidad*, aunque finalmente estas últimas no fueron incorporadas. Sin embargo, sí se incluyeron dentro de dicho Tratado –y más exactamente en el artículo 208– disposiciones para juzgar a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de guerra, que no eran otras que las detalladas en el Reglamento que los Estados habían negociado y acordado como anexo de la Convención de la Haya de 1907.

La Segunda Guerra Mundial generó el impulso histórico que faltaba para dar carta de ciudadanía a los crímenes contra la humanidad. No se debe perder de vista que en esta embestida militar se realizaban guerras anexionistas, de manera que la población civil, así como el territorio y los recursos naturales de los Estados invadidos o anexados pasaban bajo la administración y control del Estado invasor. Por tal razón, muchas de las atrocidades conocidas se realizaron, técnicamente, sobre población civil bajo administración y control de Alemania Nazi, principalmente. No fue sino hasta la conformación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (o Carta de Londres), al final de la Segunda Guerra Mundial, donde se retomó una definición sobre crímenes de guerra y se adoptó una definición bastante más operativa de los llamados crímenes contra la humanidad.

Justamente el artículo 6.b, definía las *violaciones de las leyes o usos de guerra* incluyendo “*el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.*”

Por otra parte, el artículo 6.c definía que los *crímenes contra la humanidad* eran “[e]l asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil *antes de la guerra o durante la misma*, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.” La intención al resaltar la expresión “antes de la guerra o durante la misma” es sin duda una de las referencias más importantes para el desarrollo de los crímenes contra la humanidad, y su distinción respecto de los crímenes de guerra, pues si bien por antonomasia estos últimos sólo pueden suceder en una situación de guerra, los crímenes contra la humanidad –se constató– podían existir dentro de tal contexto o fuera de él, de manera que la guerra dejó de ser uno de sus elementos contextuales definitorios de tales crímenes.



Esta autonomía que se plasmaba en la Carta de Londres daba paso entonces a un escenario jurídico de la más alta trascendencia, permitiendo que las acciones de una persona pudieran analizarse o comprenderse como constitutivas, simultáneamente, de ambos tipos de criminalidad. No debe llamar a error ni a sorpresa la constatación de que el Tribunal Militar Internacional resolviera precisamente en varias situaciones así. En sus palabras:⁵

El Tribunal por tanto no puede formular una declaración general de que los actos anteriores a 1939 fueron crímenes contra la humanidad dentro de los términos de la Carta, pero desde el inicio de la guerra en 1939 se cometieron crímenes de guerra en una amplia escala, los que también fueron crímenes contra la humanidad.

Finalizada la actuación del Tribunal Militar Internacional, y luego de establecida la Organización de las Naciones Unidas, su Asamblea General reconoció y reafirmó las actuaciones realizadas en el marco de la Carta de Londres, y solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que formulara principios de derecho internacional y preparara un proyecto de código sobre la materia. En cumplimiento de este encargo la Comisión de Derecho Internacional emitió en 1950 el documento titulado *Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg* (A/1316(1950)).

El Principio VI.b definió los crímenes de guerra siendo ellas: *“Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.”*

Complementariamente el Principio VI.c introdujo la definición de delitos contra la humanidad, siendo ellos: *“El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.”*

⁵ International Military Tribunal at Nuremberg, *The Trial of German Major War Criminals*, judgment of 1 October 1946, p. 468. Textualmente: *“The Tribunal therefore cannot make a general declaration that the acts before 1939 were Crimes against Humanity within the meaning of the Charter, but from the beginning of the war in 1939 War Crimes were committed on a vast scale, which were also Crimes against Humanity”*.

En sus explicaciones, la Comisión de Derecho Internacional aclaró que **no se requería un estado de guerra internacional para que existiera un crimen contra la humanidad**.⁶ Se debe tener presente que el propio Tribunal Internacional de Nuremberg estableció que los entonces llamados crímenes contra la humanidad eran el resultado de una política de terror, en muchos casos, organizados sistemáticamente, no necesariamente vinculados a la guerra.⁷

De manera similar, cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia (conocido como Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia), y aprobó su Estatuto, definiendo también los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra dando paso a una amplia jurisprudencia sobre la materia que permitió ratificar la autonomía de cada uno de estos dos tipos de actividad criminal internacional.⁸ Así, dicho Tribunal tuvo la oportunidad de interpretar que las acciones de un crimen de lesa humanidad deben ser **o bien masivas o bien sistemáticas**.⁹ Pero tal masividad o sistematicidad también puede ser contextual, de manera que entonces **un acto aislado desarrollado en el marco de ese contexto, se convierte así en un crimen de lesa humanidad**.¹⁰ Y con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, se afirmó que en todo caso, lo anterior no podía significar que el crimen de lesa humanidad exigiera un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o no.¹¹

Igual que lo sucedido en los juicios de Nuremberg, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no dudó en establecer que la misma conducta puede dar lugar a

⁶ Report of the International Law Commission on its Second Session, Supplement No 12 (A/1316(1950), Vol. II, ¶ 123, p. 377.

⁷ International Military Tribunal at Nuremberg, *The Trial of German Major War Criminals*, judgment of 1 October 1946, p. 468. Textualmente, y para mayor comprensión de los alcances, el Tribunal señaló: "With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organized and systematic." Traducción libre: "Con relación a los crímenes contra la humanidad, no hay duda sobre que los oponentes políticos fueron asesinados en Alemania antes de la guerra, y que muchos de ellos fueron retenidos en campos de concentración en circunstancias de gran horror y crueldad. La política de terror fue indudablemente implementada en una amplia escala, y en muchos casos fue organizada y sistemática".

⁸ Sin embargo, por razones eminentemente contextuales, la existencia de un conflicto armado se consideró como un elemento determinante de la configuración de los crímenes de lesa humanidad. A pesar de ello el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que tal definición, establecida por el Consejo de Seguridad era una estrechez respecto al concepto que consuetudinariamente se había formulado sobre los crímenes contra la humanidad. Vide. International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), October 2, 1995, ¶ 141.

⁹ International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić*, No IT-94-1-T, Opinion and judgment of the Trial Chamber, May 7, 1997, ¶ 646.

¹⁰ *Id.* ¶ 649.

¹¹ International Criminal Tribunal for Rwanda, *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hasan Ngeze v. Prosecutor*, No ICTR-99-52-A, Judgment of the Appeals Chamber, November 28, 2007, ¶ 916-917.



responsabilidad simultanea por crímenes de guerra y de lesa humanidad,¹² agregando que tal circunstancia siempre es posible a condición que las leyes respectivas exijan prueba de circunstancias materiales que sean diferenciadoras.¹³ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda también expresó idénticas ideas en muchos casos.¹⁴ Notoriamente, pues, en esos dominios del derecho penal tiene cabida la figura de la tradición latina romana del concurso ideal de delito (*concurso idéal d'infractions*, *Idealkonkurrenz*)

Finalmente, en el ámbito del Estatuto de la Corte Penal Internacional se define, en su artículo 7.1, que un crimen de lesa humanidad es cualquiera de ciertos actos delictivos – incluyendo el asesinato – cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Adicionalmente, en el artículo 8.2 se definen los crímenes de guerra como infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, o de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales; asimismo, y tratándose de un conflicto armado interno, como “las violaciones graves al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, así como las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados que no son de índole internacional”.

Se puede apreciar que en tales definiciones hay puntos que no son comunes y que cumplen un rol diferenciador, entre ellos la existencia de un conflicto armado interno como contexto histórico indispensable para configurar crímenes de guerra, frente al ataque generalizado o sistemático contra una población civil como contexto histórico indispensable para configurar crímenes de lesa humanidad, de manera que el concurso ideal de ambos

¹² Vide, nota 5.

¹³ International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, No IT-95-14/2-A, Judgment of the Appeals Chamber, December 17, 2004, ¶ 1036. Textualmente señala: “... the Appeals Chamber has recognized that convictions for the same conduct under Article 3 (laws and customs of war) and Article 5 (crimes against humanity) of the Statute are permissible. Following the Čelebići test, the Appeals Chamber has consistently held that crimes against humanity constitute crimes distinct from violations of the laws or customs of war in that each contains an element not present in the other: Article 3 requires a close link between the acts of the accused and the armed conflict; this element is not required by Article 5. On the other hand, Article 5 requires proof that the act occurred as part of a widespread or systematic attack against a civilian population; that element is not required by Article 3. Thus each Article has an element requiring proof of a fact not required by the other. As a result, cumulative convictions under both Articles 3 and 5 are permissible”. En idéntico sentido ver: International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vucović (Foča Case)*, No IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgment of the Appeals Chamber, December 12, 2002, ¶ 175-178; International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al. (Lašva Valley Case)*, No IT-95-16-A, Judgment of the Appeals Chamber, October 23, 2001, ¶ 387; International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Goran Jelić (Brčko)*, No IT-95-10-A, Judgment of the Appeals Chamber, July 5, 2001, ¶ 82; International Criminal Tribunal for the ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (Čelebići camp)*, No IT-96-21-A, Judgment of the Appeals Chamber, February 20, 2001, ¶ 412.

¹⁴ International Criminal Tribunal for Rwanda, *Laurent Semanza v. Prosecutor*, No ICTR-97-20-A, Judgment of the Appeal Chamber, May 20, 2005, ¶ 368; International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, No ICTR-95-54A-T, Judgment of the Trial Chamber II, January 22, 2004, ¶ 583; International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, No ICTR-98-44A-T, Judgment of the Trial Chamber II, December 1, 2003, ¶ 745-753; International Criminal Tribunal for Rwanda, *George Anderson Nderubumwe Rutaganda v. Prosecutor*, No ICTR-96-3-A, Judgment of the Appeal Chamber, May 26, 2003, ¶ 583; International Criminal Tribunal for Rwanda, *Alfred Musema v. Prosecutor*, No ICTR-96-13-A, Judgment of the Appeal Chamber, November 16, 2001, ¶ 358-369; International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, No ICTR-96-4-T, Judgment of the Trial Chamber I, September 2, 1998, ¶ 468.

crímenes es posible incluso en el ámbito jurisdiccional de la Corte Penal Internacional, como lo ha sido en el ámbito jurisdiccional de los tribunales internacionales *ad hoc* que han existido. Cabe señalar, a manera de reafirmación, que la Corte Penal Internacional ha confirmado esta opción.¹⁵

Del recuento histórico y jurídico que antecede esta Procuraduría formula las siguientes conclusiones:

1. Las ejecuciones extrajudiciales o extralegales, tal y como son denominadas en el ámbito de los derechos humanos, corresponden a las figuras penales del asesinato u otras similares demostrativas de una intencionalidad homicida directa.
2. Cuando tales acciones son realizadas como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, las mismas constituyen asesinato u homicidio como crimen de lesa humanidad.
3. Si tales acciones son realizadas en el marco de un conflicto armado interno o internacional, y se realice una ejecución extrajudicial o extralegal sobre personas protegidas por las costumbres de la guerra, así como por los Convenios de Ginebra y otras normas del derecho internacional humanitario, por ejemplo población civil no vinculada directamente con las hostilidades, las mismas constituyen asesinato u homicidio como crimen de guerra.
4. La jurisprudencia consolidada en este ámbito del derecho penal permite afirmar de manera contundente la aplicación del concurso ideal de delito, de acuerdo al cual, un mismo hecho o conducta puede dar lugar a una responsabilidad concurrente o simultánea por el cometimiento tanto de un crimen de lesa humanidad como de un crimen de guerra.

B) Los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra como violaciones de normas internacionales imperativas (*jus cogens*)

La existencia del derecho internacional imperativo es algo que no puede ponerse en duda. Este tipo de normas surge de la naturaleza primaria del derecho internacional, en el cual opera en términos generales el llamado *jus dispositivum* de acuerdo al cual los Estados

¹⁵ International Criminal Court, *Prosecutor v. Germain Katanga (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, No ICC-01/04-01/07, Judgment of the Trial Chamber II, March 1, 2014, ¶ 1696. La expresión textual es muy esclarecedora: "The Chamber notes, first, that the crime against humanity of murder contains a materially distinct element which is not required for the establishment of the crime of murder as a war crime: A crime against humanity requires the existence of a widespread or systematic attack against a civilian population, and the demonstration of a nexus between the perpetrator's conduct and the attack, in respect of both the objective and the subjective elements. Second, the Chamber notes that the war crime of murder also contains at least one materially distinct element absent from the crime against humanity of murder: the former requires demonstration that the person killed was 'hors de combat' or was not actively participating in hostilities and establishment that the conduct in question was connected to an armed conflict. Accordingly, in the Chamber's opinion, multiple convictions may be entered for the crimes of murder constituting crimes against humanity (article 7(1)(a)) and war crimes (article 8(2)(c)(i))."



seleccionan las normas internacionales con las que quieren vincularse, una selección o escogencia que se hace mediante la reiteración deliberada de una conducta y bajo el reconocimiento que la observación de la misma es obligatoria –normas consuetudinarias– o expresando su intención de vincularse por medio de un tratado libremente negociado con otro u otros Estados –normas convencionales–. De esta manera, un Estado puede oponerse a una norma consuetudinaria –expresando su objeción a la existencia del *opinio juris*– o simplemente absteniéndose de realizar los actos que expresan su voluntad de comprometerse por el tratado –v. gr., absteniéndose de adherir o ratificar un tratado–.

