

JUZGADO SEGUNDO DE PRIMERA INSTANCIA: San Francisco Gotera, Morazán; a las ocho horas y treinta minutos del día veintitrés de abril de dos mil diecinueve.

Causa Penal 238/1990, conocida como "*Masacre El Mozote y lugares aledaños*", instruida contra los imputados Generales JOSE GUILLERMO GARCIA, RAFAEL FLORES LIMA, JUAN RAFAEL BUSTILLO TOLEDO y otros, por los delitos de Asesinato, Violación Agravada, Privación de Libertad Agravada, Violación de Morada, Robo, Daños Agravados, Estragos Especialmente Sancionados, Actos de Terrorismo y Actos Preparatorios de Terrorismo; Artículos en su orden 153, 154, 195, 218, 228, 241, 254, 284, 400 y 402, todos del Código Penal derogado de mil novecientos setenta y tres; tales hechos se califican también, por doble subsunción al Derecho Penal Internacional, como Delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra; en perjuicio de pobladores de Caserío El Mozote y lugares aledaños, Cantón la Guacamaya, jurisdicción de Meanguera, Departamento de Morazán; hechos ocurridos los días diez al catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

No habiéndose recurrido oportunamente la resolución de fs. 22599 a 22624, pieza 112, procede declarar firme y ejecutoriada la misma, conforme lo dispone el Art. 147 CPPn.

A.-Intimación por delitos de Lesa Humanidad y por nuevos delitos.

Una vez ha quedado firme la resolución antes relacionada, en la que, entre otros pronunciamientos se declaran los delitos atribuidos a los procesados como delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra; siendo además que, según las diligencias de investigación practicadas hasta este momento, principalmente de las declaraciones de víctimas y testigos, han quedado de manifiesto otros hechos también constitutivos de delitos según el Derecho Penal Internacional; es preciso la realización de un segundo acto procesal de intimación a los inculpados, con el objeto de notificarles la doble imputación en el primer caso y, los nuevos delitos con los que se amplía la imputación en el segundo caso.

Respecto a los nuevos delitos por los que se extenderá la investigación, es oportuno hacerlo en este momento procesal, puesto que aún no se ha llegado a la finalización de la fase de instrucción, respetando así el derecho de audiencia y de defensa, el cual exige el conocimiento previo de los hechos y delitos por los que se podría presentar una ulterior acusación, a efecto que los procesados y sus defensores puedan organizar su defensa; no es posible una acusación sorpresiva por nuevos delitos en un momento avanzado del procedimiento, que impida al imputado la utilización de medios adecuados de defensa.

Los nuevos delitos por los que se ampliará la investigación a los procesados son:

1.-Delito de Tortura.

[i] Definición.- El acto de tortura ha sido calificado como un acto que ofende a la humanidad entera, por ser uno de los delitos que lesionan lo más preciado de la persona humana –su integridad humana–, de ahí que, en la legislación internacional se le considera como un crimen de lesa humanidad.

En 1975, la Organización de Naciones Unidas aprobó una Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (resolución 3452 (XXX) de la ONU), que fue la base para que luego se aprobara la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el 10 de diciembre de 1984.- En la Declaración, se considera a la tortura como "ofensa a la dignidad humana" y la definición ha sido luego retomada en la Convención que considera a la tortura como un crimen internacional. Tal documento fue aprobado por unanimidad.

El Art. 1 de la Convención, ratificada por El Salvador el 19 de mayo de 1994 -, establece que *"se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia."*

En el ámbito regional americano también se aprobó una Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura en 1985, la cual contiene disposiciones similares a la Convención de la ONU y reafirma el principio de jurisdicción universal para el delito de tortura.- Destaca como principal diferencia que la Convención Interamericana no exige que se inflijan dolores o sufrimientos "graves", con lo cual el ámbito de su protección es mayor.- El artículo 2 la define como:

"...todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica"

Se dice que su ámbito de protección es mayor, porque de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los

finés allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

Según el Art. 7.1.f.2.e, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: *Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control.*

Según la jurisprudencia Latinoamericana, la tortura se considera una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante, siendo este, aquel acto que deliberadamente produce dolor y sufrimiento pero que por su intensidad, no es lo suficientemente severo como para que se le pueda calificar de tortura ni lesiones (Perú, *Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori)* Considerando 694).

Se pueden precisar como elementos del delito de Tortura los siguientes: i) Que la conducta del sujeto activo consista en infligir afectaciones físicas o mentales graves al sujeto pasivo; ii) Que las afectaciones sean infligidas intencionalmente; iii) tengan un propósito determinado, ya sea para obtener una confesión o información, para castigar o intimidar, o para cualquier otro fin que tenga por objeto menoscabar la personalidad o la integridad física y mental de la persona; y, iv) las afectaciones sean infligidas por funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

[ii] Regulación en el derecho interno e internacional.- En el Derecho Penal interno, el delito de Tortura fue introducido por primera vez en el Código Penal que entró en vigencia el 20 de abril de 1998 ya derogado, y que sustituyó al Código Penal de 1973; el delito de tortura se contempló en el artículo 297, dentro de los delitos relativos a los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, así: *El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que con ocasión de las funciones de su cargo, sometiere a otra persona a tortura física o psíquica o que teniendo la facultad de evitarlo o impedirla no lo hiciera, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.*

Posteriormente, por Decreto Legislativo No. 617 de fecha 30 de abril de 2008, publicado en el Diario Oficial No.100, Tomo 379 de fecha 30 de abril de 2008, la configuración del delito de tortura sufrió una reforma; fue derogado del artículo 297 extrayéndolo del Título XIV, Capítulo Único, Delitos Relativos a los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, pasándolo al Título XIX, Capítulo Único. Delitos Contra la Humanidad; en su contenido de nueva cuenta se estableció así: *Artículo 366-A.- El funcionario, empleado público, autoridad pública o agente de autoridad pública que, con ocasión de las funciones de su cargo, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero*

información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otra, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, instigue, induzca o consienta tales actos o no impida su ejecución, será sancionado con prisión de seis a doce años e inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por el mismo tiempo.... Al particular que actúe instigado, inducido o en nombre de los sujetos a que se refiere el inciso anterior o e calidad de participe le será aplicable el régimen general de autoría y participación prescrito en el Capítulo IX del Título II del Libro Primero de este Código.... No se considera tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean consecuencia de medidas legales o inherentes a estas.

En el ordenamiento jurídico internacional, la Tortura está expresamente proscrita en los siguientes instrumentos jurídicos internacionales:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 5: *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.*

-Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, Art. 7: *Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.*

-Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Art. 5.2: *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

-Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional: *En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, 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, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, 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: ... 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;...*

[iii] Hechos constitutivos de tortura perpetrados durante la operación “Rescate de Morazán”, o en conexión con éstos.- Seguidamente se relacionan algunos hechos relatados por testigos y víctimas que han declarado y que, configuran la práctica de tortura:

1. *Testigo y víctima EUGENIO MEJIA*.- Declaró el ocho de febrero de dos mil dieciocho, Fs. 17815 a 17818, pieza 89,- En lo pertinente expresó: “... yo fui golpeado el diez de diciembre del año de mil novecientos ochenta y uno...; me golpeó el ejército militar; cuando el ejército militar me golpeó yo estaba en mi casa cocinando; yo estaba cocinando haciendo mi comida y para mi papá; ... me amarraron bien; esas acciones las hicieron los señores militares...; en ese momento yo tenía veinticinco años; además de que me decían eso los militares me golpearon bien; me golpearon en cabeza y en todo el cuerpo, me torturaron los dedos de la mano izquierda y tengo una puñalada en el brazo también; si, tengo una puñalada en el brazo, esas me la hicieron con el cuchillo, y tengo una herida en los dos dedos de la mano izquierda y tengo una puñalada en el brazo detrás; esa puñalada que recibí en el brazo me quedó cicatriz, ahí la tengo; si la puedo mostrar (levanta su brazo y su camisa para mostrar la cicatriz); esa cicatriz me la provocó los señores militares y me trozaron estos dos dedos (señala su dedos meñique y anular de su mano izquierda) que me han quedado impedido; si, me han quedado los dedos impedidos; me quedaron impedidos porque me trozaron bien; me golpeaban con los fusiles con la culata en la cabeza y con los pieces me daban duro y se paraban en mi me dejaron bien amarrado manos atrás; me dejaron amarrado así adentro de la casa y me dejaron maniados los pieces y a mi papá lo llevaron al campo de la joya ahí cerquita de donde vivo; actualmente yo no miro; no miro a causa de los golpes que me dieron yo perdí la vista, después de los cinco días de la golpiza yo ya no venía bien; si, yo digo que me amarraron, me amarraron con cáñamo; me amarraron los señores soldados; me amarraron de las manos, manos atrás me dejaron; me dejaron boca abajo;...”

Es importante mencionar que según la doctrina de la Corte IDH, la violación sexual es considerada como un acto de tortura por la grave afectación muchas veces física y traumática que produce en la víctima, tanto en el momento de su perpetración, como posterior a los hechos.- En el *Amicus Curiae* presentado a este Juzgado por Claudia Martín, Co-Directora de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario y Susana Sácouto, Directora de la Oficina de Investigación sobre Crímenes de Guerra de la American University Washington College Of Law, se dice: *El artículo 4 del Protocolo II prohibía la perpetración de violaciones sexuales en el marco de un conflicto armado interno. Los tribunales internacionales de derechos humanos, y en particular la Corte IDH han calificado reiteradamente a la violación sexual como tortura, porque es inherente a la perpetración de este delito el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. De igual manera los tribunales penales internacionales han calificado a la violación como crimen contra la humanidad o crimen de guerra cuando se cumplan los requisitos legales de estas definiciones.*- Lo anterior – según citas a pie de página -, contenido en sentencias de la Corte IDH, en los casos Fernández Ortega y otros v. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 128; Caso Rosendo Cantú y otra v. México, Excepción Preliminar, Fondo,

Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 118. 26 Id., párr. 124 y párr. 114, respectivamente.

Se transcriben en el orden de las sentencias y párrafos en mención, los citados párrafos 128 y 114 por su relevancia:

128. Por otra parte, esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos. Con base en lo anterior, la Corte concluye que la violación sexual en el presente caso implicó una violación a la integridad personal de la señora Fernández Ortega, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

114. Independientemente de lo anterior, la Corte ha establecido que un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.

Con fundamento en las sentencias de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de la Corte IDH antes relacionadas, los dos casos de violación denunciados por las víctimas y testigos S. R. P., y F. A., serán sumados a la imputación como casos de Tortura.- Las referidas víctimas en lo esencial manifestaron, la primera:

1) Víctima y testigo S. R. P., declaró el día 5 de octubre de 2017; en lo pertinente expresó: *Me encuentro en esta mañana, en este lugar para dar mi declaración, de las cosas horribles que me hicieron; las cosas horribles que viví fue antes del ochenta y uno, fue cosa fea que me hicieron vivir; la cosa fea que me hicieron vivir fue que tuve una violación; me violaron en octubre del ochenta y uno, en el caserío el Mozote; ...quienes me violaron fueron soldados; afirmo que eran soldados porque en ese tiempo estaban destacados en Jocoaitique y siempre habían operativos antes de la masacre; me refiero a la masacre que hubo en diciembre del ochenta y uno; recuerdo que la masacre fue el diez, once de diciembre; me violaron porque en*

ese entonces antes del operativo que echaron, que siempre hubieron operativos, sacaron todas las personas del caserío; los que las sacaron a las personas fueron los soldados; el nombre del caserío es el Mozote; sacaron a todos los hombres que estaban en las casas de habitación, los tomaron y echándolos fuera; ...los soldados que me violaron, estaban destacados en Jocoaitique; ...; la violación sucedió que ellos entraron ese día era en la tarde, los soldados entraron a la casa donde yo estaba; cuando entran en la casa, yo estaba en la casa de mi novio y estaba moliendo para hacer las tortillas para la cena; después sacan todas las personas, estaba mi suegra; las sacaron a la plaza del Mozote; los sacaron porque eso siempre lo hacían para registrar las casas; cuando sacaron a las personas a mí me sacaron a un cuarto; me sacaron los soldados; ese cuarto estaba ubicado en la casa de Marcos Díaz; los soldados que me movieron para ese cuarto eran cinco; cuando me llevaron me dijeron que no me fuera y me fuera a ese cuarto, me llevaron del brazo y me jalaron; me jalaron del brazo acá (señala parte superior del brazo izquierdo), y me quitaron la ropa; me quitaron la ropa los soldados; cuando digo me quitaron la ropa es mi vestido, mi blúmer, mi pantaleta; inmediatamente después que me han despojado de mi ropa me pusieron en fusil acá (señala su cabeza), me pusieron en el suelo; el fusil me lo pusieron acá (señala de nuevo su cabeza); mientras eso sucedía ellos me decían que me iban a matar; decían que me iban a matar porque decían que ahí solo guerrilleros habían; después que me despojaron de mi ropa y ponerme el fusil en la cabeza, empieza uno a violarme y el otro a tener el fusil en la cabeza; la forma que vestían estas personas recuerdo que era verde; de los cinco sujetos que he mencionado todos me violaron; fueron todos los que se quedaron ahí; cuando estos me violaban los restos de soldados, cuando yo salí(interrumpe interrogador y continua preguntando)...; me violaron por el tiempo de más o menos una hora; en ese entonces tenía dieciocho años; después que suceden esos hechos me sacaron afuera donde tenían las otras personas; me llevaron donde las personas que estaban en la plaza del Mozote; cuando me llevaron a la plaza me dijeron que me iban a matar;... (fs. 14251 a 14261, pieza 71)

