



BASES PARA UNA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA INVESTIGAR LOS CRÍMENES GRAVES COMETIDOS EN EL CONFLICTO ARMADO EN EL SALVADOR: HACIA UNA PRIORIZACIÓN DE CASOS EFICAZ

Una propuesta desde las organizaciones de derechos
humanos

ENERO 2018

Organizaciones suscriptoras

Centro para la Promoción de los Derechos Humanos “Madeleine Lagadec”, Comité de Madres y Familiares Cristianos por la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. (COMAFAC), Comité de Familiares de Víctimas de violaciones a los Derechos Humanos “Marianella García Villas”. (CODEFAM), Comité de Madres y Familiares de Detenidos-desaparecidos y asesinados políticos de El Salvador Monseñor Oscar Arnulfo Romero (COMADRES), Asociación Salvadoreña por los Derechos Humanos (ASDEHU), Asociación Febe Elizabeth Velásquez (ASOBEFE), Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos, Comité de Presos Políticos de El Salvador (COPPES), Fundación Comunicándonos, Fundación Cristosal, Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), Fundación para el Debido Proceso (DPLF), Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (IDHUCA).

Tabla de contenido

1. Presentación	2
2. Contexto favorable	2
3. Elementos para una política de persecución penal especializada	5
4. Tipos penales y teorías de responsabilidad aplicables	9
5. Criterios para la selección y priorización de casos en El Salvador:	11
6. Conclusión	14

1. Presentación

Con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (1993), los obstáculos legales que impedían establecer consecuencias penales para quienes cometieron crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en El Salvador quedaron sin efecto.

En seguimiento a dicha inconstitucionalidad, en diciembre de 2016, la Fiscalía General de la República creó un grupo especial de fiscales para investigar los casos del conflicto armado. A un año de esa iniciativa, presentamos este documento a fin de contribuir al diseño de una política de persecución penal especializada que, por un lado, obtenga resultados en la investigación y judicialización, y por el otro, sea reparadora y evite causar nuevos daños a las víctimas.

Nos mueve, por un lado, el interés de dar aportes de calidad para que la Fiscalía maximice los recursos con los que cuenta –que sabemos escasos- y por otro, la urgencia de que las causas avancen, que sin excepción están estancadas, hacia la judicialización de los responsables, respetando las reglas del debido proceso y las obligaciones del Estado.

Estamos convencidos que los fiscales de dicho grupo deben contar con los conocimientos y la experiencia necesarios sobre el marco jurídico aplicable, incluyendo las leyes internacionales penales y de derechos humanos pertinentes; así como sobre las mejores prácticas para conducir y organizar las investigaciones para este tipo de crímenes complejos.

2. Contexto favorable

A pesar de los importantes retos que enfrenta la procuración de justicia salvadoreña en la materia, se advierten al menos tres elementos favorables dentro del contexto actual para el avance de la justicia en el corto y mediano plazo.

Primero, a diferencia de otros países con decenas de miles de demandas penales acumuladas tras un conflicto interno o dictadura, en El Salvador se han iniciado, únicamente, alrededor de cien procedimientos por parte de las víctimas y sus representantes legales a lo largo de los 25 años que han transcurrido desde los Acuerdos de Paz.¹ Ello de ninguna manera implica que no pueden presentarse nuevas demandas, o que la Fiscalía no debería iniciar investigaciones de oficio, pero muestra una tendencia que muy probablemente se va a mantener. Tampoco queremos insinuar que se está frente a una labor sencilla. Sin embargo, con esfuerzos ordenados y adecuadamente dirigidos, se pueden lograr resultados satisfactorios para las víctimas que han confiado en la Fiscalía para obtener justicia, particularmente en la gestión actual.

Segundo, recientemente fue creada la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas en el contexto del Conflicto Armado (CONABÚSQUEDA). Este organismo, por su naturaleza humanitaria y no jurisdiccional, deberá mantener comunicación periódica con la Fiscalía pues en el desarrollo de sus actividades puede obtener hallazgos relevantes, evidencia emergente o indicios sobre la verdad histórica

¹ <http://www.dplf.org/es/news/el-salvador-continua-negando-justicia-victimas-del-conflicto-armado-declaran-organizaciones>

de lo sucedido durante la guerra. En ese sentido, el trabajo coordinado tendrá como consecuencia que ambas instituciones tengan mayores probabilidades de lograr sus objetivos.

Tercero, el derecho internacional ha desarrollado criterios de priorización a ser utilizados como estrategias de investigación durante los procesos de justicia transicional. Estos lineamientos para estructurar la resolución de los casos no deben ser entendidos como una derivación del principio de oportunidad – propio de un sistema de justicia acusatorio, como el salvadoreño-, es decir, no se trata de utilizar la facultad discrecional del Estado para elegir no investigar determinados delitos. Se refieren, en cambio, a pautas para agrupar y seleccionar de manera estratégica el orden de la resolución de los casos de forma que se logre proveer justicia de la mejor manera en el menor tiempo posible.