En tal sentido, el derecho internacional no deja de ser un ordenamiento jurídico *a la carte*, donde cada Estado construye el ordenamiento jurídico que se impondrá. Sin embargo, se reconoce que allende a las decisiones o a la voluntariedad estatales sobre la materia, existen ciertos ámbitos o dominios que no pueden tener la enorme variabilidad o relatividad que poseen las normas consuetudinarias o convencionales, como fuentes tradicionales. Esos ámbitos que limitan la voluntariedad estatal se presentan como prescripciones normativas absolutas, y se denominan, por oposición, *jus cogens*. Sería un absurdo intelectual pretender que un Estado defina qué normas del *jus cogens* le son impuestas, de manera que estas normas no emanen las fuentes tradicionales, aunque dichas fuentes pueden fungir como fuentes de reconocimiento o constatación de su existencia.

La afirmación de la existencia de las normas de *jus cogens* inició –desde la perspectiva del derecho positivo– a partir del pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia sobre la viabilidad de las reservas a la Convención sobre el Genocidio,¹⁶ en el que este máximo ente judicial afirmó que la intención de reconocer al genocidio como un crimen bajo el derecho internacional descansaba *inter alia* en ser contrario a la moral, siendo la primera de sus consecuencias que los principios subyacentes a tal Convención son vinculantes para los Estados aún sin necesidad de una obligación convencional que así lo establezca.¹⁷ Luego de tal pronunciamiento, la Corte Internacional de Justicia ha continuado reafirmando la existencia de las normas de *jus cogens*.¹⁸

La Sala de lo Constitucional de El Salvador, ha tenido la oportunidad también de reconocer la existencia del *jus cogens*, dentro de las particularidades que son permitidas en el marco de los procesos constitucionales. Así, ha reconocido que el *jus cogens* es un límite para la soberanía estatal, con fuerza suficiente para anular o terminar tratados o acuerdos que le

¹⁶ El nombre propio es Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (UNTS Vol. 78 (1951), No. 1021).

¹⁷ International Court of Justice, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, May 28, 1951, ICJ Reports 1951, p. 23.

¹⁸ Vide: International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment on merits, June 27, 1986, ICJ Reports 1986, p. 100, ¶ 190. International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, July 8, 1996, ICJ Reports 1996, p. 257, ¶ 83. International Court of Justice, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, July 20, 2012, ICJ Reports 2012, p. 457, ¶ 99.

sean contrarios,¹⁹ igualmente ha reconocido que el derecho a la vida –como el principio de no discriminación y la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre– descansa en una norma de *jus cogens* y que esa naturaleza es la que dota de obligatoriedad jurídica a v.gr. la Declaración Universal de Derechos Humanos,²⁰ también como un elemento integrante de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, independientemente del hecho que El Salvador no la haya ratificado aún,²¹ y finalmente afirmando que los derechos fundamentales poseen un valor supra legal debido a que ellos mismos son *jus cogens*.²²

La prohibición de cometimiento de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra es de la naturaleza de *jus cogens*,²³ y ante una prohibición de esa naturaleza corresponde que su impunidad esté igualmente prohibida con la misma naturaleza del *jus cogens*. Esta afirmación posee dos consecuencias, la primera es la ineficacia de toda norma que disponga la imprescriptibilidad de tales crímenes y de cualquier otra limitación al castigo de quienes sean responsables; la segunda, que se proyecta en el ámbito de la asistencia y cooperación internacional es la transformación del principio *aut dedere aut judicare* en una completa regla jurídica.

B.1 Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra

En 1965 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en su resolución 1074 (XXXIX)-D sobre el castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, instó a los Estados para que busquen, detengan y castiguen a quienes sean culpables de haber cometido tales delitos. Apenas un año después, en 1966 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas emitió también la resolución 1158 (XLI) y en ella **reconoció el principio de que no existe plazo de prescripción para los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.** Como resultado de tal constatación, y para dotarle de la fuerza jurídica de un tratado, se aprobó en 1968 la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

¹⁹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Proceso de inconstitucionalidad 7-2006 et alli*, Sentencia definitiva, del 29 de mayo de 2015, § VI.3 y XI.7.A.

²⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Proceso de inconstitucionalidad 26-2006*, Sentencia definitiva, del 12 de marzo de 2007, § VI.2.A.c.iii.

²¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Proceso de inconstitucionalidad 3-91*, Sentencia definitiva, del 7 de septiembre de 1999, § VI.2.

²² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Proceso de inconstitucionalidad 3-92 y 6-92*, Sentencia definitiva, del 17 de diciembre de 1992, § IX *ab initio*.

²³ Cfr. M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, en: LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS Vol. 59, No. 4, pp. 63-74.

Si bien El Salvador no es un Estado parte de dicha Convención, eso no implica concluir que el principio de imprescriptibilidad sobre tales crímenes no le sea exigible. La naturaleza de la imprescriptibilidad de tales crímenes es el resultado de la naturaleza del crimen mismo, y no de la existencia del referido tratado.²⁴ En estos casos, el tratado es simplemente una fuente de reconocimiento pero no de creación o emisión de derecho objetivo.

B.2 El principio *aut dedere aut judicare* como regla jurídica existente en los crímenes de lesa humanidad y en los crímenes de guerra

Como resultado de la naturaleza de *jus cogens* de la prohibición de cometimiento de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, y la consecuente obligación de la misma naturaleza de evitar su impunidad, surge un escenario particular cuando se trata de la implementación de la persecución penal que involucran a varias jurisdicciones de otros Estados.

El punto de partida, pero no de llegada, es el principio que dispone que el ejercicio de las potestades punitivas de un Estado deben ser implementadas exclusivamente dentro del territorio en el cual se han cometido los hechos, con independencia de la nacionalidad del sujeto activo y del sujeto pasivo del delito, lo que se denomina, evidentemente, como “principio de territorialidad” de la jurisdicción penal. En el caso salvadoreño este principio se encuentra contemplado en el artículo 8 del Código Penal. Sin embargo, se reconoce que existen situaciones que justifican excepcionar al principio de territorialidad y de ellas se deriva el llamado “principio de extraterritorialidad” de la jurisdicción penal, lo que está contenido en los artículos 9 y 10 del Código Penal.

Si se supone la existencia de dos Estados, A y B, conviene imaginar que un nacional del Estado A comete un delito en el territorio del Estado B, siendo que tal delito está estipulado como tal en ambos Estados.²⁵ La pregunta que surge es ¿cuál es el ordenamiento jurídico punitivo que debe aplicarse? Desde la perspectiva del Estado B aplicaría el principio de territorialidad, pues ahí ocurrieron los hechos delictivos, y es su ordenamiento jurídico el que se ha violentado, por lo que tiene un interés incontestable para reafirmar la validez de su ordenamiento jurídico mediante la aplicación de la pena, sin perjuicio de las reparaciones que debe asegurar a las víctimas del delito. Sin embargo, siendo que el

²⁴ En tal sentido, y respecto a crímenes de lesa humanidad: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C No 154, ¶ 152-153, del 26 de septiembre de 2006. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha señalado de manera expresa que los crímenes de guerra gocen de imprescriptibilidad, sin embargo, sí ha declarado que las normas del derecho internacional humanitario, en particular el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y el Protocolo II a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, constituyen normas de *jus cogens*. Por tanto, bajo el principio *idem ratio idem jus*, se debe concluir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos avala la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

²⁵ Lo anterior no supone que las descripciones típicas sean idénticas, pues ello es bastante improbable que ocurra en la realidad. Sin embargo se requiere que los hechos delictivos sean, al menos en su esencia, equivalentes en las legislaciones penales de los Estados concernidos.

perpetrador de tal delito es un nacional del Estado A que no ha renunciado a su jurisdicción y que no posee inmunidad de jurisdicción frente a otro Estado,²⁶ entonces el Estado A puede requerir aplicar *su* jurisdicción sobre *su* nacional, para lo cual podrá solicitarle al Estado B que lo extradite, es decir, que lo saque de su ámbito territorial y lo ponga bajo su custodia y jurisdicción, para lo cual podrá ser necesario, según las circunstancias, la captura de la persona o la aplicación de otras medidas de coerción procesal. El interés que motiva al Estado A puede descansar, simplemente, en la necesidad de proteger a su nacional.

Conviene suponer un tercer Estado, C, quien ha acreditado un Embajador ante el Estado B en calidad de jefe de su misión diplomática. Ahora es importante asumir que la víctima del delito cometido por el nacional del Estado A es precisamente este Embajador. En estas circunstancias, conforme con el principio de territorialidad, el Estado B puede desplegar su jurisdicción penal contra el nacional del Estado A; este último, según lo dicho, puede solicitar la extradición de su nacional al Estado B y, además, en este hipotético, el Estado C, por ser “la víctima”, puede también requerir al Estado B que extradite al perpetrador para juzgarlo, debido a que su interés es evitar la impunidad de *sus* bienes jurídicos.

En los dos ejemplos anteriores se observa que hay una concurrencia de intereses particulares o privados de los Estados, y conforme a tales intereses se fundamenta el criterio personal o subjetivo del principio de extraterritorialidad —en el caso salvadoreño dicho criterio se manifiesta en la primera parte del artículo 9.3 del Código Penal—, y el criterio real u objetivo del principio de extraterritorialidad —en el caso salvadoreño dicho criterio se manifiesta en la parte final del artículo 9.3 del Código Penal—. Sin embargo, ninguno de estos criterios o intereses se impone, dada la igualdad soberana de los Estados, al principio de territorialidad.²⁷

Esta situación está regulada por un principio jurídico formulado como *aut dedere aut judicare*. Como principio no es una regla jurídica, y por tanto carece de los operadores deontológicos regulares —mandar, prohibir o permitir— llegando a ser un criterio jurídicamente motivado para resolver situaciones en las que no existe una regla jurídica expresa. Esto quiere decir que si entre dos o más Estados existe una norma internacional vinculante, por la vía de la costumbre o de una fuente convencional, que establezca en qué casos la extradición debe concederse obligatoriamente y en qué casos o circunstancias su

²⁶ En general el personal consular, el personal diplomático, el Ministro de Relaciones Exteriores, el Jefe de Gobierno y el Jefe de Estado gozan de inmunidad de jurisdicción de los otros Estados. Tal inmunidad no es absoluta, y beneficia a la persona en el ejercicio de uno de tales cargos, no por la persona en sí, mas por lo que representan los mencionados cargos, lo que se manifiesta que tal inmunidad dura mientras las personas ejercen los cargos; en todo caso la inmunidad de jurisdicción es una circunstancia procesal, y no significa impunidad, pues no impide que, bajo ciertas circunstancias o condiciones, se aplique la ley penal respectiva. *Vide*, International Court of Justice, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, Judgment, February 14, 2002, ICJ Reports 2002, pp. 19-26, ¶¶ 45-61.

²⁷ De acuerdo con las regulaciones salvadoreñas, el *criterio real* no se refiere sólo a bienes jurídicos del Estado salvadoreño, sino a bienes jurídicos salvadoreños, por lo que los delitos cometidos en el extranjero contra salvadoreños pueden ser conocidos por la jurisdicción salvadoreña. Doctrinariamente este ámbito es llamado *criterio de personalidad pasiva* —y el *criterio de personalidad* mencionado en el texto se suele referir como *criterio de personalidad activa*—.



concesión es facultativa, pues el principio se vuelve eminentemente supletorio para situaciones concretas no previstas. Por tal razón, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas ha afirmado que no existe una evidencia de que el principio *aut dedere aut judicare* se haya consolidado en una norma consuetudinaria internacional.²⁸ Y por tanto se ha afirmado que la existencia de una regla semejante en la relación entre dos Estados descansa en tratados bilaterales o multilaterales que los vinculen y que asegure prescriptivamente sus conductas.²⁹

No obstante, y dentro de la línea de hipotéticos planteados, surge una pregunta: ¿Qué sucede si el hecho delictivo no se limita a integrar el mero interés privado o particular de los Estados concernidos, sino que tal hecho delictivo alcanza un interés público internacional, es decir, un interés que los trasciende? Eso es justamente lo que sucede con los crímenes de lesa humanidad y con los crímenes de guerra. Debido a que la prohibición de su cometimiento es de la naturaleza de *jus cogens*, y de esa misma naturaleza es la prohibición de la impunidad en tales crímenes, tales prohibiciones son, por antonomasia, obligaciones *erga omnes*,³⁰ e involucran a todos los Estados y sujetos del derecho internacional *urbi et orbi*. Evidentemente en este tipo de situaciones se produce un efecto jurídico particular: ningún Estado puede abstenerse de juzgarlos. Para tal circunstancia el principio de extraterritorialidad se rige por un criterio de universalidad, que ha permitido acuñar el término jurisdicción universal.³¹

Así las cosas, el Estado en cuyo territorio se cometió un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, o aquel en cuyo territorio se encuentran los perpetradores de dichos crímenes, tienen jurisdicción plena y obligación ineludible de evitar la impunidad, y cualquier otro Estado tiene igualmente jurisdicción plena e idéntica obligación, sólo que por razones materiales y jurídicas, este último Estado depende de que se le conceda la extradición que solicite. En este punto se genera una bifurcación normativa para el Estado requerido por una solicitud de extradición: o procede ineludiblemente al juzgamiento de los perpetradores o concede obligatoriamente la extradición requerida.

En otras palabras, cuando el hecho delictivo que se persigue no involucra la persecución de crímenes que implican violaciones al *ius cogens*, ningún Estado está obligado a conceder la extradición o a juzgar en su territorio a la persona respectiva, a menos que entre los Estados concernidos exista una norma internacional, consuetudinaria o convencional, que así lo disponga. Pero si el delito perseguido implica violación al *ius cogens*, la naturaleza de esta

²⁸ Vide: UN International Law Commission, *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, Yearbook of the International Law Commission, 2014, vol. II (Parttwo).

²⁹ *Id.*, ¶¶ 6-14.

³⁰ La afirmación contraria no siempre es cierta, pues no toda obligación *erga omnes* es una norma de *jus cogens*.