2) *Victima y testigo F. A., declaró el día 10 de agosto de 2018, en lo pertinente expresó: He venido esta mañana al tribunal a contar lo que pasó en la masacre del mozote; ... la edad que ya tenía en ese momento, tenía dieciséis años; yo vivía con mi esposo y estaba embarazada de un niño que tenía ocho meses; no, no tenía otros hijos fuera el primero el niño; yo me dedicaba en aquella época los mismos de oficios domésticos; junto a mi esposo las actividades laborales que desarrollábamos, era que hacíamos regadillo, sembramos tomate, maíz; nosotros desempeñamos estas labores arriba de Jocote Amarillo y allí una vez me llevaron los soldados y me violaron; me violaron exactamente en la Guacamaya; la fecha aproximada que ocurrió esta violación no me recuerdo pero fue meses antes de la masacre; cuando ocurrieron estos hechos eran como la una de la tarde; yo lo que me encontraba haciendo en Guacamaya, es que yo estaba cuidando un regadillo y ahí me agarraron, me llevaron y me violaron; me violaron, primero fue un cabo, ellos le decían cabo los soldados y de ahí fueron otros doce soldados; si fueron trece en total; si, todos me violaron, los trece...(la*

testigo solloza) ..., si yo recuerdo cómo andaban vestidos estos hombres, andaban camuflajeados y andaban cascos y fusiles; cuando yo encontré estos hombres ellos me dijeron que nosotros quizás éramos colaboradores de los guerrilleros y nosotros le decíamos que no, yo andaba bien panzona del primer niño que tengo de ocho meses; si, yo tengo cerca de ocho meses de embarazo cuando esto paso; ... a mí me llevaron; me llevaron a la Guacamaya; mientras caminábamos a la Guacamaya; ... además de la violación, estos hombres hicieron otro tipo de violencia en mi cuerpo me quitaron la ropa la fuerza y me acostaron en un zacatal, no les importe a ellos dónde iba a caer y yo; sí, sufrí daños físicos por esas otras agresiones; mientras sufría las agresiones estos soldados decían “que se le salga está cría a esta...” y decían la palabra ellos, pero gracias a Dios no me no me le pasó nada al niño solo que nació antes de la fecha ... después de la violación lo que ocurrió es que me dejaron, “que se vaya”-dijeron- y me mandaron a encaminar y ya me llevaban a una distancia, como que me iban a matar y yo me corrí; ... no, en ningún momento yo compartí, no dije nada en mí en ningún momento, porque dije yo me va a dejar mi esposo si le cuenta cómo me han dejado los soldados, no le quise decir nada a él hasta hoy luego le he contado; (fs. 20007 a 20013, pieza 100).

2.-Delito de Desaparición Forzada.

Las desapariciones forzadas de personas, como método para sacar del camino a opositores políticos, o aquellos que con el pensamiento y las letras se oponían a un determinado régimen imperante, no son un fenómeno reciente, seguir su origen como método represivo en los anales de la humanidad es arduo de escudriñar; sin embargo, la arbitrariedad y la indiferencia han sido los causantes de que el comienzo de la práctica de desapariciones forzadas se sitúe a partir del periodo histórico marcado por la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Núremberg.-El 1 de octubre de 1946, el mariscal Keitel fue declarado culpable de cometer crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y condenado a morir en la horca.- Su condena se constituye, por consiguiente, en el primer caso en el que es aplicado el Derecho internacional para sancionar penalmente una situación masiva y sistemática de desapariciones forzadas.- El tribunal realizó un aporte jurídico valioso al Derecho internacional al encontrar que la desaparición forzada de los detenidos no sólo violaba los derechos de la víctima, sino que el sufrimiento y la angustia constituían un trato cruel e inhumano en contra de los familiares.-A partir de los Juicios de Núremberg y de los Jueces – que fueron juicios sumarios adicionados a los de Núremberg -, la desaparición forzada se considera un crimen internacional

Tras la época de la posguerra, la desaparición forzada como método de terror y represión de opositores políticos se extendió por todo el mundo; sin embargo, la lucha contra-insurgente y la llegada de gobiernos y dictaduras militares en América Latina, ocasionó que este fenómeno haya sido identificado en mayor grado con los sucesos que ocurrieron en el hemisferio americano entre los años sesenta y noventa.- El descontento y

la desigualdad social, la aparición en el seno de la iglesia católica de la llamada “Teología de la Liberación”, y más adelante el triunfo de la Revolución Cubana, alentaron a las clases menos favorecidas de la población a estimar que los cambios institucionales eran posibles y que los movimientos sociales podían triunfar.

La resistencia a todos estos movimientos sociales en Latinoamérica no se hizo esperar; la instauración de regímenes militares liderados por los Estados Unidos de América con su doctrina de “Seguridad Nacional”, fueron los responsables de la desaparición de miles de personas a manos de los gobiernos y dictaduras militares que a través de la opresión contuvieron las reivindicaciones sociales.

[i] Definición.- Los redactores del proyecto para la convención internacional sobre la desaparición forzada de personas, aprobó una definición inicial del concepto de desaparición forzada, la cual fue modificada posteriormente, pero que en esencia contenía todos los elementos personales y normativos que se requerían para dar respuesta a este crimen internacional en todos los hemisferios; la definición fue:

“Se entiende por desaparición forzada de personas el secuestro, detención o toda forma de privación de la libertad de una persona, por agentes de un Estado o por personas que actúen por la instigación o con el apoyo o tolerancia de un Estado, de manera tal que no se suministre la información que permita determinar la situación y el paradero de la víctima o su inmediato acceso a la protección efectiva de los jueces ordinarios para garantizar su derecho a la vida, la integridad personal y la libertad”.

El Art. II de la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas, define este delito así:

Artículo II. Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su Art. 7.1.i.2.i, reconoce y define el delito de Desaparición Forzada como crimen de Lesa Humanidad, así:

Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar

información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

De las anteriores definiciones se pueden extraer los elementos constitutivos del delito de Desaparición Forzada, siendo los siguientes: [i] Arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de detención del sujeto pasivo; [ii] Conducta ejecutada por agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado; [iii] Falta de información o negativa a reconocerla o informar el paradero; y, [iv] Sustracción de la protección de la ley.

[ii] Regulación en el derecho interno e internacional. - En el ámbito interno, comenzando por el Art. 1 de la Constitución de El Salvador de 1983, prescribe una serie de obligaciones para el Estado, destinadas a la preservación de los derechos fundamentales:

Art. 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y el bien común. ...

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Como puede observarse, el Estado, no obstante no contar en la Constitución con una conducta específica que proteja las desapariciones forzadas, está obligado a proteger a las personas y la libertad de las mismas, lo que podría considerarse una prohibición tácita de la conducta en estudio.- El Art. 11 reitera la obligación del Estado de prevenir y sancionar actos que atenten contra la libertad; la obligación se vuelve más explícita al regular que ninguna persona podrá ser privada del derecho a la libertad.- En consonancia el Art. 2 Cn., señala que toda persona tiene derecho a la libertad física y a la integridad.

En suma pues, las anteriores disposiciones constitucionales son claras en establecer la obligación del Estado de proteger la libertad personal y sancionar las conductas que atenten contra ella, dentro de estas se puede contar las desapariciones forzadas.

En la ley secundaria, es hasta el actual Código Penal de El Salvador que se cuenta con un tipo penal específico de desaparición forzada de personas, siendo el Art. 364, el que a la letra dice:

Art. 364.- - El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una persona y no diere razones sobre su paradero, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término.

Se puede observar que el artículo contiene los elementos característicos de las desapariciones, que se han definido por el derecho internacional: Un sujeto activo cualificado, la detención seguida por el ocultamiento y, el no dar razón del paradero de la víctima.

Algo que puede ser objeto de debate, es lo relativo a la sanción, la cual se considera, es un término muy corto, si se toma en cuenta la gravedad de la conducta constitutiva de desaparición forzada.

En el derecho internacional, previo a la proclamación de declaraciones y convenciones específicas que den tratamiento a la desaparición forzada, con base a la interpretación de normas y garantías de carácter general destinadas a la protección de los derechos humanos, contenidas en diversos instrumentos, se consideró que representaban un marco normativo internacional adecuado para criminalizar la desaparición forzada y declarar responsabilidad no solo estatal, sino también personal, acudiendo e invocando desde luego las normas del derecho internacional consuetudinario, que parte para este delito – como se ha dicho -, desde los principios de juzgamiento aplicados en los juicios de Núremberg.- Entre estos instrumentos tenemos:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).- Aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP -, no incluye un derecho específico en contra de la desaparición forzada de personas, puede ser considerado el primer tratado universal de derechos humanos que explícitamente incluye una serie de garantías que coadyuvan directamente la lucha contra la desaparición forzada, como lo son el derecho a un recurso efectivo (art. 2, párr. 3), el derecho a la vida (art. 6, núm. 1), la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), el derecho a la libertad y a la seguridad personal (art. 9), el derecho de todos los detenidos a ser tratados humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10, núm. 1), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16) y el derecho de los niños a medidas de protección por parte de la sociedad y del Estado (art. 24, núm. 1).

b) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968).- La Convención sobre imprescriptibilidad puede ser aplicada directamente a las situaciones de desaparición forzada, cuando éstas al ser practicadas de manera generalizada o sistemática sean consideradas como crímenes de lesa humanidad. En este sentido, esta Convención amplifica los efectos jurídicos de las convenciones Interamericana e Internacional sobre desaparición forzada de personas que consideran que la práctica sistemática de desaparición forzada al ser un crimen de lesa humanidad, genera las consecuencias previstas por el Derecho internacional aplicable, entre las cuales se encuentra la imprescriptibilidad.

Posteriormente surgieron instrumentos internacionales de derechos humanos, que de manera específica regularon sobre la desaparición forzada de personas, entre ellos:

a) Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992).- Esta Declaración es el primer instrumento de carácter internacional que de manera específica se refiere a la desaparición forzada de personas; no obstante haber sido aprobada por consenso por la Asamblea General de la ONU, la Declaración carece de fuerza vinculante, sin embargo parte de la doctrina ha considerado que debido a su importancia, posee un fuerte valor interpretativo y expresa una *opinio juris*, con lo cual algunas de sus normas podrían llegar a constituir una costumbre internacional, de conformidad con la práctica adoptada por los Estados.- Adicionalmente, se ha señalado que aquellas normas relacionadas con la prevención, investigación y juzgamiento de casos de desaparición forzada, simplemente hacen referencia a deberes establecidos en la costumbre internacional, con lo cual, la Declaración, indirectamente, le otorga efectos jurídicos vinculantes a algunas de sus normas.

La Declaración no contiene una definición específica de la desaparición forzada, debido a la dificultad de abarcar todos los elementos que la constituyen, sin embargo, en el preámbulo se establecen los elementos que la constituyen, señalando que tiene lugar cuando se: *“arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”*.

Algunos aspectos relevantes de la declaración, son: El párrafo 4 del preámbulo de la Declaración considera que la desaparición forzada, además de afectar los valores más profundos de la sociedad, representa un crimen de lesa humanidad cuando se practica de manera sistemática.- En cuanto a los términos de prescripción (art. 17), en las desapariciones forzadas el acto comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el período de tiempo en el que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida.- Se establece el deber general de los Estados de abstenerse de elaborar o promulgar leyes de amnistía, aún con refrendación popular, que tengan por finalidad exonerar a aquellas personas que cometan actos de desaparición forzada.- Contempla una serie de herramientas de carácter concreto que los Estados deberían de aplicar para prevenir las desapariciones(Art. 10).- El artículo 19 señala que las víctimas y sus familiares tienen el derecho a obtener una reparación e indemnización proporcionada a la gravedad de la violación.

b) Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994).- La Asamblea General de la OEA, adoptó por consenso la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en 1994; se constituye en el primer tratado internacional jurídicamente vinculante, de carácter específico, sobre desaparición forzada de personas, limitado territorialmente al ámbito americano.