Ahora bien, la administración de justicia en El Salvador, como en la mayor parte del mundo, se enfrenta a una realidad difícil de evadir: escasos recursos ante un caudal de casos de criminalidad común que implican distintos niveles de gravedad, número de víctimas, nivel simbólico o grado de involucramiento de los autores, entre otros. Ante este escenario, el primer paso crucial es reconocer que, para que el sistema de procuración de justicia sea asertivo y mande señales contundentes en el combate a la impunidad, inevitablemente, se requiere la focalización de recursos hacia la resolución prioritaria de ciertos casos sobre otros.

Esto cobra especial relevancia cuando uno de los compromisos centrales del Estado es proveer justicia para crímenes sucedidos en el pasado a manos de -o auspiciados por- fuerzas estatales. Esto es así pues la legitimidad del Estado para usar la fuerza pública para procurar el orden social se funda en una premisa fundamental: ninguna persona -mucho menos un servidor público- puede escapar el imperio de la ley. Si existe un permiso tácito para que un grupo específico de ciudadanos actúen de manera ilegal, esa licencia se extiende hacia la población en general. Cuando el Estado no es enfático en establecer consecuencias penales para quienes desde la función estatal han violentado derechos humanos en el pasado, los esfuerzos actuales para fortalecer cualquier aspecto de una cultura de la legalidad siempre estarán viciados de incertidumbre e inestabilidad. Precisamente en este punto resulta importante resaltar la experiencia internacional en este campo: la impunidad del pasado contamina toda acción por recuperar la seguridad, la viabilidad económica y la estabilidad política de una nación.

Así pues, el escenario al que se aspira es uno en el que las instituciones destinen recursos suficientes y especializados para la investigación de un caso de desaparición forzada sucedida en el pasado, por ejemplo. Esto sólo es posible cuando el sistema, en contrapartida, es capaz de utilizar salidas alternas y criterios de oportunidad para los asuntos de la conflictividad social del presente que no tienen graves repercusiones sociales, como lo es un hurto sin violencia. La racionalidad y la discrecionalidad de los operadores de justicia son, pues, elementos vitales para una procuración de justicia eficaz, siempre y cuando no se traduzcan en decisiones arbitrarias. Para que ello no suceda, la procuración de justicia debe conducirse con base en una serie de guías que ordenen la administración de las causas penales pendientes por resolver, considerando sus características.

En esta línea, y respecto a los crímenes sucedidos durante el conflicto armado, la propia Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia en la que se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, reconoció que “es preciso establecer ciertos parámetros para

la selección y priorización de casos que serán objeto de investigación, enjuiciamiento y sanción".² No sólo eso, la Corte también ofreció luz sobre los parámetros a concretarse dentro de tal labor de priorización: extrema gravedad, representatividad de los hechos y sus posibles responsables, capacidad para demostrar patrones, prácticas de violencia más ofensivas o impacto sobre las víctimas.³

Cada una de estas categorías ha sido desarrollada en el *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*⁴, Pablo de Greiff. A manera de advertencia, el Relator, a lo largo del Informe, fue enfático en resaltar que los mecanismos propuestos son esquemas flexibles que deben revisarse durante la articulación de una política de justicia transicional. A continuación, se reproducen extractos del citado documento en los que se enumeran y detallan los razonamientos que preceden la categorización de estas estrategias:

- 1) **Los casos más fáciles.** Algunas jurisdicciones han decidido otorgar prioridad al enjuiciamiento de los "casos fáciles" ("al alcance de la mano"), en que la idea central es la probabilidad de que un caso progrese, obteniendo una orden de detención, una vista judicial, una extradición, un juicio o una condena.⁵
- 2) **Casos de "mayor connotación".** La práctica en algunas jurisdicciones sugiere que otorgar prioridad a los casos que pueden influir en la opinión pública contribuye positivamente a que se cobre conciencia de diversos aspectos de transgresiones anteriores, envía señales importantes o impulsa distintas formas de apoyo internacional.⁶
- 3) **Los crímenes "más graves".** La consideración estratégica de asignar prioridad al enjuiciamiento de los crímenes "más graves" se refiere habitualmente a los que provocan la pérdida de vidas humanas o a atentados graves contra la integridad física. Los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra, firmemente consolidados en el plano internacional como los crímenes más graves, en particular en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, constituyen también el núcleo de las sentencias sobre la gravedad en el plano nacional en virtud de su incorporación al derecho penal interno.⁷
- 4) **Los "máximos responsables".** Una estrategia para fijar prioridades puede centrarse simultáneamente (o alternativamente) en perseguir a los máximos responsables de violaciones graves. Según la definición común, "máximos responsables" son quienes ocupan altos cargos o están en una posición de influencia para planificar, ordenar o instigar la comisión de crímenes graves.⁸
- 5) **Asignar prioridad a los nexos en los "crímenes de sistema".** Una crítica que podría formularse contra todos los elementos antes discutidos es que no prestan suficiente atención a la aportación que todas las medidas de justicia de transición deben hacer para dismantelar las estructuras que posibilitaron las

² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha trece de julio de 2016 en procesos de Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013.

³ Ibidem.

⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (A/HRC/27/56), Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 27° periodo de sesiones, 27 de agosto de 2014, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/149/01/PDF/G1414901.pdf?OpenElement>

⁵ , Ibidem, párrs. 47-50.

⁶ Ibidem, párrs. 51-53.

⁷ Ibidem, párrs. 54-58.

⁸ Ibidem, párrs. 59-67

primeras violaciones. Los crímenes internacionales, en particular los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra, no pueden ser cometidos por una sola persona, sino que requieren redes en que están inmersos los autores individuales de esos actos.⁹

Habiendo establecido lo anterior, resulta necesario enfatizar que, para el caso específico de El Salvador, la ejecución de cualquiera de las estrategias de priorización antes expuestas no implica archivar un conjunto particular de denuncias penales que ya se encuentran activas en el sistema de justicia. Como ha quedado establecido, El Salvador, a diferencia de otras naciones que han pasado por procesos similares, debe lidiar con un universo de causas comparativamente reducido. Por tanto, un ejercicio de priorización no exime la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables de perpetrar crímenes de guerra, de lesa humanidad u otras infracciones graves a los derechos humanos. El ejercicio planteado, entonces, únicamente consiste en fragmentar y asignar recursos eficientemente.

Los desafíos relacionados con la investigación y juzgamiento de los delitos de trascendencia internacional no deben subestimarse. Los elementos de los delitos son complejos y los medios de prueba correspondientes también. Por naturaleza son crímenes de estructura y a gran escala. La tarea demanda un buen manejo de recursos limitados y conocimiento de las técnicas de investigación relevantes. Por todo lo anterior, ponemos a consideración de las autoridades los insumos siguientes.

3. Elementos para una política de persecución penal especializada

3.1 Sobre la unidad especial

Debe garantizarse que el/la fiscal que encabece esta Unidad y su equipo estén dedicados exclusivamente a procesos de esta índole, y que cuenten con experiencia y sean debidamente capacitados en las especificidades del tipo de crímenes que se encuentran bajo su jurisdicción.

También deben contar con los recursos económicos y logísticos adecuados para el cumplimiento de sus funciones, mismos que pueden derivarse del presupuesto ordinario institucional o desde la cooperación internacional. Este presupuesto debe incluir la contratación temporal de analistas expertos en temas como estrategias y estructuras militares, violencia sexual en conflictos armados o historia política, y para colaborar en trámites que involucran peritajes.

Resulta relevante que sean los miembros de la Unidad quienes se encarguen de representar a las víctimas en los procesos judiciales. Si bien es entendible que se apoyen de otros fiscales asignados a las jurisdicciones en donde se ventilan los casos, se debe garantizar la debida coordinación y conducción de los esfuerzos. En particular, se debe asegurar que quienes se involucran cuenten con la debida especialización en la materia y desarrollen una misma línea de abordaje de los casos.

En caso de ser necesario, debe diseñarse un dispositivo de protección y seguridad para los fiscales y, al mismo tiempo, deben aplicarse mecanismos de monitoreo sobre el trabajo de la Fiscalía/Unidad que promuevan la rendición de cuentas y requieran la demostración de resultados concretos dentro de plazos razonables. Este sistema de incentivos y controles aumentará la credibilidad y confianza en el trabajo de la unidad.

⁹ Ibidem, párrs. 71-74.

Resulta igualmente importante que la unidad cuente con el apoyo del más alto nivel para la realización de su trabajo. Esto debe traducirse en manifestaciones públicas, dentro de la Fiscalía y en general, del respaldo moral y material de la institución hacia la Unidad y del compromiso del Fiscal General con la aplicación de la justicia en estos casos.

Debe considerarse la figura de “Fiscal de Derechos Humanos” para liderar este tipo de investigaciones y juicios y darle mayor jerarquía a las investigaciones. Para ello debe nombrarse a persona idónea en dicho cargo y que dé directrices apropiadas a la envergadura de los casos que se aborden

3.2 Perspectivas de derechos humanos en el trabajo fiscal

Es importante que la Unidad oriente el abordaje de los casos a la luz de la nutrida legislación y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos; además del uso de la jurisprudencia constitucional reciente.

Si bien el trabajo fiscal está más relacionado con el ámbito penal, la investigación de casos del conflicto armado supone conocer de casos considerados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como violaciones graves a los derechos humanos. Las pautas para el conocimiento y juzgamiento de este tipo de casos rebasan el marco tradicional de la legislación local, por lo que es indispensable que los fiscales involucrados manejen el ordenamiento internacional en la materia.

Esta perspectiva es importante para superar supuestos obstáculos legales que hasta hace poco resultaban infranqueables como la amnistía o la prescripción de los delitos. También ayuda a enfrentar con argumentos sólidos los posibles obstáculos que implique el diligenciamiento de casos bajo la legislación procesal penal aplicable al momento en que sucedieron los hechos.

3.3 Sobre el trabajo con víctimas

En buena medida, el éxito del trabajo de la Unidad dependerá de su relación con las víctimas. Ello es así, no sólo debido a la destacada labor que han realizado las organizaciones salvadoreñas de víctimas, sino porque la experiencia global apunta a que un esfuerzo de esta naturaleza pierde eficacia y credibilidad cuando no se coloca en el centro la participación de las víctimas. Al respecto, Pablo de Greiff, Relator Especial de las Naciones Unidas para el fomento de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, ha resaltado que *los enjuiciamientos solo serán medidas de justicia reales si las víctimas y sus familias participan efectivamente en los procesos y reciben la información pertinente necesaria para su participación en los procedimientos judiciales*¹⁰. Para que dicha participación se produzca, debe tenerse presente que la relación de las autoridades con las víctimas y sus familiares tiene que estar basada en una regla básica que se sustrae de elementales principios éticos que deben regir la actuación funcional y, particularmente, de los estándares internacionales en la materia:

Durante la investigación, las víctimas y sus familiares deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y las autoridades deben adoptar medidas apropiadas para

¹⁰ Asamblea General de Naciones Unidas (A/HRC/21/46), Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, 21° periodo de sesiones, 9 de agosto de 2012, párr. 54, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf

*garantizar su bienestar físico y psicológico y su intimidad. Asimismo, en las investigaciones se debe tener en cuenta las particularidades culturales, étnicas, lingüísticas, de género y de orientación sexual de las víctimas y sus familiares, y adoptar métodos de trabajo con un enfoque diferencial acorde a esas especificidades.*¹¹

Esta regla de trato humanitario incluye un enfoque diferencial, según el cual se *debe considerar las particularidades, expectativas y necesidades de la población con la que se trabaja, entre ellas, su contexto social, político, económico, histórico y cultural, y sus características de género, generación, etnia, lengua, espiritualidad, opción sexual, formas de organización y sistemas de justicia tradicionales, así como otras circunstancias personales sociales diferenciadoras*¹². La regla del trato humanitario es complementada por los estándares internacionales relativos a la investigación efectiva, la información y la asistencia; mismos que han sido resumidos de la siguiente forma:

*[L]as víctimas y sus familiares tienen el derecho a que los hechos sean efectivamente investigados. Ello incluye los derechos a acceder a la información pertinente a la investigación, a presentar pruebas y a requerir peritajes y contra peritajes forenses, así como a conocer la evolución y los resultados de la investigación.*¹³

*[L]as víctimas y sus familiares tienen derecho a recibir asesoría legal, asistencia social, médica, psicológica y psicosocial - incluyendo la asistencia de trabajadores sociales y profesionales de salud mental y el reembolso de gastos -, así como ayuda legal y servicios de traducción cuando sea necesario.*¹⁴

Además del pleno reconocimiento de los derechos antes detallados, en el caso particular de El Salvador, también debe reconocerse que las víctimas han tenido un papel protagónico en la búsqueda de sus familiares desaparecidos y en la denuncia de graves violaciones de derechos humanos. Tal ha sido su participación, que las organizaciones han sido reconocidas expresamente en el decreto de creación de la CONABÚSQUEDA. Por estas razones, debe considerárseles como legítimos referentes en las actuales iniciativas de búsqueda y enjuiciamiento.

Sobre la coordinación efectiva entre víctimas, organizaciones de derechos humanos y la fiscalía, existen valiosas enseñanzas que surgen a partir de las experiencias en otros contextos, tales como el guatemalteco:

Es conveniente que las ONG que trabajan con las víctimas asuman un papel educativo y estratégico más amplio al ayudarlas en las actividades de enjuiciamiento. En condiciones ideales, un departamento de enlace dentro del equipo del fiscal podría ayudar a las ONG a elaborar un

¹¹ Federico Andreu-Guzmán, *Derecho internacional y Lucha contra la impunidad - Guía para profesionales No. 7*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra págs. 191-192, se omite cita, disponible en: <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/10/Universal-Lucha-contra-la-Impunidad-PG7-Publications-Practitioners-guide-series-2014-SPA.pdf>

¹² Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales, Antigua, Guatemala 2007 a Bogotá, Colombia 2010, pág. 32, disponible en https://www.justiciapazcolombia.com/wp-content/uploads/2011/05/Consenso_Mundial_trabajo_psicosocial_desaparicion_forzada.pdf

¹³ *Ibidem*, págs. 189-190.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 192.

método que atienda varias cuestiones fundamentales, como la evaluación de riesgos, expectativas realistas, la estrategia de enjuiciamiento, el papel de los testigos, los derechos de las víctimas, y qué esperar de la fiscalía en lo que se refiere a trato, comunicación y transparencia. Ese enfoque no sólo es deseable desde el punto de vista ético, sino que tiene el beneficio estratégico de permitir que las víctimas se sientan útiles en el proceso, con lo que mejorará su disposición a cooperar, incluso cuando las cosas no estén yendo bien.

El equipo de enlace con las víctimas puede ocuparse de distintas cuestiones, entre ellas cuestiones concretas en materia de seguridad y salud. Una vez más, su mandato ha de ser realista y franco desde el principio y debe evitar la generación de expectativas desmesuradas o convertir a la fiscalía en una organización humanitaria.¹⁵

El espacio de coordinación con las organizaciones de derechos humanos que han coadyuvado o coadyuvarán en la defensa de casos puede servir para solventar o preparar aspectos prácticos de la investigación. Por ejemplo, la ubicación y la preparación psicosocial de víctimas y testigos; la realización de diligencias que impliquen gestiones en el exterior, tales como las declaraciones de personas fuera del país; la gestión de documentos en el extranjero, así como aquellas que requieren que personas, familias o comunidades enteras participen en ellas, como lo sería la realización de visitas a los lugares que en su momento fueron escenarios de masacres.

No debe obviarse señalar que la intervención de la Fiscalía en los procesos penales busca, además del conocimiento de la verdad y el juzgamiento de los responsables, obtener medidas de reparación y restitución de derechos a las víctimas, las cuales deberían estar en consonancia con sus demandas.

3.4 Identificación de patrones

Antes de desarrollar una estrategia procesal detallada, debe realizarse un mapeo de los casos existentes, desagregando cada uno de sus componentes, por ejemplo, perfil de las víctimas y victimarios, registro de zonas geográficas en las que se cometieron los crímenes, registro de las zonas geográficas en las que se realizaron operativos y planes militares, así como un ejercicio de contraste entre ambos registros. Ello proporcionará la base para la formulación de hipótesis preliminares de las investigaciones, incluso a través de la detección de posibles patrones.

Como se ha señalado antes, son relativamente pocos los casos del conflicto armado en que se ha activado el sistema judicial. Sin embargo, los casos que han sido presentados son emblemáticos de la situación de violaciones a derechos humanos que caracterizó ese período. Es precisamente por ello que un mapeo de los casos que ya han sido presentados posibilitaría establecer una línea de conexión entre el momento y el lugar en que los hechos sucedieron, los victimarios que estuvieron involucrados, el perfil de las víctimas y su relación con determinados planes y operativos militares.

Y es que, en la realidad del conflicto salvadoreño, no se trató de casos aislados, sino de una política contrainsurgente que generó múltiples violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, algunas masacres fueron seguidas de desapariciones forzadas. De ahí que el análisis de los casos no debe hacerse al margen de su relación con otros.

¹⁵ Naciones Unidas, Instrumentos del Estado De Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, Nueva York y Ginebra, 2006, pág. 21, se omiten citas.

Esto permitirá desarrollar una estrategia de cara a identificar a los principales responsables y caracterizar la cadena de mando existente, así como integrar los diferentes elementos probatorios que contribuirán en los procesos judiciales, aunque se tramiten por expedientes separados.

Por ende, las diligencias de investigación que la Fiscalía General de la República realice deben estar principalmente dirigidas a determinar: el carácter generalizado y sistemático de los ataques militares, los patrones de conducta de los perpetradores y debiendo determinarse que no han sido hechos aislados, sino hechos ocurridos a partir de una política estatal. Este análisis fortalecería a la Unidad para incorporar en su labor, un protocolo especializado de investigación en casos de esta índole y de facilitar la comprensión en cuanto al tratamiento integral digno a las víctimas.

3.5 Técnicas de investigación

El enfoque de este tipo de investigación criminal difiere de las investigaciones penales ordinarias porque los delitos internacionales se basan en una intrincada estructura delictiva para planificar, ejecutar y proteger contra el enjuiciamiento. La investigación, por tanto, no solo tiene que recrear los crímenes, sino además identificar la estructura del aparato criminal.

Se requiere, por ende, usar diversas técnicas de investigación -además de las tradicionales-, en particular, los peritajes médicos o documentales han sido importantes en la investigación de casos similares en otros países. En ocasiones, han sido importantes las declaraciones de peritos expertos para establecer aspectos del funcionamiento del aparato militar, o sobre la existencia de ciertos patrones.

La colaboración técnica de otros países en materia forense también es de relevancia, como ha demostrado la práctica de las exhumaciones en el país, dado las complejidades que representa el paso del tiempo para la prueba forense. Una buena práctica en la materia, por ejemplo, resulta el intercambio de experiencias con representaciones fiscales de otros países que han vivido situaciones similares y han enfrentado el reto de la justicia transicional. Eso permite identificar estrategias probatorias que se han seguido y que podrían orientar los esfuerzos locales.

3.6 La debida diligencia

Es de esperar que la actuación fiscal en estos casos, en donde las víctimas han tenido que esperar muchos años para que los procesos judiciales se inicien, un debido diligenciamiento de las investigaciones. Esto comprende tanto la calidad y exhaustividad de las investigaciones como la oportunidad de estas, que permitan hacerse en un plazo razonable.

Por ende, la Unidad fiscal responsable deberá desarrollar métodos de trabajo eficaces y profesionales que aseguren que las investigaciones lleguen a buen término.

4. Tipos penales y teorías de responsabilidad aplicables

Aconsejamos que la Fiscalía considere el análisis y la aplicación de los tipos penales de crímenes internacionales, así como las teorías de responsabilidad penal individual sobre autores mediatos.

4.1 Responsabilidad penal individual por crímenes de derecho internacional: autoría mediata.

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

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

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

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

4.2 Subsunción de conductas en derecho internacional y nacional

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

En la práctica, muchos de los procesos por crímenes internacionales en Latinoamérica, efectivamente, se han desarrollado con base en delitos comunes (homicidio, lesiones, secuestro, entre otros). Si bien no existe una norma o principio internacional que prohíba esta práctica, la misma resulta ser una opción menos que deseable, porque de ese modo se termina por desconocer la extraordinaria gravedad de estos crímenes. Más aún, tal como lo ha afirmado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, los Estados que han decidido perseguirlos y sancionarlos, aun sin tipificarlos autónomamente, los reconocen como crímenes y han investigado, enjuiciado y sancionado penalmente a sus responsables usando los marcos normativos y tipos penales existentes en su propia legislación¹⁶.

Es posible que una conducta particular definida como un crimen contra la humanidad “[...] sea caracterizada meramente como un delito [ordinario] en derecho nacional, en lugar de ser considerado un crimen contra la humanidad bajo derecho internacional. Ninguna de estas circunstancias puede servir como obstáculo para la caracterización de la conducta respectiva como un crimen de derecho

¹⁶ Ver, United Nations. General Assembly. International Law Commission. First report on crimes against humanity. By Sean D. Murphy, Special Rapporteur. A/CN.4/680, 17 February 2015, párr. 52.

internacional. La distinción entre la calificación como un crimen de derecho nacional y la calificación como un crimen de derecho internacional es significativa teniendo en mente las diferencias entre los correspondientes regímenes legales. La distinción tiene importantes implicaciones con respecto del no bis in ídem [y el principio de imprescriptibilidad, entre otros] [...]”, así como con relación a las teorías sobre la responsabilidad penal individual y las formas de intervención criminal punible.¹⁷

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

5. Criterios para la selección y priorización de casos en El Salvador:

Una importante pauta para determinar los casos en los cuales centrar los esfuerzos de persecución penal, debería ser la de priorizar los casos sobre los que recae una sentencia de un tribunal pues, a su vez, responden a los más graves, que involucran a máximos responsables y a estructuras que planificaban y dirigían políticas y emitían órdenes. Son, además, casos donde las víctimas han persistido y existen evidencias, o bien, hay posibilidades de obtenerlas. Estos casos corresponden a responsabilidades de la Fuerza Armada, dado el alto número de casos atribuidos a los cuerpos militares, según la Comisión de la Verdad. No obstante, es posible investigar responsabilidades de los miembros del FMLN, siempre y cuando se sigan los criterios ya antes señalados para seleccionar y priorizar casos.

En ese sentido, los casos que proponemos priorizar son:

1. Los reabiertos por los tribunales salvadoreños después de la sentencia sobre Ley de Amnistía.

Caso Masacre de El Mozote y sitios aledaños

Cerca de un millar de víctimas civiles fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales, la mitad de ellas niños, niñas y adolescentes, en diciembre de 1981, en el caserío El Mozote y otros sitios aledaños, departamento de Morazán, por tropas del Batallón de Infantería Atlacatl.

En 1990, se inició un proceso penal a través de la denuncia de los sobrevivientes, quienes fueron acompañados por la Oficina de Tutela Legal del Arzobispado (hoy Tutela Legal “María Julia Hernández”). En 1993, el caso fue archivado por aplicación de la Ley de Amnistía General. Una actuación particular, presentada por representantes de las víctimas, solicitó que se declarase inaplicable la Ley de Amnistía al caso concreto, petición que fue desestimada. Posteriormente, la Corte IDH emitió una sentencia en la que declaró la responsabilidad estatal por este emblemático caso, con fecha 25 de octubre de 2012, y, en particular, ordenó al Estado adoptar las medidas necesarias para que la Ley de Amnistía dejara de ser un

¹⁷ Ver, Ximena Medellín, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Fundación para el Debido Proceso, 2009, pág. 178 y siguientes, disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/1271715939_0.pdf

obstáculo para la obtención de justicia. Luego de la sentencia de Inconstitucionalidad, el caso fue reabierto por el Juez de la causa, el 16 de septiembre de 2017.

En marzo de 2017, 18 ex militares de alto rango fueron ligados al proceso por 9 delitos, aunque ninguno guarda detención. Las víctimas y organizaciones de derechos humanos ahora promueven el avance de la investigación penal contra estos altos jefes militares de la época, que ordenaron, planificaron y dirigieron el crimen masivo.

Caso Masacre de El Calabozo.

Más de 200 personas civiles, entre ellas niños, niñas, adolescentes y adultas mayores, fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales, durante un operativo militar de la Fuerza Armada de El Salvador. El crimen fue perpetrado el 22 de agosto de 1982, por tropas del Batallón de Infantería Atlacatl y de otras unidades militares que intervinieron, en el cantón Amatitanes, del municipio de San Esteban Catarina, departamento de San Vicente.

En 1992, se inició proceso penal por denuncia de sobrevivientes de la Masacre, ante el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, ordenándose diversas diligencias de instrucción, las cuales no tuvieron continuidad tras la aprobación de la Ley de Amnistía de 1993, aunque ésta no fue formalmente aplicada al caso concreto. El 27 de septiembre de 2006, las víctimas, acompañadas por el Centro para la Promoción de los Derechos Humanos y de un abogado representante, interpusieron una acusación particular, contra 6 altos oficiales de la Fuerza Armada de la época, vinculándolos con la perpetración de 5 delitos graves durante la masacre. La acusación fue desestimada por el Tribunal.

Con fecha 11 de noviembre de 2016, la Sala de lo Constitucional dictó la sentencia de Amparo 558-2010, mediante la cual declaró que la denegatoria de investigación de la masacre, generaba violación a derechos constitucionales de las víctimas sobrevivientes. En aplicación de esta sentencia, el caso fue “desarchivado” con fecha 12 de diciembre de 2016. El Tribunal ha requerido información sobre los cargos militares que ostentaron en la época los militares acusados, pero aún no les declara como imputados, ni les ha intimado para darles a conocer los delitos graves que son objeto de la acusación en su contra.

Ejecución extralegal de Monseñor Oscar Arnulfo Romero, Arzobispo de San Salvador

Monseñor Oscar Arnulfo fue ejecutado extralegalmente el 24 de marzo de 1980, en la ciudad de San Salvador, por miembros de un escuadrón de la muerte que actuaba bajo la tolerancia y el apoyo del Estado. La Comisión de la Verdad, surgida de los Acuerdos de Paz, en su informe final de 1993, identificó plenamente a los integrantes del escuadrón de la muerte que perpetró el Magnicidio.

El caso fue formalmente archivado por el Juzgado Cuarto de lo Penal en el año de 1993, por aplicación de la Ley de Amnistía aprobada ese año. Luego de la sentencia de Inconstitucionalidad 44-2013/145-2013, con fecha 12 de mayo de 2017, el actual Juez Cuarto de Instrucción (antes Cuarto de lo Penal), dictó resolución mediante la cual, en aplicación de la sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, revoca el sobreseimiento provisional a favor del único imputado con vida que fue procesado, por lo que formalmente el caso se reabre.

2. Los que se encuentran pendientes de una decisión de reapertura o pendientes de reabrirse

Caso Jesuitas

La comunidad jesuita, en su calidad de víctimas de la masacre que cobró la vida de Elba y Celina Ramos y de seis jesuitas el 16 de noviembre de 1989, en noviembre de 2017, solicitaron la reapertura del proceso judicial truncado en el año 2000. Un proceso en contra de los autores intelectuales de tales asesinatos, ante el Juzgado Tercero de Paz de San Salvador. Se espera que el caso sea reabierto pronto.

Caso periodistas holandeses

El 17 de marzo de 1982, cuatro periodistas de nacionalidad holandesa fueron asesinados en el municipio de Santa Rita, departamento de Chalatenango. Los cuerpos de Koos Jacobus Andries Koster, Jan Corenlius Kuiper Jop, Hans Lodewijk ter Laag y Johannes Jan Willemsen, quedaron tendidos en el césped y junto a ellos las únicas “armas” que le acompañaban: su cámara, plumas y libretas. El informe de la Comisión de la Verdad concluyó que “El diecisiete de marzo de 1982, en horas de la tarde, cuatro periodistas holandeses acompañados por cinco o seis miembros del FMLN, algunos de ellos armados, cayeron en una emboscada tendida por una patrulla del Batallón Atonal de la Fuerza Armada Salvadoreña, cuando se dirigían a territorio controlado por el FMLN”, y “que la emboscada fue preparada deliberadamente para sorprender y dar muerte a los periodistas y sus acompañantes; de que la decisión de emboscarlos fue tomada por el Coronel Mario A_ Reyes Mena, Comandante de la Cuarta Brigada de Infantería, con el conocimiento de otros oficiales; de que no hubo un enfrentamiento mayor que precediera al tiroteo que dio muerte a los periodistas o fuera simultáneo con él; y, finalmente, de que el oficial nombrado y otros militares han encubierto la verdad y obstaculizado la investigación judicial”.

Los cuatro periodistas holandeses se dirigían a realizar un reportaje donde entrevistarían a dirigentes de la guerrilla del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) y población civil que sobrevivía a los operativos contrainsurgente de “tierra arrasada”.

Por solicitud de los familiares de los cuatro periodistas y el gobierno del Reino de los Países Bajos, en las próximas semanas se presentará una denuncia formal contra los implicados en el asesinato, tanto autores materiales como intelectuales, ante la Fiscalía General de la República (FGR). Esto sin lugar a dudas, viene a abonar a la apertura del caso que ya la fiscalía ha solicitado ante el juez del municipio de Dulce Nombre de María, del departamento de Chalatenango.

3. Los casos sobre los que recae una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los siguientes casos han sido sujetos de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son:

- a) Caso de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz
- b) Caso Contreras y otros
- c) Caso Rochac Hernández y otros
- d) Caso Masacre de El Mozote y sitios aledaños (mencionado antes)

4. Los casos sobre los que recae una sentencia de la Corte Suprema de Justicia

Tanto resoluciones de Habeas Corpus como Amparos, que son los siguientes:

- a) Masacre de la UCA (Caso Jesuitas, arriba citado)

- b) Masacre del Río Sumpul.
- c) Masacre de La Quesera.
- d) Masacres de Las Canoas y Texistepeque.
- e) Masacre del cantón Las Ánimas.
- f) Masacre de Los Almendros,
- g) Masacre de Santa Cruz.
- h) Masacre del Río Lempa.
- i) Desaparición forzada de los niños Edwin Rosales Sibrián. Douglas, Germán y José Mauricio Zamora Tobar.
- j) Desaparición de los niños Manuel Antonio Bonilla Osorio y Ricardo Ayala Abarca,
- k) Desaparición de las niñas Sofía y Vilma García Cruz.

6. Conclusión

Esperamos que este documento sea un aporte que se tome en cuenta al momento de organizar la labor de la Unidad Especial y de la Fiscalía en general. Así mismo reiteramos que las organizaciones suscriptoras ofrecemos nuestra experiencia de trabajo y nuestro compromiso para colaborar con las tareas de investigación.

Este documento también permite visualizar que ya existen directrices u orientaciones dictadas por sentencias, informes e investigaciones previas que sirven como guía.

El país no debería perder la oportunidad de enfrentar la impunidad ahora que se ha superado el obstáculo franqueado por la Ley de Amnistía: la apuesta es la justicia penal, ojalá como política pública, una justicia incluyente para las víctimas y aleccionadora contra los máximos responsables.

Somos conscientes que existen muchas voces dominantes que han instado a las autoridades a enfocarse de manera prioritaria en los problemas actuales de las luchas entre pandillas, la extorsión generalizada y la gran corrupción por sobre los casos derivados del conflicto armado, que ya tienen más de treinta años. Sin embargo, los mecanismos de horror que utilizan las organizaciones criminales actuales, la insuficiente investigación de las estructuras responsables y la falta de atención a las víctimas son, en parte, una herencia de los asuntos pendientes desde el conflicto armado. La impunidad por los delitos del pasado favorece la impunidad de ahora. Si se aborda la primera, será más sencillo atacar la segunda. Por lo menos esa es la esperanza que alienta a seguir.