³¹ En el caso salvadoreño dicha norma se recoge en el artículo 10 del Código Penal. En el caso español una norma equivalente se encuentra en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

norma y de la que prohíbe la impunidad frente a los mismos, se crea una regla jurídica en el sentido que, el Estado donde se encuentre un criminal de guerra o un criminal contra la humanidad, debe juzgarlo incondicionalmente como una obligación inmediata, y esa obligación subsiste incluso si se le presenta un requerimiento de extradición; de manera que la única opción para no juzgar es acceder al pedido de extradición, siendo por lo tanto la extradición una obligación alternativa. Lo que es ilegal, desde todo punto de vista, es negarse a juzgar y negarse a extraditar.³²

Existiendo ahora la Corte Penal Internacional, algunos teóricos discuten la denominada *tercera opción*, conforme con la cual en lugar de extraditar a un criminal de guerra o a un criminal de lesa humanidad ante la jurisdicción de un Estado requirente, se le entrega a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, obviamente sólo si el hecho cae dentro de su competencia *ratione materiae* y *ratione temporis*. La validez de esta opción es independiente a la existencia de algún tratado vigente sobre extradición entre el Estado requirente y el Estado requerido. Pero este es aún un tema de *lege ferenda*.

De lo expuesto, esta Procuraduría formula las siguientes conclusiones:

1. La prohibición para cometer crímenes de lesa humanidad y para cometer crímenes de guerra pertenece y es de la naturaleza del *jus cogens*. Igualmente y de manera concomitante, existe como norma de *jus cogens* que prohíbe cualquier expresión de impunidad frente a este tipo de crímenes.
2. El ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de un Estado depende necesariamente de la concesión de su solicitud de extradición, pero el Estado requerido, siempre que el hecho delictivo no trascienda el interés particular o privado de los Estados concernidos, no se encuentra obligado a conceder la extradición, a menos que entre el Estado requirente y el Estado requerido exista una norma de derecho internacional vinculante –consuetudinaria o convencional– que genere tal obligación.
3. Si los hechos delictivos son violatorios de normas de *jus cogens*, como sucede con los crímenes de guerra y de lesa humanidad, opera otra manifestación del principio de extraterritorialidad que habilita a cualquier Estado a realizar la persecución penal respectiva. En este caso, el Estado en cuyo territorio sucedieron los hechos o el Estado en cuyo territorio se encuentren los perpetradores están obligados a realizar la persecución penal correspondiente, y sólo puede relevarse de dicha obligación concediendo cualquier pedido de extradición. En estos casos, pues, el principio *aut dedere aut judicare* deja de ser tal y se convierte en una auténtica regla jurídica.

³² Vide: International Court of Justice, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, July 20, 2012, ICJ Reports 2012, p. 456, ¶ 95.



C) El asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras: un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra

Esta Procuraduría está convencida que el asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, perpetrado el 16 de noviembre de 1989, constituye de manera simultánea, y como concurso ideal, un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones.

C.1 El asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras como un crimen de lesa humanidad

Para poder identificar el cumplimiento de los requisitos o circunstancias que se exigen para la existencia de un tipo penal de crimen de lesa humanidad se hace necesario comprender el rol que había desempeñado y que al momento de su asesinato desempeñaba el sacerdote jesuita Ignacio Ellacuría, particularmente con miras a favorecer una salida política, negociada, del conflicto armado interno. Como lo acredita el Juez Eloy Velasco:³³

El rector jesuita de la UCA, padre Ignacio Ellacuría, a quien se conocía como el analista político más importante de El Salvador, no creía que fuese posible una victoria militar ni de las Fuerzas Armadas ni del FMLN.

Durante años había argumentado que la única vía de salida posible a la guerra civil era el diálogo.

Bajo su punto de vista, tanto ARENA como el FMLN habían avanzado lentamente hacia el centro; el papel que él había elegido era el de potenciar la creación de una "tercera fuerza" formada por civiles que ayudara a conseguir un acuerdo negociado.

En su papel mediador entre el gobierno y el FMLN, Ellacuría tuvo éxito en alentar al comandante militar del FMLN más partidario de la línea dura a declarar por primera vez y públicamente su disposición a entablar una negociación.

En sus reuniones con el presidente Cristiani, presionó para que se produjese el diálogo, de modo que cuando ARENA subió al poder en marzo de 1989, Ellacuría se mostró optimista.

Creía que la idea de una "tercera fuerza" civil podría poner freno a los partidarios de la línea dura de cualquiera de las dos partes.

³³ Audiencia Nacional – Juzgado Central de Instrucción Número 6, Sumario 97/10 (DP 391/08), *Auto de procesamiento*, del 30 de mayo de 2011, pp. 4-7.

Lo que el Rector Ellacuría había visto como una oportunidad, precipitó la crisis de ARENA.

Por primera vez, el partido estaba cada vez más dividido entre empresarios más abiertos a la negociación que querían influir en el Presidente Alfredo Cristiani en esa dirección y las fuerzas a favor de una posición de guerra más agresiva representadas en la persona de Roberto D'Aubuisson, el "presidente honorífico vitalicio" y fundador del partido ARENA.(...)

Ellacuría, al que ya se conocía por haber actuado como mediador experimentado en la liberación de la hija de un ex presidente a la que habían secuestrado, era el único intermediario que hablaba con todas las partes: desde el FMLN pasando por ARENA hasta la Embajada de EE.UU. Actuaba de puente entre el presidente Cristiani y los rebeldes. (...) En total, se estima que el rector de la UCA "tomó no menos de cuatrocientas medidas para llevar la paz a El Salvador". En el momento de su muerte, más que cualquier otra figura individual, Ellacuría se había convertido en el punto de apoyo de la elaboración de un posible acuerdo para acabar la guerra civil.

La solución negociada al conflicto armado necesariamente pasaba por una transformación de las fuerzas armadas, y esto implicaba que el alto mando militar, cohesionado bajo sus profundos vínculos generacionales, en el grupo denominado "la Tandon", fuera excluida de su posición de poder y privilegios. Para ellos la guerra era su escenario de actuaciones y fuente de privilegios y de poder. En el auto de procesamiento se lee:³⁴

Cada vez había más presión respecto de alcanzar una solución negociada al conflicto en los meses inmediatamente anteriores al asesinato de los Jesuitas.

La línea dura centró su atención en obstaculizarla teniendo en cuenta que el elemento central de la negociación era la expulsión de la Tandon del poder. En el contexto de la ratificación del plan de paz regional Esquipulas II de agosto de 1989, el Rector Ellacuría se reunió con el Presidente Cristiani; y posteriormente, por primera vez, las negociaciones celebradas en México D.F., entre el gobierno y el FMLN mostraron verdaderos avances. A mediados de septiembre, Ellacuría había emitido declaraciones cada vez más favorables acerca del gobierno de Cristiani, mientras hacía un llamamiento público al FMLN para que renunciase a algunas de sus demandas y para que se alejara de la opción militar.

La reunión de Costa Rica del 16 al 18 de octubre entre el gobierno y el FMLN, celebrada un mes antes de la masacre de los jesuitas, fue la reunión clave y se centró en lo que para los rebeldes era el punto central de la negociación: la reestructuración de las Fuerzas Armadas y la eliminación de la Tandon al completo así como de su principal aliado, el Comandante General de las Fuerza Aérea Juan Bustillo.

³⁴ *Id.*, p. 9.



Para la Tandon, esto era inasumible. No sólo parecía que Ellacuría había logrado influir en Cristiani mediante la tutela que había ejercido de las negociaciones, eliminando de ese modo a un aliado clave, sino que también había logrado que las negociaciones se centrasen en analizar el futuro de la propia Tandon.

La reacción de “la Tandon” no esperó, y resultó ser de una férrea oposición al proceso de negociación. En palabras que se extraen del auto de procesamiento, y que refleja la investigación realizada por las autoridades del Reino de España se puede leer:³⁵

La Tandon permanecía intransigente y en lo que constituyó una clara amenaza, el Ministro de Defensa Larios, rodeado de su personal veterano y de los comandantes de casi todas las unidades del país aparecía en todos los medios de comunicación expresando “dudas” sobre las negociaciones. El ministro de Defensa consideraba que la idea de la “depuración”, era “absurda, ridícula e imposible”. Dos días más tarde, el Presidente Cristiani declaraba, en lo que pareció ser un cambio radical de posición, que nunca permitiría que el FMLN dictase la reestructuración de las Fuerzas Armadas. Pero la respuesta del FMLN del 25 de octubre presionó aún más a la Tandon: “Sin la purga de las Fuerzas Armadas de sus miembros asesinos y corruptos, no hay ninguna posibilidad para la democracia, y sin democracia, no puede haber paz”.

Se culpó repetidamente a los jesuitas de ser “el cerebro” oculto de las negociaciones y, a finales de octubre, el coche de Ignacio Ellacuría y de su compañero jesuita Segundo Montes apareció pintado con esvásticas que recordaban notablemente a las que le habían enviado al arzobispo Romero. Las palabras pintadas en su coche también resultaban familiares: “Muerte a los comunistas de la UCA”.

A esto le siguió el atentado contra FENASTRAS, una confederación independiente de sindicatos, el 31 de octubre, que mató a nueve líderes sindicales e hirió a más de 40: un sangriento episodio que se consideró el primer golpe de una nueva oleada de “guerra contra las masas”. El atentado de FENASTRAS obtuvo el efecto de que el FMLN abortase las negociaciones de paz de forma inmediata y, el 11 de noviembre de 1989, lanzó la ofensiva militar más importante del conflicto con éxito inesperado en San Salvador que sorprendió a los líderes del ejército.

En medio de este nuevo estallido bélico, Ellacuría, que había venido a recoger un premio, volvió de España el 13 de noviembre de 1989, tres días antes de su asesinato, para reanudar sus esfuerzos con el objetivo de lograr un acuerdo.

El presidente Cristiani se había puesto en contacto con él para proponerle unirse a una comisión de investigación cuyo objetivo era determinar la responsabilidad del atentado de FENASTRAS.

³⁵ *Id.*, p. 10-11.

El día de su vuelta, incluso mientras miembros de las Fuerzas Armadas y sus aliados civiles ya planeaban darle muerte, tres miembros del FMLN se pusieron en contacto con el rector de la UCA para que ayudase a establecer “nuevos contactos entre el FMLN y el gobierno para debatir sobre las negociaciones de paz”.

Entonces Ellacuría se puso en contacto con oficiales jóvenes del ejército que él creía accederían a hablar con el FMLN. La retirada de la Tandoná del liderazgo del ejército resultó ser el punto central del acuerdo entre los oficiales jóvenes y el FMLN. Si los miembros de la Tandoná eran conscientes de que se estaba planeando una repetición del golpe de 1979 de los oficiales reformistas se desconoce. Pero, dados los antecedentes de los anteriores golpes militares internos de 1977 y 1979, los oficiales veteranos tenían que estar temiendo un acontecimiento de este tipo.

El 15 de noviembre de 1989, los oficiales jóvenes comunicaron a Ellacuría que las negociaciones se habían aprobado y, posteriormente, informaron al FMLN de que “los preparativos iban por buen camino”.

Ese mismo día, miembros del ejército dieron la orden de asesinar a los Jesuitas y de no dejar testigos.

Esta Procuraduría no puede dejar de enfatizar que, como se expresa en el auto de procesamiento, el atentado que se realiza en FENASTRAS unos días antes del asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, era una nueva oleada de la “guerra contra las masas”, lo que implicaba la ejecución de líderes sociales y políticos, así como de población civil que se consideraba próxima al FMLN. Lo anterior se confirma con el siguiente revelador y claro pasaje:³⁶

...los documentos del servicio de inteligencia estadounidense revelan que estos oficiales de alto rango (Bustillo, Zepeda, Ponce y Benavides) decidieron “ir tras el FMLN de una manera más agresiva.”

La siguiente reunión tuvo lugar cerca del mediodía. (...) Lo excepcional de esta reunión fue la insistencia de los presentes en que los militares desecharan las tácticas más restringidas promovidas por los Estados Unidos y retomaran los asesinatos masivos de civiles que marcaron los primeros años de la guerra.

Las investigaciones históricas acreditan que al inicio del conflicto armado interno la estrategia de ataques generalizados, sistemáticos y masivos en contra de población civil, formaba parte de un plan de actuación deliberado y conducido por el alto mando militar de la época. Justamente las múltiples masacres que esta Procuraduría ha conocido, acreditan esa circunstancia. Sin embargo, luego del lanzamiento de la ofensiva militar “hasta el tope”, lanzada por el FMLN el 11 de noviembre de 1989, provocó que el alto mando militar salvadoreño decidiera tomar nuevamente la aciaga y criminal estrategia. En realidad, el

³⁶ *Id.*, pp. 30-31.



atentado terrorista realizado en la sede de FENASTRAS marcaba el inicio de esa reedición del principio de la guerra. A esa conclusión también llega la investigación del Juez Eloy Velasco, y por tanto en el auto de procesamiento que emite, se lee:³⁷

Poco después de esta reunión, cerca de las 15:00, unos 120 a 130 miembros del batallón Atlacatl ingresaron al Centro Loyola (la casa de retiro Jesuita que había sido registrada tres días antes por la Policía Fiscal), donde permanecieron toda la tarde. Después de recibir café y pasteles de parte del ama de llaves del Loyola, se dirigieron a la UCA unas cuatro horas después. Un oficial señaló: "Sí, vamos a buscar a Ellacuría y a todos los Jesuitas. No queremos extranjeros. Esto debe terminar." Otro dijo: "Vamos a buscar a Ellacuría, y si lo encontramos ¡le vamos a dar un premio!"