Sobre el contenido de la convención, el artículo II define la desaparición forzada de personas, el cual ya se ha relacionado en el apartado sobre definición.- La conducta típica consiste en la privación de la libertad, sin importar si la misma se ha producido de manera lícita o ilícita, de tal forma que el método empleado es completamente irrelevante.- El comportamiento se debe caracterizar además por una de las siguientes situaciones: a) la falta de información sobre la privación de la libertad; b) la negativa a reconocer la privación o; c) la negativa a informar sobre el paradero de la persona desaparecida.- El sujeto activo puede tratarse “de agentes del Estado”, es decir, personas que desempeñan algún cargo, función, encomienda, actividad pública o bien, “personas o grupos de personas” que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.- La privación de la libertad conlleva la imposibilidad de acceder al ejercicio de los recursos legales o las garantías procesales pertinentes; la Convención IDF sólo salvaguardaría aquellas situaciones de desaparición forzada que se encuentran acompañadas por la carencia de acceso a los recursos judiciales.- No le da a la desaparición el ser un delito autónomo, lo enmarca como una violación múltiple de los derechos esenciales de la persona humana con carácter inderogable.- Establece que mientras no se determine el destino o paradero del desaparecido, el delito adquiere la connotación de continuado o permanente.

c) Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).- Es el primer instrumento internacional con carácter universal que establece el derecho autónomo a no ser desaparecido forzadamente (Art.1). En términos generales, la Convención contiene una serie de disposiciones sustantivas y procedimentales cuyo único propósito consiste en aumentar el nivel de protección y cubrir las lagunas jurídicas existentes en el Derecho internacional.

La Convención Internacional DF establece un amplio repertorio de medidas, quizá la más importante se relaciona con la obligación para los Estados de tipificar penalmente el delito de desaparición y desarrollar ciertos aspectos normativos que hacen referencia directa a la responsabilidad del superior, los términos de prescripción de la acción penal, las medidas de detención y una serie de cláusulas relacionadas con el ejercicio de la potestad jurisdiccional.- La Convención Internacional DF establece un concepto amplio de víctima (Art. 24), configura por primera vez el derecho a la verdad, y adopta un amplio estándar de reparación que comprende no sólo las medidas clásicas de indemnización de daños materiales y morales, sino otras modalidades, tales como la restitución, la readaptación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

Por último, establece el Comité contra la Desaparición Forzada como un mecanismo convencional en el marco de las Naciones Unidas con capacidad, no solo para recibir comunicaciones relativas a casos de desaparición forzada (Art. 31), sino también con la competencia para examinar peticiones urgentes a fin de que se busque y localice al desaparecido, (Art. 30), llevar a cabo visitas in situ (Art. 33), así como realizar llamamientos urgentes que puede poner en consideración de la Asamblea General de la ONU (Art. 34).

[iii]La desaparición forzada de personas es un delito de ejecución permanente.- El Art. III de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, establece que este delito será considerado continuado o permanente mientras no se establezca el destino o el paradero de la víctima.

Sin entrar a considerar las críticas que se hacen al término “continuado” que se hace en la Convención, lo importante del Art. III estriba en que, deja en claro que mientras no se establezca el destino o paradero del desaparecido, el hecho delictivo tendrá el carácter de permanente y por tanto, la acción penal no prescribe.- Como es sabido, a diferencia del delito instantáneo y del delito continuado, el delito permanente se caracteriza porque su consumación no cesa al perfeccionarse el mismo con la privación de libertad de la víctima, dicha consumación se prolonga indefinidamente, sigue dándose o actualizándose hasta que aparezca la persona desaparecida o se sepa de su paradero.

En el caso de autos, varias han sido las declaraciones de víctimas que hacen ver que durante la masacre El Mozote y lugares aledaños, muchos de sus parientes se encontraban en esos lugares desde que tuvo inicio la “Operación Rescate de Morazán” por parte del ejército salvadoreño el día ocho de diciembre de 1981, pero que luego de ocurridos esos acontecimientos no han vuelto a saber de sus familiares, no saben de su paradero, desconocen si están muertos porque hasta el momento no se les han entregado restos debidamente identificados.

Tal situación denunciada por familiares que buscan a sus parientes víctimas, configuran desde luego el crimen de desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad y crimen de guerra, puesto que concurren todos los elementos que lo conforman según el derecho internacional y el derecho interno: a) desaparición de una o más personas; b) conducta ejecutada supuestamente por agentes estatales; c) negativa de reconocer la detención o de informar el paradero o destino de las víctimas; d) Sustracción de la protección de la ley; y, e) Contexto de ataque sistemático y generalizado contra la población civil.

La Corte IDH en su sentencia del año 2012 del Caso “*Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*”, hace referencia al reconocimiento de hechos que expresan los

representantes del Estado, entre ellos, las desapariciones forzadas; en el párrafo 77 y 79 expone:

*77. En este sentido, es pertinente resaltar lo manifestado por el Estado en la audiencia pública, invocando el mensaje de desagravio expresado por el Presidente de la República el 16 de enero de 2012 en el caserío El Mozote en el marco de la conmemoración del 20° Aniversario de los Acuerdos de Paz, al reconocer que: “en el Mozote y comunidades vecinas hace poco más de treinta años se consumó una desmesura criminal que se pretendió negar y ocultar sistemáticamente [...] en tres días y en tres noches se perpetró la más grande masacre contra civiles de la historia contemporánea latinoamericana, a[ll]í se exterminó a casi un millar de salvadoreñas y salvadoreños, la mitad de ellos niños menores de dieciocho años, [...] a[ll]í se cometieron un sin número de actos de barbarie y violaciones de los derechos humanos, se torturó y ejecutó a inocentes, mujeres y niñas sufrieron abusos sexuales, **cientos de salvadoreños y salvadoreñas hoy forman parte de una larga lista de desaparecidos**, mientras otros y otras debieron emigrar y perderlo todo para salvar sus vidas”. (énfasis añadido)*

79. Tomando en cuenta el reconocimiento del Estado, y a partir de los testimonios de los sobrevivientes y de los familiares que acudieron a los lugares afectados con posterioridad a los hechos a fin de indagar la suerte de sus familiares, de las conclusiones de los informes de antropología forense respecto a las exhumaciones realizadas, de lo establecido por la Comisión de la Verdad y de los informes de Tutela Legal del Arzobispado de San Salvador, organización que se ha dedicado a investigar, documentar y realizar diversas publicaciones respecto al presente caso, es que la Corte procederá a establecer los hechos sucedidos entre el 8 y 16 de diciembre de 1981.

[iv] Hechos que configuran desapariciones forzadas ocurridas durante la “Operación Rescate de Morazán”.- Se transcriben a continuación pasajes pertinentes de las declaraciones de víctimas y testigos sobrevivientes, que constituyen actos de desaparición forzada ejecutados en el marco de la operación “Rescate de Morazán” o simplemente “Operación Rescate”, durante la cual aconteció la “masacre El Mozote y lugares aledaños”:

1) Declaración de JUAN BAUTISTA MARQUEZ: “...yo andaba en busca de mi mamá que no la encontré...; de toda mi familia ahí pude identificar trece, pero todos eran diecinueve de la familia que estábamos ahí reunidas, plenamente a ellos por los datos que yo sacaba de censos para escuela y otro eso era diecinueve de familia, pero solo identifiqué trece, pero en las exhumaciones aparece dieciséis, ...” (Fs. 12430 a 12436, pieza 62)

2) Declaración de EUSTAQUIO MARTÍNEZ: “... que los restos de familiares que le entregaron solo le falta uno que se llama Joaquín,...” (Fs. 14117 a 14118 pieza 70).

3)Declaración de LIDIA CHICAS MEJÍA:“...enterré a mis padres en el Cantón de la Joya ...; de las personas que vi fallecidas, estaba mi tía Eloísa, Tío Tiburcio, mi tío Rafai, mi tía Leona, y los niños chiquitos que murieron también, los niños uno se llamaba Santio y no recuerdo pero eran como seis; cuando observé hombres uniformados andaban de verde olivo...; mis familiares fallecidos no han sido identificados; de mis familiares de algunos me han entregado restos; no recuerdo cuantos restos me han entregado, como fue ya tiempos...”(Fs. 14240 a 14242, pieza 71)

4)Declaración de SOFIA ROMERO PEREIRA:“...si perdí familiares; en total perdí treinta y un familiares; los familiares, se llamaban de los que perdí, mi papá Daniel Romero, mi mamá Florentina Pereira, mis hermanos Jesús Salvador, Ana María, María Nelly, Elmer, Nicolás, mi tía María Concepción Romero, mi prima Hipólita, mi abuela Simeona Vigil, mi tío Juan Angel Pereira, mi otro tío Bertoldino Pereira y mi prima Mercedes, José Ignacio y los niños que eran de ellos...; solo me entregaron de una persona;...”(Fs. 14251 a 14261, pieza 71).

5) Declaración de ANTONIA GUEVARA DÍAZ: “... de los familiares no se sabe a quienes lograron exhumar porque ahí van revueltos, pero que si sumamos unos dos ahí, como también ya se estaban deshaciendo algunos restitos ya comiditos;...” (Fs. 14270 a 14273, pieza 71).

6)Declaración de testigo EDUARDO CONCEPCION MÁRQUEZ ARGUETA:“... en esa masacre si murieron familiares míos; después de mis hijos, amenazaron dos más, quienes fallecieron; ellos eran Israel Márquez, que era mi tío y la otra se llamaba Elvira Chicas que era prima conmigo; también murieron los tres hijos míos y la señora; mi señora se llamaba Martina Argueta; mis hijos se llamaban Dora Hilda Argueta, Julio Cesar Argueta y José Maximiliano Argueta; mis hijos tenían las edades de cuatro años tenía, el niño era nieto mío, Julio César tenía doce y la Hilda tenía catorce...; lo que observé en el caserío el Mozote en esa ocasión, un montón de cadáveres habían que se los estaban comiendo los zopilotes; esos cuerpos estaban de todos modos tirados ahí; no pude identificar a ninguna de las personas muertas; tampoco puedo decir un número aproximado de muertos que había...; no logre identificar los restos de mi esposa y de mis hijos, porque como estaban unos quemados y otros estaban los zopilotes ahí comiéndoselos, no se podía llegar por el mal olor;...” (Fs. 14333 a 14336, pieza 71).

6) SATURNINO ARGUETA CLAROS: “... mi familia residía en el mozote; los nombres de mis familiares son Susana claros, Eugenia claros y Ascensión Márquez y los cinco niños de ella que tenía...; regresé al mozote para buscar a mi mamá y a mi hermana...; no he encontrado mis familiares hasta la fecha los ando buscando...; no pude encontrar a nadie de mis familiares;...” (Fs. 14333 a 14336, pieza 71).

7)Testigo MARÍA DORILA MÁRQUEZ DE MÁRQUEZ: “...mi madre era María Clementina Argueta, mi padre cesáreo Márquez y mi hermanita en sus últimos días de embarazo Hilda Hortensia y mi hermanito de 11 años Adolfo Arturo y también mi sobrinita Idalia Carolina de 7 meses y mi sobrino de un año Hermes Nicolás...; no pude encontrar los restos de mi familia;

yo sé que mis padres murieron ahí porque ahí terminaron con todas las personas y no se supo más nada de las personas que habían ahí supuestamente es que la habían asesinado...; por el momento los restos de mis padres y familiares no han sido recuperados desgraciadamente;...” (Fs. 14386 a 14390, pieza 72).

8)Victima y Testigo JOSÉ PABLO DÍAZ PORTILLO:“ *...vengo a declarar por el objetivo de que no encontré a mi familia; me refiero a que no los he visto, bueno, me los mataron...; mi querido hermano se llamaba José Antolín Díaz Portillo, su compañera de vida que eran casados también se llamaba Tomasa Argueta Chicas...; mi hermano Antolín Díaz y mi cuñada Tomasa Chicas tenían cinco hijos; los hijos se encontraban con sus padres al momento de la masacre, ellos estaban todos juntos ahí; yo solo diría los nombres de los Hijos de Antolín y Tomasa, pero no las edades, uno de ellos se llamaba Luciano Díaz Chicas, Arístides Díaz Chicas, Francisco Díaz Chicas, Saraí Díaz Chicas, Geremías Díaz Chicas, eran los cinco hijos de mi querido hermano;...”* (Fs. 14446 a 14447, pieza 72).

9)Victima y Testigo ADELIO DÍAZ CHICAS:“*yo vivía con mi mamá, mis hermanos y otra señora que llegó a pasear; mi madre se llamaba Saturnina Díaz; no recuerdo nombre de mis hermanos, solo de mi hermano que se llamaba René Díaz; mi hermano tenía cuatro años; la otra niña tenía la edad de cuarenta días; mi otra hermana tenía como catorce años de edad...; no han recuperado todo los restos, solo algunos, como cuando hicieron la exhumación yo no puedo decir porque no estaba ahí; todavía no me han entregado los restos;...”*(Fs. 15934 a 15936, pieza 79).