Habiendo decidido llevar a cabo una respuesta más agresiva a la ofensiva del FMLN, se celebraron varias reuniones menores a lo largo de la tarde para implementar los planes reales correspondientes a los bombardeos, ataques contra la Universidad de El Salvador y alrededores, ataques contra dirigentes políticos, y una acción contra la UCA. Oficiales de inteligencia salvadoreños han informado de la presencia de consejeros Militares de Estados Unidos, el Coronel Milton Menjívar y el Coronel William Hunter, en algunas de estas reuniones. (...)

Como habían hecho cada noche desde que comenzó la ofensiva y mientras los soldados recogían sus uniformes para la misión, 24 oficiales de alto rango se reunieron alrededor desde las 18:30 hasta las 22:00 o 22:30 horas en los cuarteles del Comando Conjunto (EMCFA). Allí debatieron cómo acelerar la contra-ofensiva militar, incluyendo el empleo de bombardeos aéreos sobre comunidades más pobres que se suponían controladas por el FMLN. La Comisión de la Verdad describe esta reunión como una reunión dirigida a adoptar medidas en contra de la ofensiva del FMLN. Ponce autorizó la eliminación de cabecillas, sindicalistas, y reconocidos miembros líderes del FMLN y se tomó la decisión de bombardear haciendo uso de la Fuerza Aérea y artillería y tanques para desalojar al FMLN de las zonas que ocupaba. El Ministro de Defensa, Rafael Humberto Larios preguntó si alguien tenía alguna objeción. Nadie levantó la mano y se acordó que se consultaría entonces al presidente Cristiani.

Lo relevante de estas decisiones es que los objetivos militares eran prominentemente civiles, miembros de sindicatos y partidos políticos. Los bombardeos estaban destinados a vecindarios residenciales como Mejicanos y Soyapango.

A la luz de las anteriores consideraciones realizadas por el Juez Eloy Velasco es evidente que existe una conjugación de acciones planificada y operadas por agentes estatales de naturaleza militar, particularmente el alto mando militar de la época, orientada de manera

³⁷ *Id.*, pp. 32-34.

El día de su vuelta, incluso mientras miembros de las Fuerzas Armadas y sus aliados civiles ya planeaban darle muerte, tres miembros del FMLN se pusieron en contacto con el rector de la UCA para que ayudase a establecer “nuevos contactos entre el FMLN y el gobierno para debatir sobre las negociaciones de paz”.

Entonces Ellacuría se puso en contacto con oficiales jóvenes del ejército que él creía accederían a hablar con el FMLN. La retirada de la Tandoná del liderazgo del ejército resultó ser el punto central del acuerdo entre los oficiales jóvenes y el FMLN. Si los miembros de la Tandoná eran conscientes de que se estaba planeando una repetición del golpe de 1979 de los oficiales reformistas se desconoce. Pero, dados los antecedentes de los anteriores golpes militares internos de 1977 y 1979, los oficiales veteranos tenían que estar temiendo un acontecimiento de este tipo.

El 15 de noviembre de 1989, los oficiales jóvenes comunicaron a Ellacuría que las negociaciones se habían aprobado y, posteriormente, informaron al FMLN de que “los preparativos iban por buen camino”.

Ese mismo día, miembros del ejército dieron la orden de asesinar a los Jesuitas y de no dejar testigos.

Esta Procuraduría no puede dejar de enfatizar que, como se expresa en el auto de procesamiento, el atentado que se realiza en FENASTRAS unos días antes del asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, era una nueva oleada de la “guerra contra las masas”, lo que implicaba la ejecución de líderes sociales y políticos, así como de población civil que se consideraba próxima al FMLN. Lo anterior se confirma con el siguiente revelador y claro pasaje:³⁶

...los documentos del servicio de inteligencia estadounidense revelan que estos oficiales de alto rango (Bustillo, Zepeda, Ponce y Benavides) decidieron “ir tras el FMLN de una manera más agresiva.”

La siguiente reunión tuvo lugar cerca del mediodía. (...) Lo excepcional de esta reunión fue la insistencia de los presentes en que los militares desecharan las tácticas más restringidas promovidas por los Estados Unidos y retomaran los asesinatos masivos de civiles que marcaron los primeros años de la guerra.

Las investigaciones históricas acreditan que al inicio del conflicto armado interno la estrategia de ataques generalizados, sistemáticos y masivos en contra de población civil, formaba parte de un plan de actuación deliberado y conducido por el alto mando militar de la época. Justamente las múltiples masacres que esta Procuraduría ha conocido, acreditan esa circunstancia. Sin embargo, luego del lanzamiento de la ofensiva militar “hasta el tope”, lanzada por el FMLN el 11 de noviembre de 1989, provocó que el alto mando militar salvadoreño decidiera tomar nuevamente la aciaga y criminal estrategia. En realidad, el

³⁶ *Id.*, pp. 30-31.



atentado terrorista realizado en la sede de FENASTRAS marcaba el inicio de esa reedición del principio de la guerra. A esa conclusión también llega la investigación del Juez Eloy Velasco, y por tanto en el auto de procesamiento que emite, se lee:³⁷

Poco después de esta reunión, cerca de las 15:00, unos 120 a 130 miembros del batallón Atlacatl ingresaron al Centro Loyola (la casa de retiro Jesuita que había sido registrada tres días antes por la Policía Fiscal), donde permanecieron toda la tarde. Después de recibir café y pasteles de parte del ama de llaves del Loyola, se dirigieron a la UCA unas cuatro horas después. Un oficial señaló: "Sí, vamos a buscar a Ellacuría y a todos los Jesuitas. No queremos extranjeros. Esto debe terminar." Otro dijo: "Vamos a buscar a Ellacuría, y si lo encontramos ¡le vamos a dar un premio!"

Habiendo decidido llevar a cabo una respuesta más agresiva a la ofensiva del FMLN, se celebraron varias reuniones menores a lo largo de la tarde para implementar los planes reales correspondientes a los bombardeos, ataques contra la Universidad de El Salvador y alrededores, ataques contra dirigentes políticos, y una acción contra la UCA. Oficiales de inteligencia salvadoreños han informado de la presencia de consejeros Militares de Estados Unidos, el Coronel Milton Menjivar y el Coronel William Hunter, en algunas de estas reuniones. (...)

Como habían hecho cada noche desde que comenzó la ofensiva y mientras los soldados recogían sus uniformes para la misión, 24 oficiales de alto rango se reunieron alrededor desde las 18:30 hasta las 22:00 o 22:30 horas en los cuarteles del Comando Conjunto (EMCFA). Allí debatieron cómo acelerar la contra-ofensiva militar, incluyendo el empleo de bombardeos aéreos sobre comunidades más pobres que se suponían controladas por el FMLN. La Comisión de la Verdad describe esta reunión como una reunión dirigida a adoptar medidas en contra de la ofensiva del FMLN. Ponce autorizó la eliminación de cabecillas, sindicalistas, y reconocidos miembros líderes del FMLN y se tomó la decisión de bombardear haciendo uso de la Fuerza Aérea y artillería y tanques para desalojar al FMLN de las zonas que ocupaba. El Ministro de Defensa, Rafael Humberto Larios preguntó si alguien tenía alguna objeción. Nadie levantó la mano y se acordó que se consultaría entonces al presidente Cristiani.

Lo relevante de estas decisiones es que los objetivos militares eran prominentemente civiles, miembros de sindicatos y partidos políticos. Los bombardeos estaban destinados a vecindarios residenciales como Mejicanos y Soyapango.

A la luz de las anteriores consideraciones realizadas por el Juez Eloy Velasco es evidente que existe una conjugación de acciones planificada y operadas por agentes estatales de naturaleza militar, particularmente el alto mando militar de la época, orientada de manera

³⁷ *Id.*, pp. 32-34.

anunció la incorporación de otras dos organizaciones militares al FMLN.⁴⁰ Con fecha 10 de enero de 1981 la Dirección del FMLN dirigió otro comunicado público en el que anunciaba que había llegado la hora de iniciar las *batallas decisivas militares e insurreccionales* para la toma del poder por el pueblo y por la constitución del gobierno democrático revolucionario. De igual manera *llamó al pueblo a los combates y a que las unidades revolucionarias regulares y guerrilleras, a las milicias de la revolución y a las masas combativas a iniciar de inmediato las acciones militares*. Esta declaración pública dio origen a la denominada “Ofensiva Final”.⁴¹

Mientras sucedían los hechos anteriores las fuerzas de seguridad y armadas del Estado salvadoreño implementaron una reacción caracterizada por la represión político-militar, en la que incluso actores paramilitares cumplieron un rol bastante decisivo. A partir de la declaración del 10 de enero de 1981 se asumió por completo la existencia de un conflicto armado interno, y diferentes operativos militares se desplegaron por cada uno de los grupos concernidos. Es en este contexto que el 28 de agosto de 1981 los respectivos Ministros de Relaciones Exteriores de México y Francia pronunciaron la llamada “Declaración Franco-Mexicana” mediante la cual reconocían tanto al FMLN como al Frente Democrático Revolucionario –FDR, otro escenario organizativo en el ámbito político y diplomático— como “fuerza política representativa, dispuesta a asumir las obligaciones y los derechos que de ellas se derivan”. Adicionalmente, la mencionada Declaración Franco-Mexicana, al mismo tiempo que alentaba y promovía una solución política en el conflicto dirigido a crear un nuevo orden interno en El Salvador, hacía un llamado a la comunidad internacional para que, particularmente dentro del marco de las Naciones Unidas, se asegure la protección de la población civil de acuerdo con las normas internacionales aplicables.

Durante todo este tiempo el sistema de Naciones Unidas, incluyendo al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, y complementariamente el Comité Internacional de la Cruz Roja, desplegaron una intensa actividad humanitaria en la atención de la población civil, incluyendo al intenso fenómeno de refugiados y desplazados internos. También se ensayaron diferentes iniciativas para cesar el conflicto armado interno, algunos intentados con el apoyo de la Iglesia Católica, así como otros esfuerzos internacionales como el Grupo de Contadora, la Declaración de Esquipulas, el Acuerdo de Esquipulas II, y tras los acontecimientos derivados de la caída del muro de Berlín y las transformaciones derivadas de la perestroika, con la mediación del Secretario General de las Naciones Unidas.

Todos los aspectos precedentes dan certeza a esta Procuraduría para reconocer que en El Salvador existió, al menos desde el 10 de enero de 1981, y hasta el 16 de enero de 1992, un

⁴⁰ Comunicados de la Dirección Revolucionaria Unificada Político Militar (DRU-PM) del 3 de noviembre de 1980 y del 28 de noviembre de 1980. El resaltado es suplido.

⁴¹ Comunicados de la Dirección Revolucionaria Unificada Político Militar (DRU-PM) del 3 de noviembre de 1980 y del 28 de noviembre de 1980. El resaltado es suplido.



conflicto armado interno, y no una mera reyerta o desorden interno. Adicionalmente, esta Procuraduría debe enfatizar señalando que los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras eran población civil no vinculada directamente con las hostilidades propias del conflicto armado. Los sacerdotes jesuitas, principalmente, constituían la jerarquía administrativa y académica de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” y colaboraban con actividades pastorales en otros escenarios educativos y de creación de pensamiento, desde el cual, como era de esperarse, se analizaba la situación que vivía El Salvador, se hacía denuncia nacional e internacional por las graves violaciones a los derechos humanos que acontecían. Todo lo anterior sin perjuicio del valioso rol desempeñado por el sacerdote Ignacio Ellacuría, quien emprendió, con el apoyo de sus hermanos jesuitas, un apostolado a favor de la paz y por la vigencia de los derechos humanos en El Salvador. Sus colaboradoras, Elba y Celina, desempeñaban labores administrativas y de apoyo en la pequeña residencia que habitaban los sacerdotes jesuitas en el interior del campus universitario.

Como queda acreditado en el auto de procesamiento que emite el Juez Eloy Velasco, la planificación del asesinato de los sacerdotes jesuitas bajo la modalidad de no dejar testigos, la implementación de labores de inteligencia previa, la utilización de logística militar, la implementación jerarquizada de las órdenes y su obediencia bajo amenaza de recibir represalias a partir de la jurisdicción militar, dan cuenta de manera indiscutible que se trató de una actuación consciente y dirigida de manera directa en contra de ese grupo de población civil no vinculada directamente con las hostilidades del conflicto armado.

Adicionalmente, esta Procuraduría debe señalar que El Salvador ratificó los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, mediante el Acuerdo Legislativo 173, del 10 de diciembre de 1952, publicado en el Diario Oficial número 37 del 24 de febrero d 1953. Por otra parte, El Salvador ratificó el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), mediante el Decreto Legislativo 12, del 4 de julio de 1978, publicado en el Diario Oficial número 158 del 28 de agosto de 1978.

Lo anterior quiere decir que al momento de los hechos que materializan el asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, es decir, al 16 de noviembre de 1989, para El Salvador estaban en plena vigencia el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra, que reza así:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional... cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades..., serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los

tratos crueles, la tortura y los suplicios.

Asimismo, el Protocolo II a los Convenios de Ginebra cuyo artículo 4, párrafos 1 y 2.a, cuyo texto dispone así:

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades,... tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal.