10) Victima y Testigo JUVENCIO MÁRQUEZ:“*... después de esa ocasión volví al Mozote muchísimas veces, cada dos días o cada tres días yo recorrí el mismo lugar; yo volvía a ese lugar porque veía el rastro de caite, como en ese tiempo se usaba mucho caite en ese caserío era malo el zapato y miraba yo los rastros y decía yo que podía encontrar un familiar, pero no, era difícil; ...”* (Fs. 15951 a 15954, pieza 79).

11)Victima y Testigo WILSON VALERIANO GUEVARA BARRERA: “*... yo vivía en mi casa con mi mamá mi hermano y un señor que era el compañero de vida de mi mamá; los nombres de estas personas con las que vivía, mi mamá se llamaba Marcelina Díaz Barrera, mi hermano se llamaba Modesto Díaz y el señor con el que vivía mamá, se llamaba solo Fernando...; no, no pude encontrar a mi mamá...; hoy después, encontraron el resto solo de mi papá y de mi mamá, de mi hermano no; ...”* (Fs. 20231 a 20234, pieza 101).

3.-Delito de Desplazamiento Forzado.

[i] Definición.- La Organización de las Naciones Unidas en el año 1998, definió el desplazamiento forzado así:

“Personas o grupos de personas obligadas a huir o abandonar sus hogares o sus lugares habituales de residencia, en particular como resultado de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violación de los derechos humanos”.

De acuerdo con el Informe analítico del Secretario General sobre los desplazados forzosos del año 1992, éste se considera como:

“La acción llevada a cabo por personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos o catástrofes naturales o provocados por el ser humano y en su propio país”.

Para el caso colombiano - uno de los más representativos de América Latina y del mundo -, la mayoría de sus estudios sobre el tema, desarrollan definiciones que están fuertemente influenciadas por la que la ONU establece, entre las más comunes:

“El desplazamiento forzado es un fenómeno que se presenta con aquellas personas que se ven sometidas a abandonar forzosamente su lugar de vivienda y trabajo, por varias razones, entre las cuales se destacan la incidencia de hechos de violencia de actores [sic] armados, tanto estatales como ilegales”.

Respecto a los elementos del crimen de desplazamiento forzado, se retoman los elementos del crimen de deportación o traslado forzoso de población, derivados del Art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:

Artículo 7.1) d) Crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población.- Elementos: 1) Que el autor haya deportado o trasladado por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar; 2) Que esa o esas personas hayan estado presentes legítimamente en la zona de la que fueron deportadas o trasladadas; 3) Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la legitimidad de dicha presencia; 4) Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil; 5) Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

[ii] Surgimiento y positivación en el derecho internacional.- Los actos que hoy en día constituyen el crimen internacional de desplazamiento forzado, son tan antiguos como el surgimiento mismo de los conflictos internos e internacionales, o de situaciones de grave conmoción social que han desembocado en generalizadas y sistemáticas violaciones a los

derechos humanos contra la población civil.- Por muchos siglos, el traslado forzado u obligado – así también conocido el desplazamiento forzado, término este último el más aceptado -, fue solo visto como un fenómeno resultante de las guerras y las alteraciones del orden social, que solo interesaban a efecto de establecer las obligaciones estatales de proveer las condiciones mínimas de retorno de la población desplazada; sin embargo, los cruentos acontecimientos de los últimos dos siglos y que alcanzó su punto máximo durante la primera y segunda guerra mundial, llevaron a la noción de que, los hechos suscitados perjudicaban directamente y en mayor medida a la población civil, la que de por sí debía esforzarse por no salir perjudicada de en medio de las hostilidades, muchas veces huyendo de sus lugares; los gobiernos y los altos mandos de los ejércitos enfrentados, procuraban primeramente el bienestar y la provisión de quienes servían en la guerra, no así de quienes no participaban en ella; se determinó que la dimensión de los hechos era tal, que no solo involucraban los intereses y valores de las partes enfrentadas, sino los de la humanidad entera, afianzándose así la idea incipiente de un agravio real contra la humanidad.

Los hechos de desplazamiento forzado, que antes eran solo considerados un fenómeno de las guerras, pasaron a ser, luego de la segunda guerra mundial, hechos autónomos para el solo efecto de resaltar su gravedad y punibilidad, sin que esto implique una desvinculación de los otros crímenes de guerra y de lesa humanidad que le son primigenios.- Es así que, bajo otra terminología, los hechos de desplazamiento forzado fueron considerados por primera vez como crimen internacional en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Art. 6, el cual reza:

Artículo 6

El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

*b) CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye 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;

c) **CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma;** 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 de país donde se perpetraron.... (Lo resaltado en negritas es de quien expone).

“Otros actos inhumanos’ es una cláusula general que abarca los graves actos criminales no taxativamente enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY (o el artículo 3 del Estatuto del TPIR). La jurisprudencia internacional ha aclarado que los actos específicos de traslado forzoso pueden ser lo suficientemente graves como para constituir otros actos inhumanos (Publicación del ACNUR: Políticas Legales y de Protección, Series de Investigación. Desplazamiento Forzado y Crímenes Internacionales. Guido Acquaviva. Director de Gabinete, Tribunal Especial para el Líbano. División de Protección Internacional. Abril de 2011, pág. 15).

Con el paso del tiempo el crimen de desplazamiento forzado fue desarrollándose y consolidándose en las normas del ius cogens internacional y del derecho penal internacional consuetudinario, siendo parte de este el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; igual desarrollo tuvo en la doctrina de los diferentes Tribunales regionales y nacionales.- Hasta este día su más alto grado de positivación en el derecho internacional, se ha alcanzado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de julio de 1998, al recoger el desplazamiento forzado como crimen de lesa humanidad(Art. 7.1.a.2.d) y crimen de guerra(Art. 8.a.vii).

El artículo 17 del Protocolo adicional II de los Convenios de Ginebra, relativo a los conflictos armados no internacionales, establece que:

“No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. (...) No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la ONU en 1948, en su art. 3º contempla: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la*

seguridad en su persona”.- No cabe duda que toda persona en situación de deportado o desplazado, ve amenazada su vida, su libertad y su seguridad personal, al no tener el más mínimo control de su entorno, quedando a expensas de otros y de las condiciones de existencia que por humanidad le son provistas.

[iii] El Desplazamiento Forzado es crimen de lesa humanidad y crimen de guerra.- El desplazamiento forzado de la población civil, es un crimen que a la luz del Derecho Internacional Humanitario, se considera crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra, así se expone en la Monografía: El Delito de desplazamiento forzado interno. J. Fernando Bazán Cerdán, Juez Titular, Segundo Juzgado Especializado Penal de Cajamarca:

“El desplazamiento es un crimen de lesa humanidad. De acuerdo al Artículo 7º, numeral 1, literal d), del Estatuto de Roma de la CPI, la deportación o traslado forzoso de la población constituye un crimen de lesa humanidad, cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. En este caso, por “deportación o traslado forzoso de la población” se entenderá el desplazamiento forzoso –dentro o fuera de su país- de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional (Art. 7º, numeral 2, literal d).

El desplazamiento es un crimen de guerra. Así, según el Artículo 8º, numeral 2, literal e), viii), del Estatuto de Roma de la CPI, durante un conflicto armado interno, el desplazamiento de civiles constituye un crimen de guerra, cuando se cometa como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, y en la medida que sea una violación grave de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional. El desplazamiento como crimen de guerra se configura cuando se ordena el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles o por razones militares imperativas.

Conforme a los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la CPI, es pertinente remarcar que la frase “deportado o trasladado por la fuerza” es intercambiable con “desplazado por la fuerza”. Y que la expresión “por la fuerza” no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción.”

Confirma lo anterior, la publicación del ACNUR antes citada, págs. 21 y 22, en la que se expone:

En resumen, la deportación y el traslado forzoso esencialmente existen como crímenes de guerra y como crímenes de lesa humanidad. Una de las principales diferencias entre tipificarlos como crímenes de guerra en lugar de crímenes de lesa humanidad es que en virtud

de la primera categoría, los fiscales deben demostrar la existencia del requerido nexo con un conflicto armado, mientras que en virtud de la segunda, la deportación debe ser parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, incluso sin tener que establecer la existencia de un conflicto armado. Si se consideran bajo uno u otro tipo de delito, los elementos constitutivos de la deportación y del traslado forzoso como crímenes de derecho internacional no difieren mucho, por lo que en efecto, aparte de los elementos contextuales que acabamos de mencionar, las autoridades acusatorias tendrán que probar esencialmente los mismos elementos, independientemente de la calificación como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Las autoridades acusatorias pueden de hecho tipificar la misma conducta bajo ambos cargos (como un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad), el TPIY y el TPIR han sostenido en reiteradas ocasiones que el acusado efectivamente puede ser condenado por ambos delitos, debido a los elementos distintivos contenidos en cada categoría de crímenes.

[iv] Jurisprudencia de la Corte IDH sobre desplazamiento forzado. Especial referencia al caso de autos.- El primer caso en que la Corte IDH imputó responsabilidad internacional a un Estado por hechos constitutivos de desplazamiento forzado interno fue el de la Comunidad Moiwana contra Surinam, en el cual se presentaron argumentos decisivos que sostienen aun la posición de la Corte sobre hechos constitutivos de desplazamiento forzado; en este caso la Corte falló sobre hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1986 en el Estado demandado; a partir de lo expuesto el Tribunal Interamericano enfocó la responsabilidad del Estado, por el desplazamiento de las víctimas del caso, considerando que había tenido lugar la violación del Art. 22 CADH, el cual consagra el cual consagre el derecho de circulación y residencia, en relación con el Art. 1.1 que dispone la obligación de los Estados de respetar los derechos contenidos en la CADH.- A partir de este precedente la Corte en otros casos se ha pronunciado sobre desplazamiento forzado, siendo Colombia el Estado demandado, entre ellos se mencionan el caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, y el caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*. En ambos casos la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado de Colombia en ambas masacres, por violación del Art. 22, en relación con el Art. 1.1, ambos de la CADH.- Algo de especial relevancia que no puede dejar de mencionarse, es que a partir de estos casos la Corte IDH introdujo el DIH (Derecho Internacional Humanitario), como un elemento de interpretación de la CADH.

En la sentencia de la Corte IDH, en el caso “Masacres El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador”, se hace amplia referencia a los actos de desplazamiento forzado dentro de la categoría de hechos que fueron reconocidos en el proceso por los representantes del Estado de El Salvador, todos ellos suscitados en el desarrollo o como consecuencia de la “Operación Rescate de Morazán”, durante la cual supuestamente se perpetró la “Masacre El

Mozote y lugares aledaños”; en los párrafos 183 a 195, la Corte establece que los hechos del presente caso demuestran, además, que las personas sobrevivientes de las masacres fueron forzadas a salir de sus lugares de residencia habitual, tanto por acciones como por omisiones estatales; se eliminó los posibles medios de subsistencia, sin que los pocos sobrevivientes contaran con forma alguna de continuar sus vidas en aquellos sitios, quedando dichos lugares abandonados y despoblados; dicha situación permaneció por largo tiempo sin que las autoridades públicas asistieran a la población civil; en las circunstancias de desplazamiento interno e internacional las víctimas sufrieron todo tipo de situaciones que atentaban contra su vida, su integridad física, su libertad, así como discriminación por su condición de desplazados y a causa de que se los asimilaba con la guerrilla; la Corte establece que el artículo 22.1 de la Convención reconoce el derecho de circulación y de residencia; en esta línea, la Corte considera que esta norma protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte o a no tener que salir forzosamente fuera del territorio del Estado en el cual se halle legalmente; en suma, para la Corte las declaraciones recibidas denotan situaciones que se caracterizan como de desplazamiento forzado que corresponden en primer lugar a desplazamientos internos, esto es dentro del territorio del mismo Estado, desplazamientos que en algunos casos llevaron luego a las víctimas a otros países; en coincidencia con la comunidad internacional, la Corte reafirma que la obligación de garantía para los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país; la Corte concluye en que el Estado no adoptó las medidas suficientes y efectivas para garantizar a las personas desplazadas forzosamente a raíz de las masacres de El Mozote y lugares aledaños un retorno digno y seguro a sus lugares de residencia habitual o un reasentamiento voluntario en otra parte del país.

Por su relevancia, y a manera de resumen hecho por la Corte IDH, se transcriben los párrafos 193, 194 y 195 de la referida sentencia:

193. En el presente caso, y según se desprende de los testimonios recibidos, han sido comprobadas situaciones de desplazamiento masivas provocadas justamente a raíz del conflicto armado y la desprotección sufrida por la población civil debido a su asimilación a la guerrilla, así como en lo que atañe al presente caso, a consecuencia directa de las masacres ocurridas entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981 y de las circunstancias verificadas en forma concomitante como parte de la política estatal de tierra arrasada, todo lo cual provocó que los sobrevivientes se vieran obligados a huir de su país al ver su vida, seguridad o libertad amenazadas por la violencia generalizada e indiscriminada. El Tribunal concluye que el Estado es responsable por la conducta de sus agentes que causó los desplazamientos forzosos internos y hacia la República de Honduras. Además, el Estado no brindó las condiciones o

medios que permitieran a los sobrevivientes regresar de forma digna y segura. Como ha establecido esta Corte con anterioridad, la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar el desplazamiento forzado. Por tanto, el Tribunal estima que en este caso la libertad de circulación y de residencia de los sobrevivientes de las masacres se encontró limitada por graves restricciones de facto, que se originaron en acciones y omisiones del Estado, lo cual constituyó una violación del artículo 22.1 de la Convención.

194. Las víctimas sobrevivientes que fueron desplazadas de su lugar de origen “perdieron los vínculos comunitarios y afectivos de sus raíces identitarias, además de los bienes materiales”, lo que derivó en “cambios forzados en la estructura social, lo cual implic[ó] rupturas, p[é]rdidas, dolor, y mucho sufrimiento”. Para la Corte además tiene especial significado en el presente caso el desplazamiento de los niños y niñas que sobrevivieron a las masacres, quienes además del impacto señalado, tal como explicó la perito Yáñez De La Cruz, “se encuentra[n] con que su padre y su madre son asesinados o uno de ellos, que además tiene que huir [y] que todo es sufrimiento”. Consta también que las víctimas sobrevivientes desplazadas han sufrido un impacto más fuerte en su bienestar y salud a consecuencia de “la ruptura completa de la red cultural en el norte de Morazán, de la creación de un estado del anomia total y de la destrucción completa de una cultura”.

195. En suma, la Corte observa que la situación de desplazamiento forzado interno y hacia la República de Honduras que han enfrentado los sobrevivientes no puede ser desvinculada de las otras violaciones declaradas. En efecto, el desplazamiento tiene origen en las afectaciones sufridas durante las masacres, no sólo a raíz de las violaciones al derecho a la vida (supra párrs. 151 a 157), a la integridad personal (supra párrs. 159 a 165 y 170 a 174) y a la libertad personal (supra párr. 158), sino también por la destrucción del ganado, los cultivos y las viviendas, en violación del derecho a la propiedad privada (supra párrs. 168 y 175 a 181), y las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y el domicilio (artículo 11.2 de la Convención) (supra párrs. 168 y 182). Además, dado que dentro de las víctimas sobrevivientes se ha comprobado que se encontraban niños y niñas, la Corte concluye que las violaciones a su respecto ocurren también en relación con el artículo 19 de la Convención.

[v]Hechos que constituyen desplazamiento forzado acaecidos durante la “Operación Rescate de Morazán”.- Seguidamente se transcriben pasajes pertinentes de las declaraciones de víctimas y testigos que han declarado, en las que se relatan hechos que configuran desplazamiento forzado.

1)Victima y testigo MARÍA IRMA MÁRQUEZ:“...se fueron para Colomoncagua Honduras, nosotros salimos ahí sin rumbo, no sabíamos para dónde íbamos pero como en eso encontramos en apoyo de la gente de Honduras, un grupito así los fuimos como de diez y allá nos dieron alojamiento en Honduras; que regresó de Colomoncagua, porque allá ya no teníamos apoyo, porque primero nos daban apoyo de ACNUR, ya después no los daba y no hallábamos nosotros que comer, regresaron a la tierra natal, a ver como hacíamos decíamos nosotros...

se fueron huyendo a Colomoncagua porque ya habían visto que había pasado en el Mozote, ya no se podía vivir en las casas porque apenas uno estaba en la casa a hostigarlo los soldados o lo mataban a uno, entonces uno tenía que salir huyendo donde le tocara andar rodando con los hijos entonces nosotros no hayamos otra opción que salirnos;...” (Fs. 12452 a 12458, pieza 62).

2) Víctima y testigo SOFIA ROMERO PEREIRA: “...después de los hechos viví en San Miguel veintiocho años...” (fs. 14251 a 14261, pieza 71)

3) Víctima y testigo SONIA TOBAR DE DÍAZ: “...cuando decidimos irnos en principio nos fuimos para el volcancillo de Joateca, porque caían bombas; en ese lugar vivimos como unos dos meses quizás, porque pasaban gente huyendo porque decían que se iban a otros lugares, entonces dijo mi papá, “no esto esta peligroso aquí”, entonces lo que nos hizo salir del volcancillo fue que pasaban unas bombas encima de la casa...; mi papá decidió que nos íbamos a ir a vivir a Joateca, ahí quedaron tortillas en el comal, ahí se quedó todo porque nosotros lo que preferimos fue salvar nuestras vidas y nos fuimos para Joateca a vivir unos días ahí...; de ahí nosotros llegamos a un lugar llamado Zapotitán, eso queda en la Libertad; ahí vivimos de champita en champita ...; para regresar acá nuevamente hemos vivido veinte años fuera...; no perdí familiares en la masacre gracias a Dios porque nos salimos antes; ...” (fs. 14263 a 14268, pieza 71)

4) Víctima y testigo ANTONIA GUEVARA DÍAZ: “...soy sobreviviente, de las víctimas [de lo] que pasó en Cerro Pando...; anduve huyendo nueve años...; un veinticinco de febrero llegamos a la casa otra vez; cuando anduve huyendo los llevaron no se para dónde pero llegamos a un Colomoncagua que le dicen, un refugio, como había una cruz roja que recogía gente y llevaba a los lugares y nosotros los fuimos con un montón de gente; ...” (fs. 14270 a 14272, pieza 71)

5) Víctima y testigo JUAN ANTONIO PEREIRA VIGIL: “...ese hecho me afectó porque a mi [me] tocó triste porque hasta me trasladé para el pueblo de Joateca; me fui huyendo; anduve huyendo en un aproximado de diez años; posteriormente me fui a vivir a un caserío de Mázala; no regresé al lugar donde vivía antes porque no se podía cruzar uno de la población; ...” (fs. 14275 a 14278, pieza 71)

6) Víctima y testigo EDUARDO CONCEPCIÓN ARGUETA MÁRQUEZ: “...después de haber observado esa masacre me fui de ahí, porque ya había pasado la masacre ¿qué iba a volver a hacer si ya lo había perdido todo?; no puedo decir qué día exactamente me fui para El Carrizal...; (fs. 14333 a 14336, pieza 71)

7) Víctima y testigo MARÍA DORILA MÁRQUEZ DE MÁRQUEZ: “...nos dirigimos al caserío Mazala de Arambala...; unos meses después volvió a llegar al Batallón Atlacatl, a Perquin cuando yo estaba desplazada; yo me encontraba en el social de Arambala; ...” (fs. 14386 a 14390, pieza 72)

8) Víctima y testigo MARÍA DEL ROSARIO LOPEZ: “...cuando yo me fui a huir, me fui para la abertura de un cerro que le llaman el perico; ese cerro era una abertura de Laja en linderos del Mozote y Guacamaya; yo estuve viviendo ahí quince días, pero continúe viviendo siempre; ahí yo me fui a vivir a ese lugar con mi compañero de vida y mis hijos; después de irme de ese lugar después de permanecer cinco años ahí porque siempre entraban operativos, salí para Jocoaitique; ...” (fs. 14437 a 14440, pieza 72)

9) Víctima y testigo ÓSCAR ANTONIO ROMERO MARTÍNEZ: “...en la época de la masacre yo residía en el caserío Cumaro, cantón Tierra Colorada, Arambala;...yo tengo conocimiento de quienes hicieron esta masacre ahí, como a mí me sacaron como guía...; los que me sacaron de guía, decían que ellos eran del Batallón Atlacatl...; después que regresé al caserío el Cantarito, me dijeron ellos, “mira –me dijeron- si te vamos a dejar ir, porque no podemos quedar mal con tu papá y con tu mamá, de donde te sacamos de guía”; esto me lo dijeron los soldados, ahí no andaban emblema de teniente ni nada, no nada, nada de eso, solo de verde olivo, no andaban emblema de coroneles ni nada de eso, “pero quiero que otra vez no te vayamos a encontrar en esta zona, porque ya sabes lo que te pasa”, hasta ahí llegó todo y yo me fui para la casa;... después de eso voy a repetir de vuelta que fue que dijeron que me fuera, yo agarré camino ya para el caserío de Cumaro; yo me dirigí hasta Cumaro; ... después que llegué al caserío Cumaro al siguiente día nos fuimos; cuando digo nos fuimos, es que nos salimos para Arambala todos, mi papá, mi mamá, mi familia, porque dijeron que otra vez si nos veían ahí nos iba a...; en el momento de la masacre tenía un mes de residir en caserío Cumaro, porque me había salido del Mozote;...”(fs. 15927 a 15932, pieza 79)

10) Víctima y testigo ADELIO DÍAZ CHICAS: “...en el momento de la masacre yo residía en el Cantón Cerro Pando...; yo después me dirigí donde una señora que iba, la señora ya murió, ella me llevó para lo que estaba como un albergue donde estaban reuniendo la gente...; no me acuerdo muy bien de donde quedaba este albergue;...” (fs. 15934 a 15936, pieza 79)

11) Víctima y testigo ENMA LIDIA VIGIL VIUDA DE AMAYA: “...masacre fue el ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y uno; en esa época yo residía en Arambala con mis papás...; después del entierro de mi papá, al siguiente día nos fuimos para una finca con miedo y nos fuimos para la tejera; la tejera es antes de llegar a Perquín; cuando digo nos fuimos a la tejera éramos todos los hermanitos que ya no podían caminar, dormimos ahí una noche, al siguiente día nos fuimos para Perquin...; en Perquín con la familia permanecemos como quince días...; después de esos quince días nos dirigimos a Gotera; en San Francisco Gotera permanecemos muchos años;...”(fs. 15938 a 15941, pieza 79)

12) Víctima y testigo MARÍA DE LA PAZ CHICAS DE AMAYA: “...cuando ocurrió esto yo residía en la Ranchería...; momento de la masacre nosotros andábamos en Lourdes Colón...; el objeto del viaje a Lourdes Colon, es que nosotros salimos el cinco de diciembre del Mozote...; en Lourdes Colon estuvimos tres días...; después de esos tres días lo que hicimos es que el nueve de diciembre veníamos de regreso para el Mozote cuando había un retén en el puente de

Torola, ya no nos dejaron pasar, ahí nos detuvieron...; luego de eso llegó un soldado y nos dijeron que diéramos gracias a Dios de que no estábamos en el Mozote y que no está el que manda, váyanse, y entonces fue que nosotros nos regresamos...; nosotros vivimos doce años en Lourdes;...”(fs. 15946 a 15949, pieza 79)

13) Víctima y testigo JUVENCIO MÁRQUEZ VIGIL: “...el momento de la masacre yo residía en mi casa de habitación ubicada en el Mozote, salida hacia Ranchería...; esa vez avanzamos a un lugar que le dicen el valle de Mazala que pertenece a Joateca...; cuando me desplacé a Mazala, Joateca, ahí permanecí alrededor de dos meses; luego yo me dirigí, yo decía a Gotera pero llegué a un lugar que le decían El Social; El Social pertenece al territorio de Arambala, debajo de la Tejera de Perquin hacia abajo...; ahí estuve permaneciendo como por cinco años...; el campamento de la Cruz Roja estaba ayudando [a] la gente que se estaba desplazada a los alrededores de Arambala;...”(fs. 15951 a 15954, pieza 79)

14) Víctima y testigo JOSÉ DE LOS ÁNGELES MEJÍA: “...cuando esta masacre ocurrió yo vivía en mi casa en el Caserío El Potrero...;ese día de la masacre me encontraba en la casa a las nueve de la mañana cuando yo oía las tirazones y helicópteros que sobrevolaban, y hay un bordito de mi casa y yo me fui a asomar; desde ese bordito yo observé, o sea que se miraba, como estaba en lo alto debajo de un palo de mango se miraban los soldados disparando, y la llorazon de niños y las mamás y me regresé; yo digo que eran soldados como supuestamente yo los había visto que andaban más antes camuflajeado la ropa; no puedo decir un número aproximado de soldados que andaban; después de observar estos soldados yo lo que hice fue que me regrese para mi casa y le dije a mi esposa, “vieja, vámonos para el perico” -le dije- a un terreno en un cerro que teníamos con mi papá; cuando nos fuimos para ese lugar nos llevamos los tres cipotes, echando unas dos bolsitas de dulces que tenía, unos ataditos de dulces, y los fuimos para ese cerro; ese cerro queda al norte de donde yo vivo; nosotros llegamos al cerro el Perico como por mitad, como por una abertura de laja;...la cueva está en el cerro, está en el mismo cantón La Joya, Caserío El Potrero, Jurisdicción de Meanguera, ahí está ese cerrito...; yo viví en la cueva por seis años;...” (Fs. 16020 a 16023, pieza 80).

15) Víctima y testigo JOSÉ HUMBERTO PEREIRA MÁRQUEZ: “...yo vivía en el desvío del Mozote, a los tres días nos salimos; el desvío del Mozote es el Cantón Tierra Colorada, Caserío El Pinalito; nosotros nos salimos porque oímos que iba un operativo; en Arambala llegamos...; nosotros permanecemos en Arambala quince días; después de esos quince días yo me moví para acá para Gotera; a los veintidós días salimos de Arambala para acá, a ver dónde hallábamos donde quedarnos...; después de estar en el Mozote, me dirigí para Gotera...; después yo me fui para Estados Unidos no volví a ir al Mozote, hasta el noventa y tres que regresé;...” (Fs. 16025 a 16028, pieza 80).

16) Víctima y testigo CESAR MARTÍNEZ HERNÁNDEZ: “...yo me retiré al lugar que le nombran Hormiguero; esto queda al otro lado del Potrero y allá encontré a mi familia que se había ido a buscar posada y por ahí estaban...; yo estuve en el Caserío el Hormiguero una

semana...; después me fui para un lugar que le llaman Planes de Guacamaya...; en total anduve huyendo más de un mes;...” (Fs. 16083 a 16094, pieza 80).

17) Víctima y testigo JOSÉ AMPARO MARTÍNEZ: “...ese tiempo de la masacre yo vivía en la Joya, ahí estaba en la casa con mi familia, con mi esposa, con mis hijos, el día diez que estábamos ahí todavía en la casa; cuando inició la masacre el día once, ya había salido yo de la casa, salí el diez en la tarde; yo salí de la casa en la tarde por la balacera que hizo la Fuerza Armada en las alturas, en donde le decimos la Arada Vieja; estas personas disparaban en la Arada Vieja,... cuando estas personas de la Fuerza Armada disparaban para La Joya lo que hice yo fue salirme de la casa a los montes, porque tenía miedo de que a conforme era la balacera; ... llegué a un lugar que le dicen el Agua Zarca; ahí en Agua Zarca estuve aproximadamente unas dos horas, en la noche verdad; en ese lugar habían unos guatales, una quebrada; después de esas dos horas, de ahí salí yo en la misma noche a un lugar que le decimos el Cerro Brujo; el Cerro Brujo queda de la masacre al Norte; me refiero de la masacre de La Joya; esa noche que me dirigí a Agua Zarca luego al Cerro brujo, en la noche no puedo decir que escuché nada ni vide, porque solamente caminamos en lo oscuro, yo caminaba con dos hembritas de las más pequeñas, una en la nuca, a la otra le había amarrado algo; mi hija la que cargaba tenía aproximadamente cuatro años y la otra tenía parece que dos años; yo llegué al Cerro Brujo al amanecer el once y me mantuve en ese lugar; ...el día trece con mi familia nuevamente a la Joya de vuelta; yo caminé a un lugar que le dicen Los Vigiles, yo llegué amaneciendo ahí; cuando iba en el camino yo llevaba una niña del brazo que es la que tenía siete años; ...de ahí que me fui a ese lugar, la noche ahí la hice en donde Los Vigiles, de ahí salí para El Zapotal de Joateca; yo ahí estuve, bueno, llegó el catorce, el quince, el dieciséis regresé a la Joya yo de vuelta; después de encontrar mi casa destruida lo que hice es que me fui de vuelta para El Zapotal; ... después de esa ocasión solo vine como dos veces al cantón La Joya, me recuerdo, ya no quise venir, porque a nada iba a venir ya; no recuerdo al cuanto tiempo después regresé esas dos veces;... (Fs. 16096 a 16100, pieza 80).

18) Víctima y testigo PEDRO MARTÍNEZ: “...cuando ocurrió esta masacre yo vivía en mi casita ahí en La Joya...; me salí porque ya no aguantábamos estar ahí, entonces; cuando me salí me fui de vuelta para el lugar donde vivía mi mujer o sea la familia; ese lugar era en el Potrerón le dicen, caserío El Potrero;...” (Fs. 16102 a 16107, pieza 80).

19) Víctima y testigo EUGENIO MEJÍA: “...mi casa está ubicada en caserío el potrero cantón la joya de Meanguera...; nos fuimos para Colomoncagua, Honduras...; en Colomoncagua estuve nueve años;...”(fs. 17815 a 17823, pieza 89)

20) Víctima y testigo ALEJANDRO HERNÁNDEZ ARGUETA: “...yo vivía en Jocote amarillo...; lo que hicimos fue irnos a andar huyendo en los montes;...”(fs. 17815 a 17823, pieza 89)

21) Víctima y testigo BENITO MÁRQUEZ CHICAS: “...nos fuimos para Honduras a Colomoncagua; yo decido irme para Honduras por la represión y por los bombardeos de los aviones que andaban ahí...; yo en Honduras viví hasta que se terminó y se dieron los acuerdos de paz; después de los acuerdos de paz regreso;...”(fs. 17815 a 17823, pieza 89)

22) Víctima y testigo MARÍA JULIA PEREIRA DE ARGUETA: “...el día diez de diciembre yo me encontraba en mi casa junto a mis suegros; mi casa estaba ubicada el Caserío Los Toriles, jurisdicción de Arambala, Morazán...; no sé qué se hizo con esa pañoleta, como nosotros salimos, a saber que se hizo, yo solo con la ropita que andaba puesta salí...; yo me salí de mi casa para donde mi papá; mi papa vivía en el caserío Cumaro...; cuando me dirigí a la casa de mi papá, paso la tropa, pero yo no sé si eso serian cuando paso ahí, pero los dijeron que nos saliéramos para el lado de Mázala de Joateca...; cuando llegue donde mi esposo, ahí nos estuvimos un tiempo, ahí nos estuvimos dieciocho meses; mis familiares quedaron ahí en Mázala; luego de que vivimos dieciocho meses junto a mi esposo en Joateca, de ahí nos fuimos para el lado de Honduras donde les dicen los Ex bolsones; allá en Honduras nos estuvimos como un año;...”(fs. 17869 a 17878, pieza 89)

23) Víctima y testigo MAXIMINO CHICA HERNÁNDEZ: “...cuando sucedió esto yo residía en Cantón la Joya...; lo que hice yo ese día diez de diciembre del ochenta y uno, ese día siempre continuamos en la casa pero ya el día once, sentía como que algo iba a pasar y yo me salí pues...; cuando anduve huyendo en las montañas, anduve huyendo desde ese día casi pasamos, casi, casi, yo no le voy a decir, pero caso un año;...”(fs. 17869 a 17878, pieza 89)

24) Víctima y testigo MARTA ALICIA MEJÍA MÁRQUEZ: “...yo me encontraba ese día ocho a las siete de la mañana, yo salí de mi casa, mi casa está ubicada en Arambala...; lo que hicimos ese día nueve es que a las cinco de la mañana salimos yo y mi papá y mis dos hermanitos porque ya a mi mamá ya no la pudimos lograr sacar; salimos rumbo a los Toriles...; después de esos tres días mi papá salió rumbo a rincón seco, a la florecilla ya, buscando para Honduras...; él se fue agarrando a otro lugar a Honduras; nosotros íbamos con él íbamos, a él lo teníamos que seguir y como pues; llegamos a un lugar que le llaman Rincón Seco, la Florecilla, ya buscando para Honduras; ahí en Rincón Seco lo que paso es que ahí nos fuimos a defender, a los quince días bajamos...; cuando vimos todo esa masacre en el convento, la iglesia, lo que hicimos es que nos dirigimos ahí mismo para el lado donde estábamos a Honduras, para Rincón Seco con Florecilla...; en Honduras llegamos a la Florecilla a Rincón Seco ya llegando a Honduras, ahí nos quedamos; en Rincón Seco ahí nos quedamos y como habían unas casitas por ahí mas para arriba, por ahí nos alquilaron una casita y ahí seguimos viviendo, sobreviviendo; ahí vivimos quizás como unos ocho años;...”(fs. 17869 a 17878, pieza 89)

25) Víctima y testigo DOMINGO DÍAZ BARRERA: “...no más me estuve diez días en Arambala y me vine para Meanguera; me fui a Meanguera...; ahí estuve poco como un mes porque me vine a trabajar, como no había trabajo va, me fui a trabajar a Chapeltique; si, eso sucedió un

mes después...; lo que sucedió entonces es que me sacaron como yo salí sin documentos, sin nada busqué auxilio donde un señor que se llamaba Héctor Márquez, ahí estuve; Héctor Márquez vivía en San Miguel, en la Milagro de la Paz; si, yo ahí me dirigí; yo ahí estuve bastante tiempo;...” (fs. 17881 a 17888, pieza 89)

26) Víctima y testigo AMADEO MARTINEZ SÁNCHEZ: “*...el lugar exacto de donde yo vivía es en Cantón la Joya, caserío el Potrero...; ese día lo que sucedió es que nosotros por la tarde ese diez de diciembre de ese año nos dijo mi padre que nos íbamos a trasladar a una casa de una señora que se llamaba Amelia Sánchez...; mi papá lo que hizo fue buscar otra alternativa, ir a otra casa cercana de la que fuimos a buscar a donde quedarnos, a donde un señor que se llamaba Jacinto Sánchez...; nosotros nos fuimos a esconder a un cerro que se llama el Perico...; después de diciembre del ochenta y uno, ahí vivimos en la Joya; vivimos ahí desde el ochenta y uno hasta el ochenta y seis, de ahí nos salimos para un pueblo que se llama Jocoaitique;...”* (fs. 17881 a 17888, pieza 89)

27) Víctima y testigo JUAN ANTEPORTAN CHAVARRIA: “*...cuando ocurrió este hecho de la pérdida de mis hijos yo vivía en la Joya de Meanguera...; cuando ocurrieron los hechos de la pérdida de mis hijos, yo había salido ese día a las seis de la mañana a chapodar un lote de mezcalar que tenía en una falda; yo salí de mi casa...; me tocó quedarme en el mismo lugar hasta que se hizo noche y seguí estar ahí, yo hasta los cinco días baje ya cuando vide que salieron...; después que estuve en ese lugar y habían enterrado a mi familia, me dirigí como a los ocho días yo no halle apoyo, me vine aquí para San Miguel;...”* (Fs. 19997 a 20003, pieza 99).

28) Víctima y testigo FIDEL PÉREZ PÉREZ: “*...ocurrió la masacre en Cerro, es exactamente nos encontrábamos cerca del caserío Cerro Pando...; nos dirigimos, dijo el que nos llevaba al caserío El Zapotal...; donde vivíamos antes de salir de la casa de la familia, quedaba en el caserío flor del Muerto, Agua Blanca...; nosotros en los años ochenta ya nunca regresamos a nuestras casas...; después que este incidente sucedió los fuimos con mi padre hacia el caserío zapotal; ahí permanecemos en el caserío aproximadamente un mes; posteriormente regresamos a la zona de Caserío Yancolo; eso no queda cerca del cerro, queda cerca de Cacaopera; ahí vivimos dos años; posteriormente a esos dos años en el ochenta y tres salimos rumbo a Honduras...; después del ochenta y tres residimos en Colomoncagua Honduras;...”* (Fs. 19997 a 20003, pieza 99).

29) Víctima y testigo FRANCISCA AMAYA: “*...como dos años estuvo allí, después de la masacre ahí anduvimos en el monte huyendo de ellos...; después nos fuimos para el lado de Talchiga; este lugar de Talchiga queda de Perquin para arriba...; ahí nos estuvimos como unos seis meses, de ahí nos salimos mientras estuve en la dieta al niño, y de ahí nos fuimos a desplazarnos a Jocoaitique;...”* (Fs. 20007 a 20013, pieza 100).

30) Víctima y testigo PEDRO RAMOS HERNÁNDEZ: “...cuando ocurrió esta masacre yo residía, vivía en el caserío los Martínez; el caserío los Martínez queda abajito de quebrachos, en el plan de la arada vieja; ese cantón pertenece a Meanguera, ahí sólo le decimos el caserío los Martínez de la jurisdicción de Meanguera...; nos dirigimos para otro plan que estaba al pie del cerro; ese cerro no tiene nombre solo le decían la loma Pacha...; cuando me salí el día doce a otro lugar nos tiramos para el lado del Rincón...; después que estuve en el Caserío El potrero ahí anduvimos bastante tiempo así, porque ya teníamos miedo, no podíamos esperar la tropa porque nos podía pasar lo mismo, pasábamos un día en una parte otro en otra parte, nosotros andábamos huyendo; nosotros anduvimos así más de un año;...” (Fs. 20007 a 20013, pieza 100).

31) Víctima y testigo WILSON VALERIANO GUEVARA BARRERA: “...lo que ocurrió en el Caserío El Mozote, yo estaba en mi casa ese día...; después de encontrar esta situación en ranchería lo que hice, llegué como a una iglesia evangélica que estaban, la identifiqué porque había un montón de pupitres de asientos...; después de ver esa iglesia me dirigí a un lugar que estaba ahí pegado a la iglesia, un lugar que estaba en una quebrada, ahí estuve, ahí me escondí, ahí pase como unos doce días más o menos en ese lugar...; después de que ocurrió esto y estuve en el zapotal, como yo había quedado huérfano sin papá, sin mamá, sin ninguna familia, me dijeron que me iban a ayudar que pasara para Honduras como refugiado; si, efectivamente me fui para el campamento de refugiados, en el ochenta, ahí por enero del ochenta y dos nos fuimos hacia Honduras...; en Honduras viví con una señora que se llama Hilda, ella me adoptó como su hijo...; yo vine en el ochenta y nueve a El Salvador, ya fue cuando la gente se vino para acá;...” (Fs. 20231 a 20234, pieza 101).

B – No existe vulneración al principio de legalidad interno ni internacional.

En lo que respecta al principio de legalidad en el ámbito legal interno, tal como se dejó sentado en resolución de fecha 12 de diciembre de 2018, en la que entre otros asuntos se declaran los hechos atribuidos a los procesados como delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, tales crímenes internacionales ya eran aplicables en nuestro país al momento de acontecer los hechos conocidos como *masacre El Mozote y lugares aledaños*; en aquella resolución – a la que se hace remisión -, se dijo:

...No obstante lo anterior, contrario a lo argumentado por la defensa, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra ya eran ley previa en nuestro país al momento de los hechos que se investigan, de conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH), Derecho Internacional Consuetudinario y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales que han juzgado casos de graves violaciones de los derechos humanos...

Se observa así, que los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, ya eran considerados crímenes internacionales, primeramente por el derecho internacional consuetudinario posterior a las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial, ulteriormente se fue positivando en instrumentos internacionales y leyes nacionales, así como acentuándose a través de la doctrina legal de los tribunales internacionales.- En tal sentido, estos delitos ya se habían consolidado en el derecho internacional como una de las categorías de crímenes internacionales, al tiempo de suceder los hechos conocidos como masacre El Mozote y lugares aledaños....

Los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, constituyen crímenes de derecho internacional aplicable por los tribunales nacionales, cuando concurren en los hechos los elementos que los constituyen.

En el caso de El Salvador, además de tener ingreso al derecho nacional por aplicación del derecho consuetudinario, también es derecho vigente en aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por nuestro país el 23 de noviembre de 1979, publicado en el Diario Oficial de esa misma fecha, tal como lo ha enfatizado la opinión fiscal.- El Pacto en su Artículo 15.1 establece:

*“Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho **Nacional o Internacional**”. (Énfasis añadido).*

En lo que concierne al principio de legalidad en el ámbito internacional, conviene hacer algunas aproximaciones sobre su configuración y alcance, puesto que en mucho difiere del principio de legalidad interno, caracterizado por su rigidez, tutelado por la máxima: “*nullum crimen sine lege*”, la cual denota una rigurosa especificación previa de las conductas que merecen un reproche penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos antes citado, en el mismo Art. 15 inciso 2, hace ya una referencia al principio de legalidad internacional al establecer que:

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

Cuando dice “*Nada de lo dispuesto en este artículo*”, se está refiriendo al principio de legalidad al cual hace alusión el relacionado Art. 15 inciso 1; y, cuando expresa “*fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”, hace referencia al *ius cogens* internacional, al derecho internacional consuetudinario y a la doctrina de los Tribunales nacionales e internacionales que han juzgado casos de crímenes internacionales; el citado inciso 2 deja establecido que el principio de legalidad no impide el juzgamiento de hechos que son delictivos de acuerdo a

los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, o por la comunidad internacional.- Entonces, el principio de legalidad interno con su fórmula rígida "*nullum crimen sine lege*", presenta limitaciones para los crímenes internacionales, el cual se orienta en la máxima "*nullum crimen sine iure*", de una connotación más amplia y flexible.

Cherif Bassiouni (citado en la Tesis Doctoral "El Principio de Legalidad en el Derecho Penal Internacional", de Rodrigo Ignacio Lledó Vásquez, Universidad Carlos III de Madrid) lo explica tomando en cuenta "la ausencia de un órgano legislativo internacional", por lo que plantea que "el principio de legalidad del derecho penal internacional puede ser mejor expresado por la máxima "*nullum crimen sine iure*", la que es "algo menos restrictiva que las rígidas aproximaciones nacionales positivistas de "*nullum crimen sine lege*", que connota una mucho mayor especificidad". Para Bassiouni, "*nullum crimen sine iure*" incluye prohibiciones legales que surgen tanto del derecho convencional como consuetudinario, los cuales declaran que ciertas conductas son prohibibles o punibles.

En la misma Tesis Doctoral citada, se expone:

De este modo, podemos convenir en que, independientemente de que los crímenes internacionales que son objeto del derecho penal internacional, que son los crímenes de guerra, contra la humanidad, el genocidio y el crimen de agresión, ellos tienen existencia internacional en calidad de norma ius cogens, y pueden ser invocados como Principios (Estatuto y Principios de Núremberg), como tratado o convención (Convención contra el Genocidio, Convenciones de Ginebra de 1949 y de La Haya de 1907), y además como derecho internacional consuetudinario.

En el derecho internacional general está bastante asentado que una misma norma puede existir como tratado y a la vez constituir una costumbre internacional (Mariño Menéndez, 2005: 442). En lo que respecta al derecho penal internacional, la situación no es diferente. Alicia Gil Gil (1999: 84) y Manuel Ollé Sesé (2008: 562), basados en la "interacción de las distintas fuentes del derecho internacional", sostienen también que una norma jurídica internacional puede tener simultáneamente el carácter de un tratado internacional y a la vez ser una costumbre internacional y/o un principio general.

La mayoría de autores concuerdan en que, el principio de legalidad del derecho penal internacional con su máxima "*nullum crimen sine iure*", aun cuando es más flexible que el principio de legalidad interno, de todos modos está restringido por principios fundamentales como el de irretroactividad del derecho aplicable, como defensa a la ilegalidad, de modo que si ninguno de los supuestos de normas de ius cogens, derecho consuetudinario o jurisprudencia nacional e internacional, recogen de forma previa las conductas que lesionan los más altos valores protegidos por la comunidad de naciones, tales conductas quedarían sin castigo; desde luego, esa posibilidad de impunidad de graves hechos violatorios de los derechos humanos se ha ido cerrando cada vez más, a partir de

los graves acontecimientos suscitados durante las dos guerras mundiales y otros que les siguieron.- Se suman también - superada la barrera de la *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*, flexibles en el principio de legalidad internacional -, los requisitos de accesibilidad y previsibilidad; según el primero se debe tener acceso a conocer que la conducta está proscrita por el derecho internacional, y por el segundo, saber comprensiblemente que la realización de la conducta prohibida acarreará una sanción.

En el caso de autos, y a manera de conclusión de este apartado, debe establecerse que los tres nuevos delitos que se suman a la imputación que se hace a los procesados, ya existían en el derecho internacional dentro de la categoría de crímenes internacionales, en el tiempo de la comisión – o comisión por omisión -, de los hechos sometidos a este proceso, de tal forma que se cumple con el principio de legalidad internacional al constituir *lex praevia*.- Existe además, suficientes elementos para presumir que los procesados tenían acceso a conocer que las conductas realizadas estaban prohibidas por la norma tanto interna como internacional, así también, era posible imaginarse que la ejecución de las mismas, traería como consecuencia una sanción y una pena.

A continuación, se transcriben algunas resoluciones de Tribunales nacionales de la región Latinoamericana, contenidas en el Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes Internacionales, páginas 169 a 171, en las que se deja sentado que el derecho internacional y el derecho consuetudinario constituyen ley previa.

i. El derecho internacional constituye ley previa.

Uruguay, Caso “Plan Cóndor” en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a), Considerando 8:

El derecho internacional es claro [al] definir la naturaleza de la ley penal aplicable: se trata tanto de la legislación nacional como el Derecho Internacional. Así, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho Nacional o Internacional”. Igualmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece, a su art. 7, que “nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el Derecho Nacional o Internacional”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 9 establece que “nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.- Similar alcance le da el derecho internacional humanitario al concepto de derecho aplicable. Como lo ha señalado Slivie Stoyanka: “no puede cometerse impunemente una violación del derecho internacional basándose en el hecho de que ese acto o esa omisión no estaba prohibida por el derecho nacional cuando se cometió”. — El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos establecen con mayor precisión el alcance del principio de irretroactividad de la ley penal. Así en el art. 15 del Pacto

establece que: “Nada de lo dispuesto en este art. se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones, que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. — Similar provisión contiene el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aunque existe poca doctrina al respecto en lo que concierne el ámbito interamericano, algunos autores consideran que la fórmula empleada por el artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— “de acuerdo con el derecho aplicable”— consagra la misma situación. Aunque algunas veces se trata esta regla como una excepción, en realidad se trata de una disposición aclarativa sobre el alcance del principio de irretroactividad de la ley penal.

Este alcance del principio de irretroactividad de la ley penal tiene por objeto y propósito permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales del Derecho Internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el derecho penal internacional ni por el derecho penal nacional. Esta cláusula fue incorporada a ambos tratados con el expreso propósito de responder las situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial [...]. La tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada son “per se” crímenes internacionales. Así mismo, la práctica masiva, sistemática o a gran escala de la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, entre otros actos, constituyen un crimen internacional calificado, a saber, un crimen de lesa humanidad. Son estas conductas, precisamente, a las que se refieren, entre otras cosas, el art 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.— Lo anterior tiene varias consecuencias, según diferentes premisas fácticas e hipótesis. Se puede, según el derecho internacional, llevar a juicio y condenar sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal: A un autor de un acto criminal, aun cuando ni al momento de cometerse ni posteriormente ese acto no era ni es delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delito por el Derecho Internacional. Los procesos por crímenes de lesa humanidad realizados por los Tribunales Militares Internacionales de Nüremberg y del Extremo Oriente así como aquellos celebrados por los tribunales de los Aliados en virtud de la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado reafirmaron la aplicación de este principio: los autores de crímenes de lesa humanidad fueron procesados, juzgados y castigados por comportamientos calificados de crímenes de lesa humanidad según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional y se les aplicó tipos penales adoptados después de la comisión de los ilícitos. Varios tribunales internacionales han aplicado igualmente retroactivamente legislación nacional a comportamientos que eran delictivos bajo el Derecho Internacional al momento de su comisión. Uno de los primeros precedentes fue el proceso, por genocidio, de Adolf Eichman por la Suprema Corte de Israel en 1961. La Corte precisó que dado que los actos imputados a Eichman eran la negociación misma de los fundamentos esenciales de la Comunidad

Internacional y que el Estado de Israel podía juzgarlo bajo el principio de jurisdicción universal en su calidad de custodio del Derecho Internacional. En Sri Lanka, el tribunal de apelaciones juzgó y condenó a una persona por el delito de secuestro de un avión, a pesar de que el delito no estaba tipificado en la legislación nacional, al considerar que este ilícito ya estaba incriminado en el derecho internacional bajo la figura de la piratería aérea.— Así la ausencia de tipos penales nacionales para reprimir un crimen bajo el Derecho Internacional no se puede invocar por un Estado para no cumplir con su obligación de juzgar y castigar a los autores de este ilícito, si al tiempo de su comisión ya era delito bajo el Derecho Internacional o considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional [Énfasis añadido].

a. El derecho consuetudinario constituye ley previa.

Argentina, Recurso promovido por la querrela en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel) (Relación de sentencias 1.b), Considerando 13:

[P]podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a “que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un nomen iuris para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)”.

Chile, Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros) (Relación de sentencias 3.d), Considerandos 6 y 7:

[E]l Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plantea la existencia de normas imperativas, reconocidas a nivel de derecho positivo, por primera vez, en el Convenio de Viena de 1.969, sobre Derecho de los Tratados, conceptualizadas como aquéllas que la comunidad internacional en su conjunto reconocen como no susceptibles de acuerdo en contrario y que sólo son derogables por otra norma del mismo carácter (artículos 53 y 64) [...]. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del Derecho

Consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia” [nota en el original omitida]. Pues bien, si bien no existe en el Derecho Internacional un tratado o declaración que enumere casuísticamente las normas de derecho imperativo, existe un amplio consenso doctrinario en orden a incluir en su ámbito las violaciones a gran escala de los derechos humanos o “crímenes contra la humanidad”, categoría en la que cabe incluir el ilícito de autos, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [L]a prohibición de retroactividad, predicada en los códigos penales clásicos, como el nuestro, ha perdido progresivamente vigencia, con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional[.] [...] [E]n el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho, siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción sea punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario. Ello, porque los hechos en cuestión “crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad” —ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al derecho interno, en cuanto homicidios calificados [Énfasis añadido].

Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 135 y otros de la Ley 599 de 2000, y varios de la ley 522 de 1999 (Código Penal y Código Penal Militar) (Relación de sentencias 4.i), Consideraciones, D, 2.1:

Como primera medida, debe tenerse en cuenta que las normas de origen consuetudinario ocupan un lugar de primera importancia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario. [...] [L]as normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario son vinculantes para Colombia en la misma medida en que lo son los tratados y los principios que conforman este ordenamiento jurídico. La importancia de las normas consuetudinarias dentro del Derecho Internacional Humanitario contemporáneo es tal, que en sí mismas proveen el fundamento para la responsabilidad penal individual de quienes cometen crímenes de guerra. Así, el Estatuto de la Corte Penal Internacional remite directamente a las normas consuetudinarias del DIH al establecer, en el Artículo 8 (“Crímenes de Guerra”) que “2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: (...) (e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional (...)” [...]; y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia otorga competencia a este organismo para investigar y juzgar a los responsables de “violaciones a las leyes o costumbres de la guerra”. Más aún, este último Tribunal en varias sentencias ha deducido la responsabilidad penal individual de los criminales del conflicto yugoslavo exclusivamente con base en normas consuetudinarias, y no convencionales, de Derecho Internacional Humanitario. Así lo recomendó el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe, en el cual indicó que este órgano debía aplicar preferentemente, en relación con las “violaciones

de las leyes o costumbres de la guerra”, las reglas de derecho internacional humanitario que son indudablemente consuetudinarias, para así respetar el principio de nullum crimen sine lege y evitar los problemas derivados de la adherencia de sólo algunos Estados a los tratados relevantes. Desde el caso seminal del Fiscal vs. Dusko Tadic y a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, luego de constatar que tanto las Regulaciones de La Haya como el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra forman parte indudable del derecho consuetudinario, ha declarado la responsabilidad individual de varios acusados con base en el contenido de éstas disposiciones, excluyendo específicamente la necesidad de recurrir al Protocolo I de los Convenios de Ginebra y declarando que “el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad penal por las violaciones serias del Artículo 3 Común”.

En este contexto, véase, Perú, Recurso de hábeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete (Relación de sentencias 13.c), Considerando 17:

[L]a aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad.

Véase también, Perú, Recurso de hábeas corpus promovido por Juan Nolberto Rivero Lazo (Relación de sentencias 13.e), párrafo 21 (igual).

Uruguay, Caso “Plan Cóndor” en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) (Relación de sentencias 14.a), Considerando 8:

[De conformidad con el art 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] [...] la ausencia de un tipo penal de tortura en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de actos de tortura cometidos cuando esta conducta ya era considerada delito por el Derecho Internacional. [De la misma forma] [...] la existencia ex post facto de un tipo penal de desaparición forzada en la legislación nacional, no es un obstáculo para llevar ante la justicia y condenar a los autores de desaparición forzada cometidas cuando esta conducta ya era considerada delito por el derecho internacional: [...] [en particular a] un autor de un acto criminal, aun cuando al momento de cometerse no estaba tipificado como delito por la legislación nacional o por un tratado internacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional [Énfasis añadido].

C.-Adopción de Medidas Cautelares.

Los hechos en resumen que se investigan en este proceso, son los siguientes: El 10 de diciembre de 1981, en el caserío El Mozote, departamento de Morazán, fueron apresados

por unidades del Batallón Atlacatl, sin resistencia, todos los hombres, mujeres y niños que se encontraban en el lugar.- Después de pasar la noche encerrados en las casas, el día siguiente, 11 de diciembre, fueron ejecutados deliberada y sistemáticamente, por grupos. Primero fueron torturados y ejecutados los hombres, luego fueron ejecutadas mujeres y, finalmente, los niños en el mismo lugar donde se encontraban encerrados.- El número de víctimas identificadas excedió de doscientas; la cifra aumenta si se toman en cuenta las demás víctimas no identificadas.- Estos hechos ocurrieron en el transcurso de una acción antiguerrillera denominada “Operación Rescate”, en la cual además del Batallón Atlacatl, participaron unidades de la Tercera Brigada de Infantería y del Centro de Instrucción de Comandos de San Francisco Gotera.- En el curso de la Operación Rescate, se efectuaron, además, masacres de la población civil en los siguientes lugares: el día 11, más de veinte personas en el cantón La Joya; el día 12, unas treinta personas en el caserío La Ranchería; el mismo día, por unidades del Batallón Atlacatl, los moradores del caserío Los Toriles; y el día 13, a los pobladores del caserío Jocote Amarillo y del Cantón Cerro Pando. Más de unas quinientas víctimas identificadas perecieron en el Mozote y en los demás caseríos; muchas víctimas más no han sido identificadas.

Tales hechos son atribuidos a los procesados: General José Guillermo García; General de División Rafael Flores Lima; Coronel e Ingeniero Francisco Adolfo Castillo Meléndez o Francisco Adolfo García Menéndez; General Juan Rafael Bustillo Toledo; Mayor Natividad Jesús Cáceres Cabrera (hoy Coronel); Capitán Juan Ernesto Méndez Rodríguez (hoy Coronel); Capitán José Antonio Rodríguez Molina (hoy Coronel); Teniente Coronel Luis Adalberto Landaverde Barrera (hoy Coronel); Mayor José Mario Godínez Castillo (hoy Coronel); Capitán Mauricio Isaac Duke Lozano (hoy General); Capitán Walter Oswaldo Salazar Martínez (hoy General); Teniente Oscar Córdova Hernández (hoy Capitán); Subteniente Roberto Antonio Garay Saravia (hoy Coronel); Subteniente Cesar Augusto Milla Flor (hoy Mayor); Subteniente Carlos Eduardo Cáceres Flores (hoy General); Subteniente Jorge Armando Alfaro Bautista (hoy Coronel); Subteniente Rafael Santiago Del Cid Aguirre (hoy Coronel); Subteniente Salvador Augusto Guzmán Parada (hoy Capitán); todos de generales conocidas en este proceso.

Es importante mencionar, que desde la presentación de la Acusación y petición de reapertura de este caso por parte de los Acusadores particulares, éstos solicitaron para los procesados la medida cautelar de detención provisional, medida que este Juzgador no consideró procedente al decretarse la reapertura el treinta de septiembre de dos mil dieciséis, en razón de que, según se dijo en la referida resolución: “... *aún no se cuenta con elementos de juicio suficientes para estimar que los imputados tuvieron participación en los hechos acusados, ... el único origen de los señalamientos que se hace a los militares acusados, deviene del informe de la Comisión de la Verdad y de publicación de la Oficina de Tutela Legal del Arzobispado de San Salvador, ... no existe respecto a ellos un señalamiento específico por*

parte de los ofendidos y testigos que han declarado en el proceso, así como tampoco corre agregado en autos algún informe oficial – no obstante haberse requerido por el Juez de la causa -, respecto a que eran ellos quienes ocuparon los cargos y funciones que se les atribuye”.- En atención a esto, los inculpados han permanecido durante la actual fase de instrucción en libertad, sin ninguna medida cautelar que asegure su presencia en el proceso.

A esta fecha, transcurridos ya más de dos años de reabiertas las investigaciones, se estima que el nivel de vinculación de los procesados con los hechos que se les atribuye - al menos en la modalidad de autores mediatos -, se ha fortalecido; la prueba testimonial practicada de al menos cuarenta y cuatro testigos muchos de ellos presenciales de los hechos; los informes médico forenses, antropológicos y de criminalística que dan cuenta de la atrocidad de los crímenes; las inspecciones realizadas con participación de los testigos, en las que se muestra la coherencia de sus dichos; los mismos informes proporcionados por el Ministerio de la Defensa Nacional, en los que se confirma la acusación en cuanto a que los procesados, algunos formaban parte del alto mando de la Fuerza Armada que presumiblemente ideó, planificó y organizó la operación “Rescate de Morazán”, y otros comandaban el principal Batallón señalado de los actos de ejecución y otras unidades militares de apoyo; los expedientes personales de algunos de los procesados; y, las diferentes notas periodísticas de la época en las que el mismo Ministro de Defensa se ocupa de dar informes de los resultados de la operación; todo ello – se reitera -, robustece el señalamiento que se hace de la participación de los procesados en la *masacre El Mozote y lugares aledaños*.

En otro aspecto, debe tomarse en cuenta la actitud de los procesados en lo que se ha recorrido de esta fase de instrucción; el único acto de presencia que se ha tenido se su parte en los diferentes actos procesales, ha sido en las audiencias de intimación que se realizaron los días 29 y 30 de marzo de año dos mil diecisiete, poco después de la reapertura del proceso; esto evidencia un alejamiento del proceso, lo cual crea una inquietud en las víctimas, quienes en varias ocasiones han reclamado no solo la ausencia de los inculpados, sino también el silencio de los mismos, negando su versión o explicación de lo sucedido.

Unos de las características por las que se adoptan y se rigen las medidas cautelares son: La necesidad de su adopción y la variabilidad de la situación procesal de la persona sometida al proceso.- Dependiendo de la naturaleza del delito atribuido, la personalidad del indiciado y su entorno, los elementos indiciarios que lo vinculan a los hechos, y la situación de vulnerabilidad de la víctima, el Juez puede decidir: [i] Que el procesado permanezca durante el proceso en libertad sin ninguna medida que restrinja su libertad personal, en vista que no existe la necesidad de adoptar ninguna medida cautelar porque el procesado no representa amenaza de evadir el proceso u obstaculizar actos de investigación o de producción de prueba; [ii] Que permanezca en libertad pero sometido a medidas cautelares alternativas o sustitutivas a la detención provisional, en razón de que se estima necesario

la adopción de medidas cautelares que garanticen la permanencia del inculpado en las diferentes etapas del juicio, sin llegar a la medida extrema de la detención provisional; y, [iii] Que el inculpado sea sometido a la medida más gravosa de la detención provisional, la cual es necesaria porque representa peligro de fuga y de obstaculización de la investigación.- La variabilidad tiene que ver con el hecho de que el Juez – quien durante el inicio del proceso no lo consideró necesario -, decida adoptar medidas cautelares o modificar las adoptadas, todo esto en base a las circunstancias surgidas en el trámite procesal.

El derecho internacional de los Derechos Humanos, acoge el Principio de Excepcionalidad de la privación de libertad de las personas procesadas por delito; así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 9.3 dispone: “*La prisión preventiva no debe ser la Regla General*”.- El Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, en el párrafo 2 del principio 36 establece: “*Solo se procederá al arresto o detención... cuando lo requieran la necesidad de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley.- Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención...*”.- El Principio 39 de este mismo instrumento, contempla: “*Excepto en casos especiales indicados por la Ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un Juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera del juicio con sujeción a las condiciones que se le impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.*”. - La regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) destacan que: “*En el procedimiento penal solo se recurrirá a la privación preventiva como último recurso...*”.

Ambos aspectos aludidos al principio de este apartado – robustecimiento del vínculo de los procesados con los hechos y su actitud durante la instrucción -, vuelven necesario la adopción de medidas cautelares que aseguren la presencia de los procesados en el juicio y sus resultados, por lo cual, deberán aplicarse medidas alternativas a la detención provisional de las señaladas en el Art. 332 del Código Procesal Penal vigente, específicamente las señalada en los numerales 3, 4 y 6 de la citada disposición.

De conformidad a lo expuesto, disposiciones legales citadas y Arts. 1, 172 y 179 Constitución de la República; Arts. 1, 2, 16 y 115 ss. Código Procesal Penal /1973 der.; Arts. 1.1, 8.1 y 25.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, el suscrito Juez
RESUELVE:

- a)** Declárase firme y ejecutoriada la resolución de fs. 22599 a 22624, pieza 112 de este proceso, en vista de no haberse recurrido oportunamente de la misma.
- b)** Señálase audiencia para el día dieciséis de mayo del corriente año, a las diez horas, a efecto de intimar a los procesados respecto a los nuevos hechos constitutivos de delitos de Tortura, Desapariciones Forzadas y Desplazamiento Forzado, con los que se amplía la imputación conforme al derecho penal internacional; debiendo pronunciarse en ese acto los inculpados sobre sus derechos de defensa y de rendir declaración indagatoria.
- c)** Impónense a los procesados, las siguientes medidas alternativas a la detención provisional:
- [i] Obligación de presentarse a este Tribunal los días cinco y veinte de cada mes, o el día hábil siguiente.
 - [ii] Prohibición de salir del país, sin previa autorización del Juez de la causa y por motivo debidamente justificado.
 - [iii] Prohibición de comunicarse con las víctimas y testigos que han declarado en el presente caso, y los que posteriormente podrían concurrir.
- d)** Notifíquese.