Esta Procuraduría reconoce que existiendo un estado de conflicto armado interno, y siendo que los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras no participaban directamente en las hostilidades, la orden y ejecución de su asesinato sin dejar testigos, constituye un crimen de guerra por implicar una violación a las obligaciones derivadas del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del artículo 4.2.a del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, siendo que tales sacerdotes y sus colaboradoras eran, de conformidad con tales normas, personas protegidas. Es importante agregar que los incisos primero y segundo de los artículos 49 del Convenio I, 50 del Convenio II, 129 del Convenio III y 146 del Convenio IV, disponen lo siguiente:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

En los artículos 50 del Convenio I, 51 del Convenio II, 130 del Convenio III y 147 del Convenio IV, se dispone que se considera infracción grave a dichos Convenios el homicidio intencional, i.e., la ejecución extrajudicial o extralegal cometido contra las personas protegidas. De acuerdo a las normas anteriormente citadas, y siendo que el Reino de España y la República de El Salvador son Estados Partes de todos esos Convenios y del Protocolo Adicional II, desde antes del cometimiento de los hechos, ambos tienen la



obligación de juzgar, o en su defecto la de extraditar para que el otro juzgue.

C.3 Otros pronunciamientos coincidentes con las conclusiones de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Como ha quedado ya registrado en la historia nacional y universal, luego de la firma de los acuerdos de paz y en cumplimiento de los mismos, funcionó en El Salvador la Comisión de la Verdad que tuvo a su cargo *“la investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad”*.⁴²

Si bien por la naturaleza propia con la cual operó dicha Comisión no calificó los hechos que fueron de su conocimiento como delitos internacionales, sí concluyó de manera general que los casos sobre los cuales rendiría su informe, constituían graves hechos de violencia cometidos en el marco de un conflicto armado interno, con la obvia consecuencia de que se trataba de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, recayendo sobre tales hechos, además de las normas tradicionales de territorialidad de la jurisdicción penal salvadoreña, las que habilitan la persecución extraterritorial, como sucede con la denominada jurisdicción universal. La Comisión de la Verdad lo expresó de esta manera:⁴³

Con raras excepciones, los graves hechos de violencia prohibidos según las normas del derecho humanitario aplicables al conflicto salvadoreño, son también violaciones de las disposiciones no derogables del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana, los dos tratados de derechos humanos ratificados por el Estado de El Salvador. Además, ambos instrumentos prohíben la derogación de cualesquiera derechos que estén garantizados en cualquier tratado de derecho humanitario en el cual el Estado sea parte.

En consecuencia, ni el Estado salvadoreño, ni quienes obren como su representante o en su lugar, pueden afirmar que la existencia de un conflicto armado justificó el haber cometido graves hechos de violencia, en contravención de cualquiera de los dos tratados de derechos humanos o de los instrumentos de derecho humanitario aplicables, que sean vinculantes para el Estado.

⁴² Naciones Unidas, *Acuerdos de Paz de El Salvador: En el camino de la Paz*, reimpresión hecha por ONUSAL, San Salvador, noviembre 1993, pág. 31.

⁴³ Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la Locura a la Esperanza: la guerra de los Doce Años en El Salvador: Reporte de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, San Salvador-Nueva York, 1993, págs. 12 y 13.

Tómese en cuenta que el primer caso con el que la Comisión de la Verdad ejemplifica los patrones de violencia que se daban en el marco del conflicto armado, en contravención a las reglas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario es precisamente el que denomina *Caso ilustrativo: Asesinato de los Sacerdotes Jesuitas (1989)*, ubicándolo bajo el acápite *violencia contra opositores por parte de agentes del Estado*. La Comisión de la Verdad sintetizaba de la siguiente manera el hecho:⁴⁴

En la madrugada del día 16 de noviembre de 1989 fueron asesinados a tiros, en el Centro Pastoral de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA) de San Salvador, seis sacerdotes jesuitas, una cocinera y su hija de dieciséis años. Entre las víctimas se encontraban los padres Ignacio Ellacuría, Rector de la Universidad; Ignacio Martín-Baró, Vicerrector; Segundo Montes, Director del Instituto de Derechos Humanos; y Amando López, Joaquín López y López y Juan Ramón Moreno, todos ellos profesores de la UCA; y la señora Julia Elba Ramos y su Hija, Celina Mariceth Ramos.

La ubicación del hecho como un crimen cometido en el marco de un conflicto armado fue establecida por la Comisión de la Verdad al consignar sus antecedentes de esta manera:⁴⁵

Miembros de la Fuerza Armada solían calificar a la UCA como un "refugio de subversivos". El Coronel Juan Orlando Zepeda, Vice Ministro de Defensa, acusó públicamente a la UCA de ser el centro de operaciones donde se planifica la estrategia terrorista del FMLN. El Coronel Inocente Montano, Vice Ministro de Seguridad Pública, dijo públicamente que los jesuitas estaban plenamente identificados con los movimientos subversivos.

El Padre Ellacuría tuvo un rol importante en la búsqueda de una solución negociada y pacífica al conflicto armado. La idea de sectores de la Fuerza Armada de identificar a los sacerdotes jesuitas con el FMLN provenía de la especial preocupación que dichos sacerdotes tenían por los sectores de la sociedad salvadoreña más pobres y más afectados por la guerra.

En dos oportunidades anteriores en el mismo año de 1989 estallaron bombas en la imprenta de la Universidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a partir de la información que recabó y sus propias consideraciones, igualmente dio por establecido que el crimen fue cometido como una acción militar dirigida a víctimas civiles por ser consideradas opositores políticos, cuando lo que históricamente ha quedado demostrado es que buscaban

⁴⁴ *Id.*, pág. 44.

⁴⁵ *Id.*, pág. 46.



desde su posición como actores sociales, académicos y pastorales, opciones pacíficas y racionales para solucionar el conflicto armado. En los párrafos citados a continuación se consignan los hallazgos que tuvo por acreditados la CIDH que denotan lo antes dicho:⁴⁶

55. Los hechos del caso sucedieron en medio de la mayor ofensiva militar lanzada por el FMLN durante los años de guerra civil. La ofensiva militar del FMLN se produjo el 11 de noviembre de 1989, con posterioridad a un grave atentado cometido el 31 de octubre de 1989 en la ciudad de San Salvador, en el cual grupos no identificados de la extrema derecha detonaron una bomba en la sede Central de la Federación Nacional Sindical de Trabajadores Salvadoreños (FENASTRAS). Este atentado arrojó un saldo de 10 líderes sindicales muertos y 30 heridos.

[...]

153. El Subteniente Guevara Cerritos⁴⁷, por su parte, admitió haber recibido, junto con los dos tenientes, órdenes del Coronel Benavides de realizar la operación en la UCA. El deponente declaró que el Coronel Benavides les dijo: "Bueno señores, nos estamos jugando el todo por el todo, o somos nosotros o son ellos, ya que éstos han sido los intelectuales que han dirigido la guerra por mucho tiempo". Según Guevara Cerritos, Benavides siguió diciendo: "que ahí se encontraba el Teniente Mendoza y que por ser compañero del Teniente Espinoza y más antiguo, sería él quien iba a dirigir la operación, pues los soldados de Espinoza ya conocen donde duermen los padres jesuitas y no quiero testigos". Guevara Cerritos también reconoció que seguidamente él y Espinoza reunieron a los Jefes de Patrullas que se encontraban ahí y les comunicaron la orden que habían recibido del Coronel Benavides."

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en una de sus conclusiones, es precisa en atribuir al Estado salvadoreño la violación del derecho a la vida, denominando tales asesinatos como ejecuciones extrajudiciales y en señalar como sus perpetradores a importantes oficiales de la fuerza armada de aquel momento, yendo así mucho más allá de quienes enfrentaron el proceso judicial cuyo juicio ante jurado se desarrolló los días 26, 27 y 28 de septiembre de 1991. En sus propias palabras se lee:⁴⁸

237. El Estado salvadoreño, a través de los agentes de la fuerza armada que perpetraron las ejecuciones extrajudiciales aquí descritas,^[Nota al pie] ha violado el

⁴⁶ CIDH, Informe N° 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párrs. 55 y 153.

⁴⁷ El Subteniente Gonzalo Guevara Cerritos junto con el Teniente Yushy Mendoza Vallecillos y el Teniente José Ricardo Espinoza Guerra fueron acusados de participar en el mando del operativo.

⁴⁸ Vide nota 46, párr. 237, se incluye el texto de la cita por su relevancia.

derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana, conjuntamente con los principios recogidos en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, en perjuicio de los sacerdotes jesuitas Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Armando López, Joaquín López y López, Juan Ramón Moreno; de la señora Julia Elba Ramos; y de la hija de ésta, la menor Celina Mariceth Ramos.

[Nota al pie] De los propios documentos del Estado reseñados en este informe y del Informe de la Comisión de la Verdad, así como de las otras pruebas relacionadas en el presente informe, aparecen al menos identificadas las siguientes personas: Coronel René Emilio Ponce (Jefe de Personal de la Fuerza Armada Salvadoreña), General Juan Rafael Bustillo, Coronel Juan Orlando Zepeda, Coronel Inocente Orlando Montano, Coronel Francisco Elena Fuentes, Coronel Oscar Alberto León Linares, Coronel Guillermo Alfredo Benavides Moreno (Comandante del Batallón Atlacatl), Teniente Coronel Camilo Hernández, Teniente José Ricardo Espinoza Guerra, SubTeniente Gonzalo Guevara Cerritos (ambos del Batallón Atlacatl), Teniente Yussly Mendoza Vallecillos (de la Escuela Militar), Sargento Antonio Ramiro Avalos Vargas, Cabo Ángel Pérez Vásquez, Sargento Tomás Zarpate Castillo, soldado José Alberto Sierra, soldado Oscar Mariano Amaya Grimaldi, y soldado Jorge Alberto Sierra Ascencio.

Que la CIDH haya establecido que los asesinatos perpetrados adquirieron la calidad de ejecuciones extrajudiciales por violación de normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario reviste consecuencias jurídicas a las cuales el Estado salvadoreño no puede sustraerse.

Las ejecuciones extrajudiciales son afectaciones gravísimas del derecho a la vida, que unen a su gravedad material el hecho de ser cometidas por personas que detentan poder de Estado. Sin duda, todo asesinato constituye una vulneración del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, *“el cual está consagrado universalmente. Ciertamente, este derecho es fundamental y la piedra de toque para el ejercicio de todos los demás derechos. De allí, que este derecho está consagrado como un derecho inderogable. El carácter fundamental de este derecho ha sido ampliamente reiterado por la jurisprudencia internacional.”*⁴⁹

El Comité de Derechos Humanos ha concluido que el derecho a la vida *“es el derecho supremo de los seres humanos. Se desprende de ello que la privación de la vida por las autoridades estatales es una cuestión gravísima.”*⁵⁰ La implicación de esto es que, como ya

⁴⁹ Federico Andreu-Guzmán, *Desaparición forzada y ejecución extrajudicial: Investigación y sanción- Guía para profesionales* No. 9, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra pág. 61, se omiten citas en el texto.

⁵⁰ Comité de Derechos Humanos, *Caso Suárez de Guerrero c. Colombia*, Comunicación 45/1979, párr. 13.1.



se indicó, tales hechos deben ser investigados, juzgados y sancionados por los Estados, o éstos deben permitir que otros Estados u órganos de la comunidad internacional procedan a su enjuiciamiento.

Resulta casi innecesario insistir en la gravedad de los hechos a los que se les atribuye la calificación de ejecuciones extrajudiciales, lo que sí es de hacer notar y recalcar son las consecuencias de dicha calificación. El texto que se cita a continuación es una precisa síntesis de tales consecuencias:

Los órganos intergubernamentales, la jurisprudencia internacional y la doctrina han reiteradamente calificado las ejecuciones extrajudiciales de crimen bajo el derecho internacional. La Corte Interamericana ha recordado que la prohibición absoluta de las ejecuciones extrajudiciales y el correlativo deber de investigarlas y juzgar y sancionar a sus autores, constituye una norma imperativa de derecho internacional (jus cogens).⁵¹

Las connotaciones descritas y el contexto de los hechos acaecidos la noche del 16 de noviembre de 1989, en el que fueron asesinados a tiros, seis sacerdotes jesuitas, una cocinera y su hija, llevan a considerarlos graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, condiciones que consecuentemente llevan a identificarlos como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Es innegable que El Salvador vivía un conflicto armado interno. Es innegable que, como se ha demostrado históricamente también en múltiples casos, como las masacres realizadas a población civil y el fenómeno de la niñez desaparecida en el marco del conflicto armado interno, existía una política sistemática o al menos generalizada que atacaba a la población civil, no como un resultado inevitable o azaroso, sino como un propósito estratégico que se nutría del análisis militar de la época, y es dentro de tal conflicto y en ese contexto que sucede este asesinato conducido intelectual y materialmente por efectivos de distintos niveles de las fuerzas armadas salvadoreñas, y con una finalidad militar explícita.

D. La extradición por parte del Reino de España y sus efectos en el caso concreto

En este apartado la Procuraduría analizará la validez y obligatoriedad jurídica de cualquier pedido de extradición formulado por el Reino de España en el ámbito del procesamiento penal contra los encausados por planificar y perpetrar el asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, el 16 de noviembre de 1989, en El Salvador, tanto como crimen de lesa humanidad como crimen de guerra. Al respecto, esta Procuraduría reconoce que el Reino de España está legalmente habilitado para perseguir por la vía de la jurisdicción universal a los responsables del asesinato anteriormente indicado, y que la República de El Salvador está, en el caso concreto, obligado a acordar la extradición que le sea solicitada. Se justifica lo anterior con los argumentos que a continuación se exponen.

⁵¹ Vide nota 49, p. 90, se omiten citas en el texto.

El Reino de España emitió el 1 de julio de 1985, por medio de sus Cortes Generales, la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Su artículo 23, originalmente, establecía lo siguiente:

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.*
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.*
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.*

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.*
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.*
- c) Rebelión y sedición.*
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.*
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.*
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.*
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.*
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.*
- i) Los relativos al control de cambios.*

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.*

- b) Terrorismo.*
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d) Falsificación de moneda extranjera.*
- e) Los relativos a la prostitución.*
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.*

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo.

De las disposiciones anteriores el artículo 23.1 LOPJ es el principio de territorialidad; el artículo 23.2 LOPJ corresponde al principio de extraterritorialidad sobre la base del criterio personal o subjetivo; el artículo 23.3 LOPJ corresponde al principio de extraterritorialidad sobre la base del criterio real u objetivo; el artículo 23.4 LOPJ corresponde al principio de extraterritorialidad sobre la base del criterio de justicia universal. El artículo 23.5 LOPJ corresponde a ciertos requisitos objetivos que buscan evitar una doble persecución penal. En lo sucesivo, la atención se prestará al criterio de justicia universal, que es el aplicable en el caso concreto.

En 1999 se operó una reforma en el artículo 23.4 LOPJ, con la finalidad de ampliar los delitos relacionados con la prostitución e incluir en ellos los de corrupción de menores e incapaces. En el año 2005 se realizó otra reforma al artículo 23.4, agregando los delitos relativos con la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. En el año 2007 se realizó otra reforma al artículo 23.4, agregando en esta ocasión los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadoras. En el año 2009 se concretizó otra reforma al artículo 23.4, en esta oportunidad agregando los delitos de lesa humanidad de manera expresa; adicionalmente y siguiendo el llamado principio de subsidiariedad y doctrina emanada del Tribunal Constitucional del Reino de España y del Tribunal Supremo de Justicia del Reino de España, se estableció que la jurisdicción de los tribunales españoles para aplicar extraterritorialmente la jurisdicción penal española por el criterio de justicia universal, sólo podía implementarse si los responsables se encontraran en España o que las víctimas fueran de nacionalidad española, y que no se haya iniciado en otro país competente o en un Tribunal Internacional un procedimiento que suponga investigación y persecución efectiva por tales hechos punibles.

En 2014 y en 2015 se realizaron sendas reformas al artículo 23.4 de la LOPJ, las cuales carecen de relevancia para presente caso debido a los efectos del principio general de irretroactividad. En otros términos, el auto de procesamiento emitido el 30 de mayo de 2011, mediante el cual se emiten las órdenes de captura internacional para fines de extradición, se pronunció de conformidad con la disposición vigente para el año 2009. En la disposición vigente para tal momento, y teniendo en cuenta que para el momento de cometimiento de los hechos criminales ya existía vigente tanto para el Reino de España como para la República de El Salvador el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra,

así como sus normas de persecución penal, que instauran el ejercicio de jurisdicción universal, por lo que aún queda la opción jurídica para que, además de solicitar la extradición por un crimen de lesa humanidad también se reformule por la existencia indubitable de un crimen de guerra.

En la actualidad, la solicitud de extradición se formula por dos delitos: actos de terrorismo y por crímenes de lesa humanidad. Esta Procuraduría no realizará observaciones o comentarios sobre el pedido de captura y extradición que se encuentra en el auto de procesamiento aludido respecto del primer delito. Sin embargo, esta Procuraduría sí expresará sus consideraciones respecto del delito de lesa humanidad, y de un eventual futuro requerimiento de extradición por ocasión de constatar, el Reino de España, que los hechos son también un crimen de guerra, según las normas vigentes para ambos Estados al momento que los hechos tuvieron lugar.

De esta manera, al momento de cometimiento de los hechos en El Salvador los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tal y como estaban en el Código Penal, tienen una descripción del tipo penal que deja en absoluta impunidad a los hechos. Así el Libro Segundo, Quinta Parte del Código Penal de 1973, se refiere a los delitos contra la paz internacional, en su Capítulo I, y a los delitos de carácter internacional, en su Capítulo II. En los últimos se contemplaban únicamente la piratería, la piratería aérea, el comercio de esclavos, el comercio de mujeres y niños, la dirección o pertenencia a organizaciones internacionales delictivas, y la destrucción de cables submarinos. En el Capítulo I se contemplaba el genocidio, la incitación pública a una guerra de agresión, los delitos contra las leyes o costumbres de guerra, y delitos contra los deberes de humanidad. Del nombre o indicativo de los delitos se puede asumir que los relevantes para este caso son los llamados *delitos contra las leyes o costumbres de guerra* que equivaldrían a crímenes de guerra, y los *delitos contra los deberes de humanidad* que equivaldrían a crímenes de lesa humanidad.

El texto normativo de los delitos contra las leyes o costumbres de guerra expresaba así:

[Artículo 488:] El civil no sujeto a la jurisdicción militar que durante una guerra internacional o civil, violare las leyes internacionales o costumbres de la guerra, con actos tales como daños síquicos o corporales, deportación para trabajos forzados de la población civil en territorio ocupado, maltrato de prisioneros de guerra, muerte de rehenes, saqueo de la propiedad privada o pública, destrucción innecesaria de ciudades o pueblos o devastación no justificada por necesidades militares, será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

Y el texto normativo de los delitos contra los deberes de humanidad decía:

[Artículo 489:] El civil no sujeto a la jurisdicción militar que violare los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante las acciones

- b) Terrorismo.*
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d) Falsificación de moneda extranjera.*
- e) Los relativos a la prostitución.*
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.*

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo.

De las disposiciones anteriores el artículo 23.1 LOPJ es el principio de territorialidad; el artículo 23.2 LOPJ corresponde al principio de extraterritorialidad sobre la base del criterio personal o subjetivo; el artículo 23.3 LOPJ corresponde al principio de extraterritorialidad sobre la base del criterio real u objetivo; el artículo 23.4 LOPJ corresponde al principio de extraterritorialidad sobre la base del criterio de justicia universal. El artículo 23.5 LOPJ corresponde a ciertos requisitos objetivos que buscan evitar una doble persecución penal. En lo sucesivo, la atención se prestará al criterio de justicia universal, que es el aplicable en el caso concreto.

En 1999 se operó una reforma en el artículo 23.4 LOPJ, con la finalidad de ampliar los delitos relacionados con la prostitución e incluir en ellos los de corrupción de menores e incapaces. En el año 2005 se realizó otra reforma al artículo 23.4, agregando los delitos relativos con la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. En el año 2007 se realizó otra reforma al artículo 23.4, agregando en esta ocasión los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadoras. En el año 2009 se concretizó otra reforma al artículo 23.4, en esta oportunidad agregando los delitos de lesa humanidad de manera expresa; adicionalmente y siguiendo el llamado principio de subsidiariedad y doctrina emanada del Tribunal Constitucional del Reino de España y del Tribunal Supremo de Justicia del Reino de España, se estableció que la jurisdicción de los tribunales españoles para aplicar extraterritorialmente la jurisdicción penal española por el criterio de justicia universal, sólo podía implementarse si los responsables se encontraran en España o que las víctimas fueran de nacionalidad española, y que no se haya iniciado en otro país competente o en un Tribunal Internacional un procedimiento que suponga investigación y persecución efectiva por tales hechos punibles.

En 2014 y en 2015 se realizaron sendas reformas al artículo 23.4 de la LOPJ, las cuales carecen de relevancia para presente caso debido a los efectos del principio general de irretroactividad. En otros términos, el auto de procesamiento emitido el 30 de mayo de 2011, mediante el cual se emiten las órdenes de captura internacional para fines de extradición, se pronunció de conformidad con la disposición vigente para el año 2009. En la disposición vigente para tal momento, y teniendo en cuenta que para el momento de cometimiento de los hechos criminales ya existía vigente tanto para el Reino de España como para la República de El Salvador el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra,

así como sus normas de persecución penal, que instauran el ejercicio de jurisdicción universal, por lo que aún queda la opción jurídica para que, además de solicitar la extradición por un crimen de lesa humanidad también se reformule por la existencia indubitable de un crimen de guerra.

En la actualidad, la solicitud de extradición se formula por dos delitos: actos de terrorismo y por crímenes de lesa humanidad. Esta Procuraduría no realizará observaciones o comentarios sobre el pedido de captura y extradición que se encuentra en el auto de procesamiento aludido respecto del primer delito. Sin embargo, esta Procuraduría sí expresará sus consideraciones respecto del delito de lesa humanidad, y de un eventual futuro requerimiento de extradición por ocasión de constatar, el Reino de España, que los hechos son también un crimen de guerra, según las normas vigentes para ambos Estados al momento que los hechos tuvieron lugar.

De esta manera, al momento de cometimiento de los hechos en El Salvador los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tal y como estaban en el Código Penal, tienen una descripción del tipo penal que deja en absoluta impunidad a los hechos. Así el Libro Segundo, Quinta Parte del Código Penal de 1973, se refiere a los delitos contra la paz internacional, en su Capítulo I, y a los delitos de carácter internacional, en su Capítulo II. En los últimos se contemplaban únicamente la piratería, la piratería aérea, el comercio de esclavos, el comercio de mujeres y niños, la dirección o pertenencia a organizaciones internacionales delictivas, y la destrucción de cables submarinos. En el Capítulo I se contemplaba el genocidio, la incitación pública a una guerra de agresión, los delitos contra las leyes o costumbres de guerra, y delitos contra los deberes de humanidad. Del nombre o indicativo de los delitos se puede asumir que los relevantes para este caso son los llamados *delitos contra las leyes o costumbres de guerra* que equivaldrían a crímenes de guerra, y los *delitos contra los deberes de humanidad* que equivaldrían a crímenes de lesa humanidad.

El texto normativo de los delitos contra las leyes o costumbres de guerra expresaba así:

[Artículo 488:] El civil no sujeto a la jurisdicción militar que durante una guerra internacional o civil, violare las leyes internacionales o costumbres de la guerra, con actos tales como daños síquicos o corporales, deportación para trabajos forzosos de la población civil en territorio ocupado, maltrato de prisioneros de guerra, muerte de rehenes, saqueo de la propiedad privada o pública, destrucción innecesaria de ciudades o pueblos o devastación no justificada por necesidades militares, será sancionado con prisión de cinco a veinte años.

Y el texto normativo de los delitos contra los deberes de humanidad decía:

[Artículo 489:] El civil no sujeto a la jurisdicción militar que violare los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante las acciones



de guerra, en los hospitales o lugares destinados a los heridos y el que cometiere cualquier acto inhumano contra la población civil, antes, durante o después de acciones de guerra será sancionado con prisión de cinco a veinte años”.

Las disposiciones anteriores, si fueran aplicadas por El Salvador en la actualidad en contra de las personas cuya extradición se ha solicitado, como corresponde a la luz del principio *nullo crimen, nulla pena sine lege*, en el supuesto que el Estado decidiera juzgar y no extraditar, y en el supuesto que no tuviera ninguna forma de aplicación ni la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (LAGCP), produce como resultado una impunidad grosera y absolutamente ilícita, pues ninguna de las personas cuya extradición se solicita era, al momento de los hechos, civil no sujeto a la jurisdicción militar. Por el contrario, eran militares de alta, en ejercicio pleno y activo de sus grados, cargos y posiciones estratégicas dentro de una cadena de mando claramente definida. Lamentablemente, incluso en el actual Código Penal las figuras siguen siendo deficitarias, y aunque estuvieran formuladas con plena armonía respecto de los tratados respectivos, el principio de legalidad impide su aplicación al día de hoy.

Esto significa que, frente a la solicitud de extradición realizada por el Reino de España, respecto del delito de lesa humanidad, y ante una eventual solicitud de extradición formulada también por la consideración y valoración de que los hechos constituyen un crimen de guerra, la opción de juzgamiento como obligación primaria conduce a la impunidad, un resultado que está prohibido, como se ha expresado en esta resolución, por normas de *jus cogens*. Y como consecuencia directa del hecho que, en este tipo de circunstancias el principio *aut dedere aut judicare* se convierte en una regla jurídica plena, se impone para El Salvador un único y exclusivo camino: extraditar obligatoria.

Aunque en El Salvador se realizó un procesamiento por el delito de homicidio en contra de algunas de las personas requeridas, es importante señalar que, tal y como esta Procuraduría lo ha advertido previamente, el proceso penal que en su oportunidad se realizó no puede considerarse como un proceso satisfactorio de las exigencias de un debido proceso penal. Por otra parte, la condena que se impuso a quienes fueron imputados en tal proceso fue rápidamente dejada sin efecto como resultado de la aplicación de la LAGCP. De esta manera, dentro del conjunto de personas cuya extradición se solicita, hay un subconjunto integrado por quienes ya fueron sometidas a proceso penal en El Salvador y luego sancionadas, no pueden alegar a su favor –y el Estado de El Salvador tampoco– la prohibición de doble persecución penal, debido a que hasta el momento ha sido el mismo Estado salvadoreño quien se encargó con su legislación, y contrariando normas de *jus cogens*, de privar de efecto al juicio penal y a su condena.

Con relación a estas mismas personas y aquellas otras a las que todavía no se les abrió un proceso penal, debido a la aplicación de la LAGCP o por la consideración de la prescripción de la acción penal debido al paso del tiempo, evidentemente tampoco puede el Estado salvadoreño acudir a dicho argumento debido a que la naturaleza de *jus cogens*

concernida en la prohibición de impunidad sobre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, como se ha indicado en esta resolución, no admiten disposiciones de derecho interno ni de derecho internacional que estén dirigidas a promover, establecer o asegurar la impunidad de sus perpetradores y la falta de reparación para las víctimas.

En suma, requeridos los encausados, por este tipo de crímenes (lesa humanidad y crímenes de guerra), El Salvador no tiene forma alguna de cumplir con la obligación derivada del *ius cogens* de evitar impunidad, dado el deficitario diseño normativo de sus normas penales existentes a la fecha, que concediendo obligatoriamente las extradiciones solicitadas.

E) La reforma constitucional habilitante de la extradición de nacionales y los erróneos fundamentos de la Corte Suprema de Justicia al desechar las solicitudes de extradición en 2012.

Esta Procuraduría interpreta y considera que no existen argumentos jurídicos que contribuyan a impedir la extradición de las personas encausadas en el Reino de España por el asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, principalmente si tales hechos son considerados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

E.1 El tratado de extradición entre el Reino de España y la República de El Salvador.

Entre el Reino de España y la República de El Salvador, actualmente rige un Tratado de Extradición, el cual fue suscrito en Madrid el 10 de marzo de 1997. En dicho tratado se establece la obligación de conceder la extradición requerida (Artículo 1) cuando el delito sea punible en ambas jurisdicciones, es decir, cuando esté castigado con una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de no menos de un año, o con una pena más grave (Artículo 3.1). También dispone el tratado que la extradición no será obligatoriamente concedida si se tratare de delitos políticos o comunes conexos con tales delitos (Artículo 4.1), advirtiéndose que en ningún caso se considerará como delito político a los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad (Artículo 4.1.c). Se prevén otros casos de denegatoria obligatoria de la extradición, siendo ellos cuando la persona cuya extradición se solicita esté siendo procesada o esté definitivamente absuelta o definitivamente condenada en el territorio del Estado requerido por el mismo delito por el que se solicita su extradición (Artículo 5.1.a); cuando de conformidad con la legislación de cualquiera de los Estados Parte la persona cuya extradición se solicita está libre de procesamiento o de castigo por cualquier motivo, incluida la prescripción de la pena o de la acción penal (Artículo 5.1.b); si el delito por el que se solicita la extradición lo es sólo frente a la jurisdicción militar pero no frente a la jurisdicción ordinaria (Artículo 5.1.c); y finalmente si la persona cuya extradición se solicita ha sido condenada o podría ser juzgada y condenada en el territorio del Estado requirente por un tribunal especial o extraordinario (Artículo 5.1.d).



El tratado igualmente dispone la existencia de causales facultativas para la denegatoria de la extradición, siendo ellas, que la persona cuya extradición se solicita sea de la misma nacionalidad que la del Estado requerido (Artículo 6); si de conformidad con la ley del Estado requerido el delito se ha cometido total o parcialmente en su propio territorio (Artículo 7.1.a); si el delito por el que se solicita la extradición está sancionado con pena de muerte de conformidad con la legislación del Estado requirente, a menos que existan suficientes garantías a juicio del Estado requerido, que la pena de muerte no se impondrá o que de imponerse no será ejecutada (Artículo 7.1.b); si la persona cuya extradición se solicita ha sido absuelta o condenada definitivamente por un tercer Estado por el mismo delito, y en este último caso, si la condena ha sido cumplida o ya no se puede cumplir (Artículo 7.1.c); si el Estado requerido, tras considerar el carácter del delito y los intereses de la Parte requirente, considera que, dadas las circunstancias personales de la persona reclamada, como edad, salud, situación familiar u otras circunstancias similares, la extradición de dicha persona no será compatible con situaciones de tipo humanitario (Artículo 7.1.d); si el delito por el que se solicita la extradición ha sido cometida en el territorio de un tercer Estado y el Estado requerido carece de jurisdicción, con arreglo a su propia legislación, para conocer de delito cometidos fuera de su territorio en circunstancias similares (Artículo 7.1.e); y si la persona cuya extradición se solicita no ha tenido ni va a tener un proceso penal con las garantías mínimas que se establecen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 7.1.f).

Dispone el tratado que si el Estado requerido resuelve no acceder a la extradición solicitada, a requerimiento del Estado requerido, deberá someter a sus autoridades el asunto para que se emprendan las actuaciones judiciales que se consideren pertinentes, para lo cual la información, evidencias u objetos se remitirán por vía diplomática, generándose además la obligación al Estado requerido para informar al Estado requirente del resultado que obtenga su solicitud (Artículo 7.2).

Esta Procuraduría debe llamar a la atención sobre la interpretación y aplicación del aludido tratado. Al respecto se debe observar lo señalado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), la cual, si bien no ha sido ratificada por El Salvador, codifica la costumbre internacional, y ha sido utilizada en la práctica de una manera sistemática por El Salvador, de manera que no hay actos que evidencien que dicho Estado se haya opuesto a la *opinio juris* subyacente de la costumbre internacional codificada en dicha Convención.

De acuerdo con el artículo 31 CVDT un tratado debe de interpretarse de buena fe, conforme con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto, teniendo en cuenta su objeto y fin. Como reconoce unánimemente la doctrina, esta norma descansa bajo el principio *ut res magis valeat quam pereat* –es mejor que las cosas tengan efecto a que carezcan de alguno– de manera que con dicho principio surge la necesidad de proveer a los tratados de un *effet utile*.

El contexto del tratado implica, para el caso específico, el texto y su preámbulo, debido a que no existen acuerdos escritos y públicos, que hayan sido concertados entre las partes con motivo de la celebración del tratado (Artículo 31.2.a CVDT) ni instrumentos escritos y públicos formulados por una de las partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por la otra como instrumento referente al mismo (Artículo 31.2.b CVDT). Tampoco existen acuerdos escritos y públicos que sean ulteriores entre las partes y que traten sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones (Artículo 31.3.a CVDT). Asimismo, no existen evidencias sobre alguna práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del mismo (Artículo 31.3.b CVDT). Y finalmente no existe otra forma pertinente del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (Artículo 31.3.c CVDT).

De manera complementaria, y por tanto, sólo para efecto de llenar algún vacío interpretativo que no se haya logrado colmar con las herramientas anteriores, se puede acudir a los *travaux préparatoires*, y a las circunstancias de la celebración del tratado, entendiendo por vacío interpretativo la ambigüedad u oscuridad en el sentido, o un resultado manifestamente absurdo o irrazonable (Artículo 32 CVDT). Esto quiere decir, en primer lugar, que las interpretaciones absurdas e irrazonables no son un feliz término para el proceso intelectual hermenéutico; y en segundo lugar que la interpretación de un tratado debe hacerse de conformidad con las condiciones de actualidad que corresponden al momento de su aplicación, de manera que el proceso interpretativo no es un ejercicio motivado por el propósito de desentrañar la intención de las partes al momento de la confección del tratado, sino que se busca encontrar el sentido jurídico objetivo que contribuye a resolver problemas actuales, y por ello sólo para efectos complementarios se autoriza a acudir a la voluntad creacional de las partes.

Adicionalmente, esta Procuraduría advierte que el tratado referido obliga a las partes y se debe cumplir de buena fe (Artículo 26 CVDT), siendo que ninguna de las partes podrá alegar o invocar su derecho interno como justificación para el incumplimiento del mismo, sin perjuicio que los tratados, o las partes de estos, que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional son nulos (Artículo 53 CVDT).⁵² Finalmente, conviene señalar que las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que ha tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo. Si bien las disposiciones de la CVDT son muy genéricas sobre este punto, el tratado de extradición aludido deja clara la intención de las partes, en el sentido que su aplicación es respecto a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor, no obstante que la conducta delictiva correspondiente hubiese tenido lugar antes de esa fecha.

⁵² Vide nota 19.

Sobre la base de lo anterior, esta Procuraduría debe advertir que el mencionado tratado, en sí, es perfectamente aplicable en las relaciones entre la República de El Salvador y el Reino de España, respecto de las solicitudes de extradición, sin embargo, hay ciertas interpretaciones que deben hacerse cuando los hechos que motivan la extradición son crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, debido a las implicaciones de las diferentes obligaciones de *jus cogens* que se encuentran subyacentes en tales situaciones. Es decir, el mismo tratado tiene la virtud –a la luz del artículo 53 CVDT– de generar resultados diferentes cuando se trata de una solicitud de extradición por un delito tradicional que cuando se trata de una solicitud de extradición por un delito de la enorme trascendencia como los ya mencionados.

En particular, tratándose de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, las normas de *jus cogens* concernidas no permiten aplicar la denegatoria obligatoria contemplada en el artículo 5.1.b del tratado, cuando la persona requerida en extradición está libre de procesamiento o de castigo por efecto de la aplicación de una ley de amnistía, pues ante las normas de *jus cogens* no son admisibles normas de derecho internacional o de derecho interno que contribuyan a la impunidad de los hechos; lo mismo puede decirse frente a cualquier aplicación o interpretación de alguna norma que tenga efectos en la prescripción de la acción o de la pena, las cuales no opera en este tipo de casos por las mismas razones ya apuntadas anteriormente.

Tampoco sería procedente la denegatoria obligatoria de la extradición porque el hecho por el que se solicita es delictivo sólo frente a la jurisdicción militar pero no frente a la jurisdicción ordinaria –tal como dispone el artículo 5.1.c del tratado– debido a que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de otra jurisdicción más que de la jurisdicción común, habida cuenta que la jurisdicción especial militar sólo tiene validez y ámbito de aplicación, frente a las infracciones de la disciplina militar y cuando esta afecta bienes jurídicos de exclusivo y único interés de las fuerzas armadas.

Por otra parte, la causal facultativa de denegatoria de extradición establecida en el artículo 7.1.a del tratado no puede tener aplicación cuando la solicitud de extradición descansa en crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, dadas las implicaciones del *jus cogens* que están involucradas en tales expresiones delictivas. En estos casos operan criterios de jurisdicción universal, pretender lo contrario sería especialmente absurdo e irracional, sobre todo respecto de los crímenes de guerra, cuyas normas vigentes entre el Reino de España y la República de El Salvador, al momento de los hechos, ya habilitaba el uso de esta forma de aplicación extraterritorial de la jurisdicción penal.

Adicionalmente, esta Procuraduría desea manifestar que, en el caso particular del asesinato de los sacerdotes jesuitas, como ya se manifestó, la extradición debe ser obligatoria, debido a que los tipos penales existentes en el momento que sucedieron los hechos, por no haber sido oportunamente adecuados a las obligaciones internacionales en materia de crímenes de

lesa humanidad y crímenes de guerra, en caso de intentarse la opción de juzgamiento, garantiza de manera indefectible una absoluta impunidad, un resultado ilícito a la luz de las normas de *jus cogens* que rigen en esta materia, por lo que, en este caso particular, ninguna de las causales facultativas de denegatoria de extradición puede ser aplicada. Esta obligatoriedad permite entender, desde la perspectiva del derecho internacional, que la nacionalidad de las personas cuya extradición se solicita, en este caso concreto, no puede ser argumentada, aunque se ampliará más sobre este punto desde la perspectiva constitucional.

Un caso de estudio podría suceder en los supuestos de lo que el derecho internacional denomina el principio de *non refoulement*, es decir, cuando se autoriza la no extradición de una persona que no va a ser sometida a un debido proceso o que será sometida a la pena de muerte. Pero como se apuntó, sería un caso de estudio sin sentido práctico en el *cas d'espèce*, debido a que el estándar de garantías constitucionales y en materia de derechos humanos que operan en el Reino de España, tanto por efecto de sus institucionalidad judicial como por efecto de los mecanismos de estandarización en la materia por parte del Consejo de Europa (a través de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos), y por otras exigencias del escenario de la Unión Europea, no existe pena de muerte y el debido proceso posee un estándar compatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otra norma común entre la República de El Salvador y el Reino de España.

E.2 El erróneo argumento de la Corte Suprema de Justicia al denegar las solicitudes de extradición en 2012

En la denegatoria de extradición realizada en 2012 la Corte Suprema de Justicia justificó su actuación mediante los efectos ultra activos del artículo 28 de la Constitución, en una de cuyas disposiciones se prohibía la extradición de nacionales, aduciendo que esta era una garantía sustantiva y no una garantía adjetiva, y que dada su formulación tenía un carácter absoluto. Esta Procuraduría no comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia, al proponer esa línea de interpretación, y acogerla para resolver las solicitudes de extradición, realizó una interpretación incompleta de la Constitución, impropia de la elevada investidura de un Alto Tribunal, pues obvió principios elementales de la interpretación constitucional tales como el principio de unidad de la Constitución, concordancia práctica, ponderación de las limitaciones o restricciones de derechos, y efecto útil de la interpretación.

El principio de unidad de la Constitución impide interpretar la Constitución como una yuxtaposición de artículos, y por ende, es erróneo considerar como interpretación válida aquella que se centra exclusivamente en el alcance de un artículo o de una frase de un artículo sin ponderar los razonables entrelazamientos que dicha disposición posee con otras disposiciones y con principios y valores constitucionales, dentro de la sistemática que



describe a la Constitución. Así, es una equivocación interpretar el artículo 28 de la Constitución, y particularmente la regla que prohíbe la extradición de nacionales sin considerar el efecto que sobre dicha norma ejerce el derecho establecido en el artículo 2 de la misma que se refiere, entre otros aspectos, al derecho a la vida que toda persona habitante de El Salvador posee, y a ser protegido en la conservación y defensa del mismo.

Al respecto esta Procuraduría ha entendido, y la jurisprudencia constitucional también, que el moderno Estado de Derecho no se satisface con la existencia de catálogos abiertos y dinámicos de derechos para las personas, sino que también debe existir una actividad estatal constante, a la manera de una obligación de medio, tanto para prevenir (conservación) como para garantizar (defensa) los derechos establecidos en aquel catálogo abierto y dinámico. De manera que si una persona habitante de El Salvador es víctima de una ejecución extrajudicial o extralegal –como sucede en el caso de marras– con la consecuente privación de su derecho a la vida, se debe desplegar una actividad estatal para investigar dicha violación y juzgar a los responsables, y además reparar a la víctima.

En tal sentido, el primer deber que se desprende de la Constitución salvadoreña, frente a un hecho delictivo que implica graves violaciones a los derechos humanos, es el de desplegar ese conjunto de obligaciones que se integran en el deber de garantía que existe sobre el derecho a la vida. Este deber de garantía no se desprende sólo de la Constitución de El Salvador, sino que se encuentra establecido también en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es una norma vigente tanto en la República de El Salvador como en el Reino de España. Desde la tesitura del Pacto Internacional citado la solicitud de extradición el Estado requirente es, por ello, una concreción del deber de garantía, en el ámbito del ejercicio de la jurisdicción universal dada la naturaleza de los crímenes de guerra y de lesa humanidad que implican los hechos.

Ante lo señalado, el artículo 2 de la Constitución, impacta sobre una eventual prohibición de extradición de nacionales, pues si la solicitud de extradición versa sobre crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, las obligaciones de garantizar establecidos en dicho artículo pueden compatibilizar con la prohibición de extradición de nacionales, a condición que El Salvador, como Estado requerido, despliegue las obligaciones de juzgar a los perpetradores que se encuentren dentro de su territorio. Pero si tal juicio no es posible de realizar, por ejemplo porque no hay sustento normativo penal suficiente, entonces la extradición del nacional se convierte, en ese supuesto excepcional, como la única manera de dar cumplimiento a las obligaciones de *jus cogens*. La Constitución de El Salvador no fue diseñada, ni se puede interpretar ni aplicar con la intención de generar un régimen de impunidad, y menos aún un régimen de impunidad a crímenes de trascendencia internacional.

Por otra parte, se ha mencionado el principio de concordancia práctica como otro elemento no contemplado en el análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con este principio dos o más disposiciones constitucionales deben lograr un punto de

coincidencia que haga a ambas realizables en la práctica, o dicho con otras expresiones, no son admisibles las interpretaciones que a cambio de dotar de sentido jurídico una disposición, vacían a la otra u otras que son igualmente normas constitucionales. Se observa, pues, el ligamen indisoluble entre este principio y el anterior.

Trayendo las cosas a su justa dimensión, y en el contexto de una grave violación a los derechos humanos, el principio de unidad de la Constitución y de concordancia práctica obliga a considerar que ante la prohibición de extradición de nacionales, la disposición normativa del artículo 2 de la Constitución, que obliga a juzgar o extraditar, como ha quedado demostrado anteriormente, al tratarse de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, no puede ser vaciada de su contenido ni efecto jurídico. Y por ello si se pretende reconocer una prohibición constitucional de extradición de nacionales, esto sólo puede serlo a condición de no vaciar el artículo 2 de la Constitución, es decir, obligando al Estado a juzgar o a extraditar, pero si por las circunstancias el juicio no es posible, la prohibición debe ceder y comprimirse lo suficiente para que la extradición sea posible.

De conformidad con el principio de ponderación de las limitaciones o restricciones a los derechos, y habiendo aceptado previamente lo expuesto, cabe preguntarse si la limitación o restricción que en la práctica se impone al derecho a ser garantizado en el derecho a la vida, y que adopta la forma de una obligación estatal correspondiente, está debidamente ponderada, es decir, si puede ser explicada a partir del test de idoneidad, del test de necesidad y del test de proporcionalidad estricta. Pero como paso previo se debe identificar que existe una fin válido y lícito cuya persecución genera la limitación o restricción aludida.

Esta Procuraduría no logra encontrar en los razonamientos esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia cuál es el fin que busca perseguir al limitar o restringir el derecho a ser garantizado en el derecho a la vida de las personas mencionadas. Como resultado de lo anterior, la acción de limitación o restricción, al no responder a un fin o resultado teleológico, evidencia su fundamentación en la arbitrariedad. Esta Procuraduría sólo podría alcanzar una conclusión diferente si la limitación o restricción señalada se explicara en función de un fin válido y permisible, y si para la búsqueda de tal fin la medida es idónea o pertinente (es decir, si la medida contribuye a lograr ese fin, el llamado test de idoneidad), si es necesaria (es decir, si la magnitud o intensidad con la que se presenta la medida no excede de la magnitud o intensidad necesaria para lograr el fin), y si la restricción o limitación así establecida es compensable con el beneficio que se obtiene por el fin perseguido.

Nuevamente, esta Procuraduría reitera que al no haber expresado la Corte Suprema de Justicia un fin para el cual impedir la extradición de nacionales involucrados imputado en un crimen de lesa humanidad —y eventualmente en un crimen de guerra— es imposible para ella realizar los tests anteriormente señalados, debiendo concluir que, por tanto, el fundamento de la actuación de la Corte Suprema de Justicia no es otro que la arbitrariedad.



Finalmente, se ha hecho alusión al principio de interpretación con efecto útil, que refiere a que la interpretación de la Constitución debe encontrarse en el contexto de la realidad, pues es dentro de ella y sus circunstancias y condiciones, que la interpretación tiene sentido. Así, pues, un ejercicio interpretativo destinado a conocer lo que en su oportunidad pudieron expresar algunos miembros de la Asamblea Constituyente, es un apreciable esfuerzo de arqueología jurídica, pero no de interpretación. Si bien el propio texto constitucional en su artículo 274 establece que para la interpretación de la Constitución se podrá acudir a las versiones magnetofónicas de las sesiones legislativas, así como al Informe Único de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución, acudir a tales fuentes es siempre un mecanismo supletorio, que puede servir para corregir vacíos de interpretación, pero nunca para sustituir una interpretación actual u objetiva.

Por otra parte, la prohibición de extradición de nacionales no puede ser sinónimo de impunidad. Eso sería interpretar a la Constitución para buscar un antivalor constitucional. Y este es sin duda el principal error en el que cae la Corte Suprema de Justicia al interpretar lo que en su día expresaba la Constitución de El Salvador, al asumir que dicha prohibición de extradición es una garantía sustantiva. En realidad, la extradición de una persona está orientada para efectos procesales, pues el juicio en ausencia no es generalmente aceptado, y es por ello una “garantía” procesal. Y las normas procesales, mientras no hayan sido utilizadas en un caso concreto, la reforma normativa produce sus efectos desde su vigencia hacia adelante. Esa ha sido, incluso, la manera de implementar en El Salvador las reformas al proceso penal. Así, al entrar en vigencia el actual Código Procesal Penal se dispuso en su artículo 505 que “los procesos iniciados desde el veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, con base a la legislación procesal que se deroga, continuarán tramitándose hasta su finalización conforme a la misma” Y en su oportunidad al entrar en vigencia el anterior Código Procesal Penal, el 20 de abril de 1998, el artículo 453 dispuso que “Las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera fuera la fecha en que se hubiere cometido el delito o falta”. Con el mismo efecto aunque con diferente técnica legislativa, la vigencia del actual Código Procesal Civil y Mercantil, en su artículo 707, reza “Los procesos, procedimientos y diligencias que estuvieren en trámite al momento de entrar en vigencia el presente código, se continuarán y concluirán de conformidad a la normativa con la cual se iniciaron”.

De esta manera esta Procuraduría no comprende por qué la Corte Suprema de Justicia, en el año 2012, se distanció tan atípicamente de la tradicional manera de interpretar los efectos en el tiempo de los cambios normativos que repercuten en la aplicación del proceso penal. Y considera que dicha interpretación debe ser cambiada.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Por las razones expuestas, y sobre la base de las atribuciones que me confiere los artículos 194, romano I, ordinales 10° y 11° de la Constitución de la República y 11 ordinales 10° y 11° de la Ley de la orgánica, como Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos,

concluyo:

1. El asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus dos colaboradoras, ocurrido el 16 de noviembre de 1989, implicó una violación al artículo III común de los Convenios de Ginebra, y del artículo 4.2.a del Protocolo Adicional II a los mismos Convenios, y por tanto constituye un crimen de guerra, en particular por su contexto y circunstancias.
2. El asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus dos colaboradoras, ocurrido el 16 de noviembre de 1989, implicó por su contexto y circunstancias en el que se desarrolla, esto es, ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil, un crimen de lesa humanidad, conforme con el derecho internacional aplicable.
3. El asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus dos colaboradoras, ocurrido el 16 de noviembre de 1989, ha violentado normas de *jus cogens*, y por lo tanto, tales crímenes son imprescriptibles en sí mismos, y es obligación principal del Estado de El Salvador la de investigar los hechos, procesar y juzgar a los responsables, y eventualmente condenarlos, así como reparar a las víctimas y sus familiares, no pudiendo aplicar válidamente ninguna norma de derecho interno o internacional que aliente, promueva, prohíba, favorezca, contribuya o impulse alguna expresión de impunidad sobre tales crímenes, tales como amnistías, excluyentes de responsabilidad, prescripción o caducidad, o cualquier otra semejante.
4. Los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, al habilitar la jurisdicción universal y por tratarse de crímenes que implican violaciones al *jus cogens*, habilitan también a que cualquier Estado pueda realizar persecución penal sobre los mismos, para lo cual dichos Estados pueden solicitar las extradiciones correspondientes, y en estos casos, a El Salvador le surge la obligación de juzgar o extraditar.
5. Dada la tipificación de delitos de lesa humanidad y crimen de guerra establecidos en el Código Penal salvadoreño vigente al momento de los hechos, impide desarrollar en El Salvador un juicio penal por tales crímenes contra las personas responsables del asesinato de los sacerdotes jesuitas y de sus colaboradoras; en ese sentido la única opción que corresponde a El Salvador, en el marco de sus obligaciones constitucionales e internacionales de impedir toda forma de impunidad sobre este tipo de crímenes, es la concesión obligatoria de las extradiciones solicitadas por el Reino de España.
6. La prohibición de extradición de nacionales, contemplada en el texto constitucional hasta antes de la reforma operada en el año 2000, es una garantía procesal y no una garantía sustantiva, y por tal razón su modificación en el tiempo surte efectos desde su propia vigencia sin importar la fecha en la que sucedieron los hechos, de manera que desde la fecha en la que se eliminó la aludida prohibición de extradición de nacionales, cualquier solicitud de extradición a los mismos debe ser plenamente efectiva, y muy especialmente cuando tales extradiciones están dirigidas a la

investigación de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Como consecuencia de lo anterior **establezco de manera reiterada** las violaciones al derecho de las víctimas al acceso a la justicia y el derecho de las víctimas y la sociedad salvadoreña al conocimiento de la verdad, institucionalmente por parte de la Corte Suprema de Justicia en pleno, y de manera individual a los Magistrados y a las Magistradas siguientes: José Néstor Castaneda Soto, Celina Escolán Suay, María Luz Regalado, Mario Francisco Valdivieso Castaneda, Rosa María Fortín Huezo, Ulises del Dios Guzmán, Miguel Ángel Cardoza Ayala y Elsy Dueñas de Avilés; porque con el pronunciamiento de las resoluciones 1-S-2012, 2-S-2012, 3-S-2012, 4-S-2012, 5-S-2012, 6-S-2012, 7-S-2012, 8-S-2012, 9-S-2012, 10-S-2012, 11-S-2012, 12-S-2012, 13-S-2012, todas del 8 de mayo de 2012, incumplieron la obligación de garantizar tales derechos, y por ende, se facilitó que se configurara una condición de impunidad.

Y en el marco de mis atribuciones constitucionales formulo las siguientes recomendaciones:

1. *A la Corte Suprema de Justicia en Pleno* que modifique sin dilación su interpretación y la respuesta proveída a los requerimientos de extradición solicitados por el Reino de España y que se fundamentan en el auto de procesamiento emitido por la Audiencia Nacional, Juzgado de Instrucción Penal No 6, de Madrid, el pasado 30 de mayo de 2011, a la luz de las consideraciones realizadas en la presente resolución, y sobre la base de las obligaciones derivadas del jus cogens concernido en el presente caso, y en consecuencia, que proceda, sin dilación, a disponer la procedencia de las solicitudes de extradición mencionadas, permitiendo así que el Reino de España proceda a los correspondientes enjuiciamientos en ejercicio de la jurisdicción universal, y se combata la impunidad que por más de 26 años ha caracterizado al asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras.
2. Invitar, con muchísimo respeto, al Ilustrado Reino de España para que considere, en el marco de los ámbitos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de los efectos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y del artículo 4.2.a del Protocolo Adicional II a dichos Convenios, la calificación del asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradores también como un crimen de guerra, y si lo considera procedente, formule nuevas solicitudes de extradición en las que se incluya tal calificación.
3. *A la Corte Suprema de Justicia de El Salvador* para que, sin perjuicio de la primera recomendación, si recibiere nuevas solicitudes de extradición respecto del asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras, sucedido el 16 de noviembre de 1989, retome las consideraciones contenidas en esta resolución y ordene, de manera categórica, la inmediata captura y extradición de quienes sean encausados como presuntos responsables de dicho asesinato.
4. **Notificar** la presente resolución a los familiares de los Sacerdotes Jesuitas Ignacio Ellacuría, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Joaquín López y López,

Amando López, Juan Ramón Moreno, y de la señora Julia Elba Ramos y su hija Celina Mariceth Ramos, en su calidad de víctimas de los hechos narrados en la presente resolución; a la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA), por medio de sus representantes; a la Corte Suprema de Justicia en pleno; a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; al Fiscal General de la República; al Honorable Embajador del Reino de España acreditado en El Salvador para que por su medio se haga llegar al conocimiento del Juzgado Central de Instrucción No 6 de la Audiencia Nacional española; y a las demás personas y entidades que fueron notificadas en el Informe Especial de esta Procuraduría emitido el día 30 de octubre de 2002.


Licenciado David Ernesto Morales Cruz
Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos

