

POSIBILIDADES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: EL CASO DE ACTEAL¹

JOAN BAUCELLS LLADÓS

Profesor Titular de Derecho Penal. Universitat Rovira i Virgili²

ESTHER HAVA GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

A Manuel Vázquez Luna.

Introducción

El principio de justicia universal se enmarca en un contexto de evolución del Derecho internacional en el que los diferentes Estados que forman la comunidad internacional han ido desarrollando instrumentos de cooperación para permitir y facilitar la persecución de hechos delictivos que van más allá de la afectación de intereses nacionales³.

Desde esta perspectiva, el principio de justicia universal se ha llegado a interpretar como una delegación de cierto grado de soberanía supranacional admitida, en torno a determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada⁴. Precisamente por ello debe

¹ Aunque el contenido es compartido por los dos autores, los epígrafes 1 y 3 han sido redactados por el Dr. Joan Baucells, y el resto por la Dra. Esther Hava.

² En la elaboración de este estudio el Dr. Joan Baucells Lladós ha contado con la colaboración de la URV Solidaria, la Facultat de Ciències Jurídiques y el Departament de Dret Públic de la Universitat Rovira i Virgili. Además de la inestimable ayuda de las alumnas de licenciatura de Derecho de la URV: Anna Alegre Fernández, Laia Colomé Barbà e Inés Solé Guillén, quienes no sólo han venido trabajando en las cuestiones teóricas durante el curso 2005-2006, sino que —desplazadas a Chiapas durante el mes de julio de 2006— han desarrollado una minuciosa labor de documentación en el Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas. A toda la gente que trabaja en él queremos agradecer su propuesta y apoyo a esta investigación.

³ La última etapa de este proceso ha culminado con la creación de la Corte Penal Internacional y la aprobación de su Estatuto, en vigor desde el 1 de julio de 2002.

⁴ En este sentido, GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 66-67 y bibliografía citada en su pie de página núm. 6.

entenderse que se trata de una excepción al principio de territorialidad que, como las otras dos (personalidad activa y protección), se introduce para completarlo, compensar sus limitaciones y facilitar la persecución penal de determinados hechos delictivos que escapan a su alcance.

Pero la jurisdicción universal no constituye una mera extensión de la competencia que se otorga al poder judicial con carácter general para tutelar ciudadanos de nacionalidad española o intereses propios de nuestro país. El carácter internacional de los intereses protegidos⁵, sumado a esa función de cierre para evitar que se produzcan ámbitos de impunidad no deseados, proporciona al principio de justicia universal una especial fuente de legitimación y reconocimiento interestatal. Desde esa perspectiva, puede afirmarse que en virtud de este principio el Estado español actúa en nombre de la comunidad internacional, asumiendo, junto a la competencia jurisdiccional formal, el compromiso de perseguir aquellos hechos que, por afectar gravemente a determinados bienes jurídicos esenciales reconocidos a nivel supranacional, han merecido su repulsa unánime.

Los tribunales españoles comenzaron a dar cumplimiento a ese compromiso de forma decisiva hace ya más de una década, a propósito del enjuiciamiento de casos como el de Pinochet, Scilingo o Guatemala, procesos todos ellos que, si bien han tenido desenlaces desiguales, han servido al menos para dar un considerable impulso a la aplicabilidad efectiva del principio de justicia universal en nuestro país, permitiendo superar buena parte de la discusión planteada en torno al fundamento de esta jurisdicción y propiciando el desarrollo de una incipiente jurisprudencia penal y constitucional sobre los requisitos y circunstancias necesarios para su ejercicio⁶.

⁵ Al margen de la relativa heterogeneidad de los delitos a los que alude el art. 23.4 L.O.P.J. es evidente que, al menos en el caso de los delitos de genocidio, terrorismo y crímenes de lesa humanidad —que como veremos más adelante pueden ser aplicados a los sucesos narrados en los antecedentes—, resultan afectados bienes jurídicos esenciales que, como tales, forman parte del contenido básico de los derechos humanos que se aspiran a consolidar como parte de una cultura internacional.

⁶ Al respecto, debe destacarse la influencia que tuvo el caso Pinochet: «Declaraciones de organismos como el Parlamento Europeo, peticiones de extradición formuladas por otros países y el implícito reconocimiento de la competencia española por el Reino Unido al proceder contra Pinochet mediante su detención, han puesto de manifiesto que el principio de justicia universal alegado por España se basa en el carácter internacional de los intereses a que se refiere» (GARCÍA ARÁN, M., «El principio de justicia universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial y crímenes contra la humanidad», *Ponencias del XII Seminario «Duque de Ahumada»: Crímenes contra la humanidad y genocidio*, mayo de 2000 —ponencia publicada en http://www.guardia-civil.com/prensa/actividades/ponencias/pagina_3.jsp, citada 15 julio 2007—).

En el presente estudio se realiza un análisis tanto de esa jurisprudencia como de la normativa española aplicable, con el fin de evaluar las posibilidades y límites que presenta el principio de justicia universal, tal y como ha sido regulado e interpretado en nuestro país, a la hora de plantear ante nuestros tribunales la persecución y enjuiciamiento de unos hechos que, si bien ha tenido una repercusión mediática mucho menor a la de los ya mencionados, han supuesto igualmente una grave afectación de bienes jurídicos que son reconocidos y tutelados por la comunidad internacional: los numerosos actos de violación de los derechos humanos sucedidos en el Estado de Chiapas (México) desde mediados de los años noventa en el contexto de la lucha contrainsurgente.

1. Los sucesos de Acteal y Zona Norte⁷

A) En el año de 1994 se levantó en armas en el estado de Chiapas, México, el autodenominado Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), ejército insurgente que declara la guerra al Gobierno Mexicano en demanda de derechos básicos para la población indígena. A raíz de dicho levantamiento, se origina en dicha provincia un conflicto armado en el que son creados grupos paramilitares, cuyo fin era debilitar no sólo a los insurgentes, sino también a cualquier persona u organización que simpatizara con sus demandas.

A partir del año de 1995, estos grupos paramilitares desplegaron una estrategia armada destinada a ampliar su presencia y control en la zona, que consistió principalmente en una campaña de terror que tuvo como blanco masivo, tanto como selectivo, a líderes sociales y pobladores señalados como simpatizantes del grupo armado disidente. Así también, se establecieron en la región, campamentos y retenes de la fuerza pública, compuesta por elementos de la entonces Policía de Seguridad Pública, y efectivos del Ejército Nacional.

Estos grupos paramilitares⁸, que operaban en la zona de influencia zapatista, contaron, en primer lugar, con la más absoluta impu-

⁷ Se sintetizan en este apartado los hechos que aparecen documentados en los distintos informes elaborados por el Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, A.C. (CDHFBLC); el Centro de Análisis Político e Investigaciones Sociales y Económicas, A.C. (CAPISE) y el Centro de Investigaciones Económicas y Políticas de Acción Comunitaria (CIEPAC), a los que se irá haciendo referencia.

⁸ «En base a su estructura y forma de actuar podemos decir que en general, son organizaciones ilegales de personas que utilizan la violencia y el terror para debilitar la oposición armada y civil, y lo hacen apoyadas por agentes del Estado, a través de recursos económicos y/o militares, entrenamiento, protección e impunidad» (*Los Grupos Paramilitares en Chiapas*. Folleto editado por el Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de Las Casas, s/f, p. 8).

nidad⁹. En segundo lugar, también contaron con la complicidad y apoyo de diversas autoridades, tanto municipales, como estatales y federales¹⁰. Esta ayuda fue de diverso signo: desde estímulos económicos directos —como salarios y subvenciones—¹¹ hasta equipos de defensa tales como armas y uniformes, pasando incluso por la instrucción militar.¹²

Esta Guerra Irregular o Guerra de Baja Intensidad se incubó en la Zona Norte-Selva del Estado, particularmente en los municipios de Tumbalá, Tila, Sabanilla y Salto de Agua. Es entre 1995 y 1996, mientras transcurrían las Mesas de Diálogo San Andrés entre el Gobierno Mexicano y el EZLN, que el Gobierno Federal promovía la conformación y la acción de grupos paramilitares en esta región.

⁹ La misma Procuraduría General de la República en un informe elaborado por JIMÉNEZ QUEVEDO, J. L., *La masacre de Acteal*, 2002, p. 3, reconoce como «una de las causas que motivaron la masacre la falta de procuración de justicia, al afirmar que la procuraduría General de Justicia del Estado, no realizó las investigaciones sobre estos hechos con la celeridad que merecían, solamente se concretó a iniciar las averiguaciones previas dejando transcurrir el tiempo sin resultado alguno».

¹⁰ Alguna de las múltiples complicidades de las autoridades municipales aparecen en CDHFBLC, *La guerra en Chiapas: ¿Incidente en la historia?*, San Cristóbal de las Casas, 2000, pp. 66 a 69, donde se acredita —incluso con fotografías de documentos— omisiones de alcaldes ante denuncias, órdenes solicitando la inaplicación de órdenes de aprehensión, etc. La complicidad de militares y policías aparece denunciada en ese mismo texto (*ob. cit.*, pp. 69ss.) y ha sido incluso reconocida por la propia Procuraduría General de la República (al respecto, véase el informe elaborado por JIMÉNEZ QUEVEDO, J. L., *La masacre de Acteal*, *ob. cit.*, p. 4) y en alguna de las sentencias que han recaído sobre los casos y a las que tendremos la ocasión de referirnos más adelante.

¹¹ El grupo paramilitar *Desarrollo, Paz y Justicia* fue beneficiado con varios millones de pesos para supuestos proyectos productivos. En este sentido, en julio de 1997, se firmó un convenio entre el Gobierno de Chiapas y Desarrollo, Paz y Justicia en el que el primero se comprometió en entregar 4'6 millones de pesos para fomentar actividades agropecuarias. En este convenio firmó como testigo de honor el General Mario Renán Castillo. Este hecho demuestra no sólo que Desarrollo, Paz y Justicia recibía dinero del gobierno estatal, sino que también sus líderes tenían una relación cercana con altos dirigentes del Ejército Federal Mexicano, específicamente con el General anteriormente mencionado (Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre los derechos humanos en México*, Washington D.C., 1998, pag. 12 (Primera Respuesta del Gobierno de México a la petición P-1121-04 -Rogelio Jiménez López y otros—). La finalidad última de ese dinero era otra, como demuestra el hecho de que a mediados de 1999 las bases de esta organización paramilitar se inconformaron con sus dirigentes y los acusaron de haber desviado los apoyos dados por el gobierno a la compra de armas y radios de comunicación. Ver CDHFBLC, *Grupos paramilitares en Chiapas*, cit., p. 18. Sobre la financiación estatal de estos grupos, *La guerra en Chiapas*, cit., pp. 63-64.

¹² Según consta en la Causa Penal Número 96/98 ante el Juzgado Primero de Distrito, instruida en contra de Mariano Pérez Ruiz, ex militar condenado por Portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

Según investigaciones del CIEPAC, en marzo y abril de 1995 empezó a incrementarse la presencia de estos grupos paramilitares en la zona norte del Estado¹³. Estos grupos ocasionaron numerosos actos de violación de derechos humanos, resultado de los cuales se produjeron asesinatos y miles de desplazamientos forzados. La primera denuncia recibida provino de la comunidad Emilio Zapata, municipio de Tumbalá, comunidad base de apoyo del EZLN, donde los paramilitares quemaron 16 casas y desplazaron a igual número de familias zapatistas. Desde entonces, la violación de derechos humanos por parte de estos grupos fue constante¹⁴.

Cabe destacar que el grupo paramilitar *Desarrollo, Paz y Justicia* asoló a la población de la referida Zona Norte del Estado con el apoyo del Ejército y la Seguridad Pública, hasta que las divisiones internas y el cambio de correlación de fuerzas en el año 2000 desdibujaron a la organización¹⁵. Los resultados de la actuación de dicho grupo: miles de desplazados y decenas de desaparecidos y ejecutados. Existen en toda esta zona registrados por el *Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, A.C.* entre 1995 y el año 2000, 122 víctimas, de las cuales 85 se refieren a ejecuciones y 37 a desapariciones forzadas, además del desplazamiento forzado de 3.618 personas que siguen viviendo las secuelas del desplazamiento¹⁶. El total de víctimas desplazadas que han sido documentadas por el *Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, A.C.* en todo el Estado de Chiapas ascendía al 5 de octubre de 2005 a 12.114 personas.

B) El modelo de estrategia contrainsurgente llegó a la región de Los Altos de Chiapas, y con ello, al Municipio de Chenalhó¹⁷. Aquí la

¹³ Para conocer ampliamente el número de grupos y su composición política (fundamentalmente priísta), ver CIEPAC, *Tras los pasos de una guerra inconclusa (Doce años de militarización en Chiapas)*, San Cristóbal de las casas, 2006, pp. 37 y ss. Destacan: Desarrollo, Paz y Justicia; Unión de Comunidades Indígenas Agropecuarias y Forestales (UCIAF); Los Chinchulines; Movimiento Indígena Revolucionario Antizapatista (MIRA); Máscara Roja; Alianza San Bartolomé de los Llanos; Los Quintos; Los Puñales; Los Aguijares; Organización Campesina Obrero Popular del Estado de Chiapas (OCOPECH); Los Tomates; Los Plátanos; Los Chentes; Los Carranzistas; El Frente Civil; Organización Clandestina Revolucionaria; Frente Juvenil.

¹⁴ Una breve relación de los crímenes de esta época aparece en CIEPAC, *Tras los pasos...*, *ob. cit.*, pp. 41 a 44.

¹⁵ Al día de hoy los miembros del grupo Desarrollo Paz y Justicia continúan armados y sólo cuatro de sus líderes se encuentran en la cárcel.

¹⁶ Ver el informe del CDHFBLC, *Crímenes de lesa humanidad en el conflicto armado en Chiapas. Reconstrucción de hechos, pruebas, delitos y testimonios*. San Cristóbal de las Casas. Febrero de 2005. Anexos 2, 3 y 4.

¹⁷ Para la relación exhaustiva de esos antecedentes, ver CDHFBLC, *Camino a la masacre, 1997*, pp. 6 y ss.

acción paramilitar tuvo una expresión culminante en la población de Acteal, cercana a San Pedro Chenalhó, donde el 22 de diciembre de 1997, fueron asesinados 49 indígenas tsotsiles¹⁸ que se encontraban en una ermita, después de tres días de ayuno y oración por la paz: 19 mujeres, 8 hombres, 14 niñas, 4 niños y 4 fetos que junto con sus madres fueron brutalmente asesinados, además de 17 heridos, por el grupo paramilitar priísta que actuaba en la región. Dicho grupo contó con armas de alto calibre de uso exclusivo del Ejército Mexicano, sin que los Policías de Seguridad Pública acuartelados a escasos 200 metros, intervinieran en su ayuda, ni a pesar de que el Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas notificó a la Secretaría de Gobierno del Estado de Chiapas sobre lo que ocurría esa mañana del 22 de diciembre¹⁹. El ataque se prolongó por más de 7 horas. Existen en todo el municipio de Chenalhó documentados por el *Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, A.C.* desde febrero de 1994 hasta diciembre de 1997, 6.332 casos de personas desplazadas, que incluye la pérdida de bienes y la quema de sus casas; 62 muertos de manera violenta y 42 heridos²⁰.

Después de la masacre de Acteal continuaron las violaciones de derechos humanos²¹ y la connivencia institucional del régimen priísta. La irregularidad de la actuación de los poderes públicos era evidente. Sin ir más lejos, el día de la masacre de Acteal, el Secretario Técnico del Consejo Estatal de Seguridad Pública, D. Jorge Enrique Hernández Aguilar, se excedió en sus facultades e invadió la esfera de competencia del Ministerio público, ya que giró instrucciones como el ordenar el levantamiento de los cadáveres, lo que motivó que no se preservara el lugar de los hechos y se borrarán evidencias del delito cometido²².

¹⁸ Los indígenas masacrados pertenecían a la Organización denominada «Sociedad Civil Las Abejas», organización pacifista que desde el inicio del conflicto se proclamó neutral.

¹⁹ En el transcurso de la mañana de ese día 22 de diciembre, José Méndez Paiciencia, indígena tsotsil integrante de la Sociedad Civil Las Abejas, llegó a las oficinas del Centro de Derechos Humanos Fray Bartolomé de Las Casas para denunciar lo que ocurriría en Acteal, ya que él mismo había sido secuestrado por quienes prepararían la masacre, y en consecuencia, había escuchado conversaciones sobre dicha preparación.

²⁰ Ver el informe de CDHFBLC, *Crímenes de lesa humanidad en el conflicto armado en Chiapas, ob. cit.*, Pág. 3.

²¹ Sobre la relación detallada de los asesinatos y desplazamientos de población cometidos con posterioridad a Acteal, ver CDHFBLC, *La legalidad de la Injusticia*, San Cristóbal de las Casas, 1998, pp. 37 y ss.

²² Este hecho ha sido reconocido por la propia Procuraduría General de la República, Delegación estatal en Chiapas, en *La masacre de Acteal*, cit., p. 12.

C) Los acontecimientos en estas zonas parecen ser evidentes consecuencias de la implementación de una política deliberada de guerra irregular —denominada el «Plan de Campaña Chiapas 94»²³— preparada por la Secretaría de la Defensa Nacional, ideada por el General de División Miguel Ángel Godínez Bravo, ordenada por el entonces presidente Ernesto Zedillo en febrero de 1995²⁴ y ejecutada por el General de División Mario Renán Castillo consistente, en primer lugar, en el incremento de la presencia militar en la zona zapatista²⁵ con el diseño de un plan político militar donde se ha dividido el territorio de influencia zapatista en tres grandes partes para aplicar distintas tácticas militares²⁶.

Por otro lado, como vimos, el Plan de Campaña también contaba con la creación, financiación, adiestramiento y encubrimiento de grupos paramilitares encaminada a cometer ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil consistentes en asesinatos, desplazamientos forzados, detenciones ilegales, torturas, persecuciones de colectivos con identidades políticas específicas (las víctimas no sólo tienen en común ser opositores al PRI, sino estar comprometidos

²³ Nos estamos refiriendo al «*Plan de Campaña Chiapas 94*», un documento fechado en la SEDENA en octubre de 1994 que salió a la luz a través de un artículo de investigación periodística publicado por Carlos Marín, «Plan del Ejército en Chiapas desde 1994: crear bandas paramilitares, desplazar a la población, destruir las bases de apoyo del EZLN...» en *Proceso*, núm. 1105, de 4 de enero de 1998. A parte de en esta revista, su texto puede encontrarse como anexo 1 en CDHFBLC, *Crímenes de lesa humanidad*, ob. cit. y aparece ampliamente comentado en el Informe del Centro de Análisis Político e Investigaciones Sociales y Económicas, *La ocupación militar en el territorio indígena de Chiapas: El dilema del prisionero*, San Cristóbal de las Casas, febrero de 2004.

²⁴ El aquel entonces Presidente de la República, Ernesto Zedillo, en una conferencia pronunciada en el D.F. el 9 de enero de 1995, ordenó al Ejército federal avanzar sobre la zona zapatista y capturar a la comandancia general del EZLN. Entre enero y junio de 1998 viajó a Chiapas hasta seis veces, visitando territorios zapatistas, pronunciando discursos contra el Subcomandante Marcos y el obispo de San Cristóbal de las Casas, Samuel Ruíz García, acusándolo indirectamente de practicar la teología de la violencia. Estas visitas han sido interpretados por el CIEPAC como premeditadas para preparar a la opinión pública ante los hechos de violencia que se avecinaban por parte del ejército, policía y grupos paramilitares. Ver CIEPAC, *Tras los pasos...*, ob. cit., pp. 31 y 63. Que el Presidente tuviera conocimiento de este Plan de Campaña parece evidente puesto que en el mismo, epígrafe I.A.u, se reconoce como objetivo «elaborar un plan de desarrollo que será sometido a consideración del C. Presidente de la República».

²⁵ Especialmente interesante en este punto, CIEPAC, *Tras los pasos...*, ob. cit., pp. 32-33, en el que se significa la instalación de hasta 29 destacamentos policiales y militares nuevos tan sólo en el año 1995.

²⁶ Básicamente, las tácticas del «yunque y el martillo», del «despeje militar y la contaminación»; de la «presión de la tijera» y algunas otras. Sobre las tácticas militares desplegadas como consecuencia del desarrollo del Plan de Campaña Chiapas '94 ver CIEPAC, *Tras los pasos...*, ob. cit., pp. 166ss.

con el movimiento de defensa de la autonomía y derechos indígenas), religiosas (miembros activos de la diócesis de San Cristóbal, precisamente por su labor de solidaridad con el movimiento indígena)²⁷ y étnicas propias (la inmensa mayoría de las víctimas son indígenas). En el punto I.A.r de este Plan de campaña militar se llega a reconocer expresamente como objetivo '*organizar secretamente a ciertos sectores de la población civil, entre otros, a ganaderos, pequeños propietarios e individuos caracterizados con un alto sentido patriótico, quienes serán empleados a órdenes en apoyo de nuestras operaciones*'.

D) Los gobiernos estatal y federal durante dos administraciones, así como los mismos órganos de administración de justicia, se han negado a reconocer las evidencias que señalan el origen de estos delitos, confundiendo a la opinión pública nacional e internacional señalando que se trata de un problema religioso, intracomunitario e incluso de usos y costumbres.

E) Este esquema de militarización y paramilitarización que funcionó en el Estado de Chiapas entre 1994 y el año 2000 —bajo la presidencia del priísta Ernesto Zedillo— dejó como saldo a más de cien asesinados y más de 20.000 desplazados de diversos municipios de las zonas Altos, Norte y Selva²⁸. Todavía hoy continúan los actos de hostigamiento y los desplazamientos por parte de estos grupos paramilitares, donde el principal agresor es *Desarrollo, Paz y Justicia*, que el 8 y 9 de junio de 2005, por sólo citar algún ejemplo, en la comunidad de Andrés Quintana Roo, realizó disparos cerca de la casa de uno de sus habitantes, provocando el desplazamiento de 20 familias que se vieron obligadas a refugiarse en Tapijulapa, Tabasco²⁹.

2. El principio de justicia universal

El criterio general de atribución de competencia a los tribunales españoles es el *principio de territorialidad*. Así viene reconocido en los artículos 8 del Código Civil (CC) y 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en el que se establece que «*en el orden penal corres-*

²⁷ Sobre las agresiones a miembros de la Iglesia católica y los motivos ideológicos de las mismas, ver CIEPAC, *Tras los pasos...*, *ob. cit.*, pp. 151ss. Aparecen asimismo las agresiones a los miembros de este colectivo detalladamente expuestas en CDHFBLC, *La legalidad de la Injusticia*, *ob. cit.*, pp. 55-57.

²⁸ HIDALGO, O./CASTRO, G., *Población desplazada en Chiapas*, México D.F., 1999.

²⁹ Sobre algunos de los crímenes documentados en Chiapas bajo la presidencia de Vicente Fox, ver CIEPAC, *Tras los pasos...*, *ob. cit.*, pp. 42-43 y 60-61. También GUTIÉRREZ, N., «Mercadotecnia en el indigenismo de Vicente Fox» en HERNÁNDEZ, R. A.-PAZ, S.-SIERRA, M. T. (coord.), *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN. Conocer para decidir*, México D.F., 2004, pp. 43 y ss.

ponderará a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español (...)». No obstante, también es atribuida la competencia para la persecución de delitos cometidos por españoles aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional (*principio de personalidad activa* —art. 23.2 LOPJ—) y cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional si fueran susceptibles de tipificarse según la ley española como alguno de los delitos enumerados en el artículo 23.3 L.O.P.J. protectores de intereses estatales (*principio real o de protección*). Pero estas dos últimas no son las únicas excepciones al principio de territorialidad.

En efecto, el art. 23.4 LOPJ atribuye asimismo competencia a los tribunales españoles para «conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los delitos siguientes: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera, e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores e incapaces, f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. h) Y cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España»³⁰.

El legislador español ha reconocido el principio de justicia universal sin someterlo a más limitaciones que las de exigir que los hechos sean «susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los delitos» a los que alude. No existe por tanto en la letra de la Ley ninguna alusión a la nacionalidad de los autores o de las víctimas, a la necesidad de denuncia o querrela por parte de éstas, a la exigencia de doble incriminación o a cualquier otro requisito. Tan sólo opera como límite a su ámbito de aplicación el principio *non bis in idem* recogido en el art. 25.5 LOPJ, que en este sentido exige «que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta la evolución experimentada en el seno del Derecho internacional hacia el desarrollo de

³⁰ Este artículo ha sido recientemente modificado reformado por Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para permitir la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina y en la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre permitiendo la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas.

nuevos instrumentos de cooperación para la persecución de hechos delictivos que superan el interés nacional, proceso en el que se dio un importante paso hacia adelante con la adopción el 17 de julio de 1998 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, abierto a la firma ese mismo día y en vigor desde el 1 de julio de 2002. De conformidad con lo dispuesto en dicho Estatuto, la Corte Penal Internacional posee competencia respecto de los delitos que sean cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, razón por la cual no sería posible someter a dicha Corte el conocimiento de los hechos objeto del presente estudio pues, con independencia de la calificación que se realice de ellos, en cualquier caso fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Precisamente es en estos supuestos donde la función de cierre del principio de justicia universal —a la que aludíamos antes— desarrolla una de sus principales consecuencias: evitar la impunidad de los genocidios, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos antes de la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional.

También es necesario advertir que, aun en el caso de que los hechos sucedidos en Acteal y Zona Norte hubieran sido cometidos con posterioridad a julio de 2002, la función de cierre que cumple el principio de justicia universal permitiría a los tribunales españoles declararse competentes para enjuiciar esos hechos. Pues, como ha manifestado un sector doctrinal, la Corte Penal Internacional no nace para generar conflictos con las jurisdicciones nacionales ni para sustituirlas, sino que se basa en el *principio de complementariedad*. Dicho principio, que es mencionado en el Preámbulo y en el artículo 1 del Estatuto de Roma, se concreta posteriormente en su artículo 17 a) en el siguiente sentido: *siendo prioritaria la jurisdicción de los Estados, la Corte Penal Internacional intervendrá cuando el Estado que tiene jurisdicción sobre los hechos no quiera o no pueda hacerlo*³¹.

De este modo, la competencia de los tribunales españoles podría —además de a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor desplegarse como mínimo en los siguientes supuestos:

1. En caso de comisión de alguno de los delitos mencionados en el artículo 23.4 L.O.P.J., si no han sido atribuidos por el Estatuto de Roma a la Corte Penal Internacional —por ejemplo, terrorismo o prostitución—.

³¹ En este sentido, GARCÍA ARÁN, M., «Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte penal internacional» en *Persona y Derecho*, vol. 51-2004, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona. 2004. Pág. 272.

2. En caso de comisión de delitos cometidos en territorios o por autores nacionales de países que no hayan ratificado el Estatuto de Roma (por ejemplo, estadounidenses en Irak).

3. Por otro lado, no resulta inadecuado afirmar que, si un Estado ejerce su jurisdicción en virtud del principio de justicia universal, está integrándose en un sistema global de persecución internacional de crímenes contra la comunidad internacional y, en ese sentido, complementa a su vez la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. En otras palabras: a fin de evitar la impunidad por la comisión de crímenes internacionales —que ya vimos era el fundamento del principio de justicia universal—, puede hablarse de un *principio de complementariedad recíproca* entre la Corte Penal Internacional y los diferentes Estados que reconozcan entre sus principios jurisdiccionales el de justicia universal, en cuya virtud dichos Estados podrían perseguir tales hechos en aquellos casos en que la Corte no pueda o no quiera hacerlo, como por ejemplo sucedería si el Fiscal de la Corte, o incluso la propia Corte, no estimara oportuno el inicio del proceso ante su jurisdicción³².

Por último, si ante un caso de posible competencia de la Corte Penal Internacional, el gobierno de un Estado que ha ratificado el Estatuto de Roma (p.ej. España o México³³) decidiera no activarla, nada obstaría para que los tribunales estatales iniciaran en su lugar la persecución de los delitos en cuestión³⁴, obviamente en el supuesto de que se hayan atribuido en sus respectivas legislaciones la competencia jurisdiccional basada en el principio de justicia universal.

Por todo ello, y sin perjuicio de que más adelante deba valorarse si los hechos narrados en los antecedentes son susceptibles de subsumirse en alguna de las conductas referidas en el artículo 23.4 LOPJ —propósito al que dedicaremos el apartado 4— o de aclarar algunas cuestiones procesales que pudieran afectar al procesamiento del presente caso —que abordamos de inmediato en el apartado 3—, podemos afirmar de entrada que los acontecimientos de Acteal y de la Zona Norte son suscep-

³² Así lo reconoce expresamente el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (BOE, de 11 diciembre 2003, núm. 296) al disponer que «...si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, que-rella o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes».

³³ España ratificó el Estatuto el 24 de octubre de 2000, previa autorización del Parlamento a través de LO 6/2000, de 4 de octubre (BOE, de 5 de octubre de 2000) y México lo ratificó el 28 de octubre de 2005.

³⁴ Esta idea de principio de complementariedad recíproca se desarrolla por GARCÍA ARÁN, M., «Complementariedad recíproca...», *ob. cit.* pp. 274 y ss.

tibles de procesamiento ante los tribunales españoles aunque se hayan cometido en México y por ciudadanos mexicanos.

3. La aplicación del principio de justicia universal en España: los casos Pinochet, Scilingo, Perú y Guatemala

Como es sabido, en los últimos años la aplicación del principio de justicia universal se ha planteado en la jurisdicción penal española a propósito de la presentación de respectivas querrelas criminales por los casos Pinochet, Scilingo, Perú y Guatemala. Al margen del debate político y mediático que tales procesos han generado, los tribunales españoles y la doctrina penal y de Derecho internacional han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de algunas cuestiones competenciales y procesales que deben ser tenidas en cuenta para la resolución de los supuestos objeto del presente estudio.

3.1. Principio de justicia universal y cosa juzgada

Ya hemos apuntado que el legislador español tan sólo exige para la aplicación del principio de justicia universal el requisito de «*que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena*».

En los casos Pinochet y Scilingo, la Audiencia Nacional entendió que dicha exigencia no suponía un obstáculo para el enjuiciamiento de tales hechos, en la medida en que tales casos fueron sobreseídos en sus respectivos países en base a un decreto de amnistía y, por ello, no podían ser considerados juzgados o indultados³⁵.

Sin embargo, la Sentencia 327/2003 del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2005, dictada a propósito del caso Guatemala, negó la competencia de la jurisdicción española alegando, en primer lugar, el carácter subsidiario de la misma, pues, en opinión de dicho Tribunal, tal jurisdicción sólo podría intervenir cuando no lo hubieran hecho o no pudieran hacerlo los tribunales del lugar de comisión del delito. La acusación particular deducía que la jurisdicción guatemalteca no quería o no podía juzgar los hechos de la falta de actividad mostrada hasta el momento. Sin embargo, en dicha sentencia se llega a afirmar

³⁵ En relación al caso Pinochet, ver Auto del Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 1998, FJ 8. En relación al caso Scilingo, ver Auto de la sección 3.^a de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998. FJ 8.

que «desde la perspectiva del derecho vigente en Guatemala, no apreciamos la existencia de un impedimento u obstáculo legislativo para la persecución de los hechos denunciados [...]. Por el contrario aparece documentalmentemente acreditado que la Ley de Reconciliación Nacional de 1996, aprobada en Guatemala después de los acuerdos de paz, excluía expresamente de la amnistía los delitos de genocidio, de modo que, lo que los recurrentes sostienen, no era otra cosa que su interpretación particular de la legalidad vigente en aquel país». En definitiva, el Tribunal Supremo español establecía como exigencia para admitir una querrela por genocidio *la acreditación plena de la inactividad o inefectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial*.

En cualquier caso, debe advertirse que la sentencia tuvo el voto particular de la mitad de sus miembros³⁶, que mantuvieron la idea —ya sustentada en los casos Pinochet y Scilingo por la Audiencia Nacional— de que la jurisdicción universal para el conocimiento los delitos de genocidio como crímenes de Derecho internacional no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, esto es, garantizar que el genocidio pueda ser en cualquier caso enjuiciado y penado. En esta línea, consideraron que debía de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida sólo *cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo* el delito de genocidio cometido en su propio país. En este sentido puede hablarse de un *principio de necesidad* de la intervención jurisdiccional, que se deriva de la propia naturaleza y finalidad de la jurisdicción universal. La aplicación de este principio determina la prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejerce sobre la base del principio de Justicia Universal.

Ahora bien, este criterio —según los votos particulares— no facultaba para excluir la aplicación de lo prevenido en el art 23.4.º a) de la LOPJ estableciendo como exigencia para admitir una querrela por genocidio extraterritorial la acreditación plena de la inactividad o inefectividad de la persecución penal por parte de la jurisdicción territorial. Este requisito vaciaría de contenido efectivo el principio de persecución universal del genocidio, pues se trata de una acreditación prácticamente imposible, y determinaría la exigencia de una valoración extremadamente delicada en este prematuro momento procesal.

³⁶ Que formulan los Excmos. Sres Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez.

Para la admisión de la querrela —continuaban esos votos— resultaba exigible, en esta materia, lo mismo que se exige en relación con los hechos supuestamente constitutivos del delito de genocidio: *la aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad «de facto»*. El voto particular concluía que, en el caso Guatemala, la documentación aportada por la querrela y valorada por el Instructor era manifiestamente significativa en el sentido de que transcurridos largos años desde que ocurrieron los hechos, por unas u otras razones, la jurisdicción territorial de Guatemala no ha podido ejercerse de un modo efectivo en relación con el genocidio sobre la población maya que era objeto de la querrela.

Esta controvertida sentencia fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que finalmente dio la razón al voto particular³⁷, entendiendo que para *«la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional había delimitado, va más allá y requiere de los denunciadores una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos»*.

El Tribunal Constitucional continúa afirmando que *«tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una probatio diabolica. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre Genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que*

³⁷ STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005.

bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica pro actione, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE».

Los casos de Acteal y Zona Norte han sido objeto de algunos procesos judiciales en México, abiertos contra ciertos «autores materiales», sin que en ningún caso hayan sido procesados todos los responsables ni imputados los «autores intelectuales» de tales hechos. Algunos de dichos procesos han acabado con la condena de determinadas personas como responsables de asesinato, mientras que otros han culminado con la libre absolución de los procesados, pero la mayoría se han detenido por dilaciones judiciales de distinto origen y naturaleza. La apertura y posterior evolución de todos estos procesos tiene una importante relevancia en relación a la exigencia, ya mencionada, del art. 23.5 LOPJ de que el delincuente no debe haber «*sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso no haya cumplido la condena*». Por todo ello resulta conveniente analizar por separado estos tres grupos de supuestos pues, como veremos, requieren de diferentes respuestas:

1. En principio, pareciera que las personas que hayan sido procesadas, juzgadas y *absueltas* por las matanzas de Acteal y Zona Norte no podrían ser juzgadas en España por los mismos hechos. Ello se desprendería del principio de *non bis in idem*, el cual, pese a no estar directamente reconocido en la Constitución Española (CE), constituye en todo caso una garantía que el Tribunal Constitucional ha derivado del principio de legalidad (art. 25.2 CE). No obstante, deben tenerse en cuenta los tres requisitos, señalados por el propio Tribunal Constitucional, que son necesarios para impedir la doble sanción: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad del fundamento de las dos sanciones. De modo que, obviamente, tales personas sí podrían ser juzgadas en España cuando existan indicios sobre su participación delictiva en otros «hechos» distintos a aquéllos por los que fueron juzgados en su día.

Por otro lado, debe aclararse que la alusión que la LOPJ hace a los «*hechos*» que hubieran sido objeto de procedimientos anteriores no es independiente de la calificación jurídica que tales hechos hayan merecido o merezcan.

Así, por ejemplo, y respecto al caso Acteal, en su momento se procesó al Secretario Técnico del Consejo Estatal de Seguridad Pública, Jorge Enrique Hernández Aguilar, ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado, por el delito de ejercicio indebido del servicio público por excederse en sus facultades e invadir la esfera de competencia

del Ministerio Público, ya que giró instrucciones que no le competían, tales como ordenar el levantamiento de los cadáveres, lo que motivó que no se preservara el lugar de los hechos y se perdieran importantes evidencias de los delitos allí cometidos. A pesar de la existencia de varios pruebas de su conducta ilícita, el Juez Tercero del Ramo penal decretó su absolución, sin que se interpusiera el recurso correspondiente por la Procuraduría General.

De forma paralela, en el proceso 46/1998 del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Chiapas, fueron absueltos de toda responsabilidad en primera instancia (es decir, por el propio Juzgado Segundo de Distrito) seis civiles indígenas: Antonio Santiz López, Diego Hernández Gutiérrez, Domingo Entzin López, Pedro Méndez Pérez, Moisés Pérez Luna y Martín Santiz Entzin.

Los procesos en los que recayeron estas absoluciones fueron incoados respectivamente por el delito de ejercicio indebido de servicio público, en el primer caso, y por delitos de homicidio calificado, lesiones calificadas y portación de arma de fuego sin licencia y de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, en el segundo. Sin embargo, no lo fueron por la comisión de delitos que afectan a la comunidad internacional —como genocidio, delitos de lesa humanidad o terrorismo—. En consecuencia, esos mismos hechos podrían ser juzgados nuevamente en España conforme a dicha calificación, y ello por varias razones.

En primer lugar, porque —como ya hemos advertido— lo que pretende el principio de justicia universal es proteger bienes jurídicos internacionalmente reconocidos y evitar la impunidad al amparo de normas internas. Y esto es lo que sucedería si supuestos susceptibles de ser considerados como delitos gravemente atentatorios contra bienes jurídicos de naturaleza supranacional se acabaran juzgando en los países donde se cometieron como meros atentados aislados contra bienes jurídicos individuales. A este supuesto resulta por tanto perfectamente aplicable lo afirmado por la doctrina respecto de los indultos concedidos en el caso Pinochet: «la cautela establecida en la LOPJ pretende, efectivamente, evitar dos decisiones jurisdiccionales sobre un mismo *hecho*. Pero estos hechos no se integran sólo por sus componentes fácticos sino también por la afectación a bienes jurídicos internacionales. Y las decisiones jurisdiccionales ya formuladas se basaron, en su caso, en la infracción de leyes internas que no reflejaban el desvalor de las calificaciones en que se basa la imputación internacional»³⁸. En este sentido, parece evidente que mantener

³⁸ GARCÍA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 84-85.

lo contrario supondría vaciar de contenido el principio de justicia universal, en la medida en que para burlarlo bastaría con que en el Estado en cuestión se aplicase el derecho interno a propósito de cualquier calificación penal «menor» y, posteriormente, se provocase la absolución o indulto de los imputados.

En segundo lugar, y dado que, como hemos visto, los hechos objeto de enjuiciamiento en virtud del principio de justicia universal serían distintos, tampoco concurriría el requisito de «identidad de fundamento sancionador» derivado del principio *non bis in idem*, pues resulta claro que la *ratio* de la persecución penal por la comisión de crímenes contra la humanidad no coincide con las finalidades preventivo generales y especiales que justifican la punición de delitos comunes en el seno de cada Estado.

2. En un supuesto similar se encontrarían las personas que hubieran sido procesadas, juzgadas, condenadas y *penadas* por los crímenes de Acteal y la Zona Norte. Para estos casos valdrían también las advertencias apuntadas en el párrafo anterior respecto al «fundamento» de la condena que damos aquí por reproducidas. Baste con advertir que en estos supuestos el principio de *non bis in idem* obligaría, como es obvio, a descontar de la hipotética condena por crímenes internacionales las penas que ya hubieran sido impuestas y cumplidas. A ello alude también la LOPJ. cuando afirma que «*si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda*».

Así, por ejemplo, respecto al caso Acteal, en el proceso 224/1997, Juzgado Segundo de Distrito, se condena a 24 acusados por homicidio calificado, lesiones calificadas, portación de armas de fuego sin licencia y de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, a la pena de 36 años y 3 meses de prisión. Los condenados fueron: Jacinto Arias Cruz, Fidelino Gómez Pérez, Lorenzo Gómez Vázquez, Lorenzo Gómez Jiménez, Antonio Gómez Pérez, Mariano Gómez Ruiz, Javier Gutiérrez Pérez, Daniel Hernández Pérez, Agustín Pérez Gómez, José Pérez Guzmán, Antonio Pérez Hernández, Juan Pérez Hernández, Mariano Pérez Jiménez, Manuel Pérez Luna, Manuel Pérez Pérez, José Luis Tzucut, Miguel Gómez Gómez, Bartolo Luna Pérez, Felipe Luna Pérez y Javier Luna Pérez, Lorenzo Ruiz Vázquez, Juan Santiz Vázquez o Juan Sánchez Vázquez, Juan Vázquez Pérez y Manuel Vázquez Ruiz.

En el proceso 5/1998, del Juzgado Segundo de Distrito, los acusados Marcos Arias Pérez y Manuel Santiz Pérez, fueron condenados a 35 años de prisión por los delitos de homicidio calificado, lesiones calificadas, y portación de arma de fuego sin licencia y de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

En el proceso 15/1998, Juzgado Primero de Distrito, fue condenado A. Hernández Ruiz, por homicidio calificado, lesiones calificadas y

portación de arma de fuego sin licencia, a la pena de 40 años de prisión.

En el proceso 129/1999 del Juzgado Segundo del Distrito, el acusado José Guzmán Ruiz, fue condenado por el delito de homicidio calificado, lesiones calificadas, y portación de arma de fuego sin licencia y de uso exclusivo del Ejército, Armada y fuerza Aérea y condenado a la pena de 36 años de prisión.

En los crímenes de Acteal, no sólo fueron condenados los civiles, autores materiales de los hechos, mencionados hasta el momento, sino que también lo fueron algunos ex servidores públicos, aunque de bajo nivel; y varias de las sentencias condenatorias dictadas tuvieron una eficacia muy limitada, cuando no nula.

Así, en el proceso 361/1999 del Juzgado del Fuero Común, los acusados Julio César Santiago Díaz (Jefe de Asesores de la Coordinación General de la Policía del estado), Roberto García Rivas (primer oficial de Seguridad Pública del Estado) y Roberto Martín Méndez Gómez (encargado de la base de operaciones de Seguridad Pública de Majomut), fueron sentenciados a 8 años de prisión por los delitos de homicidio por omisión y lesiones por omisión. Sin embargo, el entonces Coordinador General de Seguridad Pública del Estado, Jorge Gamboa Solís, fue tan sólo sancionado administrativamente por un período de inhabilitación de 10 años para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el Servicio público estatal. Actualmente se encuentra prófugo de la justicia.

En los procesos 18/1998 del Juzgado Segundo de Distrito, los ocho acusados, todos ellos policías de seguridad pública, Sebastián Luna Pérez, Alberto Salas Meza, Francisco Ayar Díaz, Filemón R. Morales Escalante, Andrés Enrique Cruz Ángel, Andrés Meneses Chávez y Luis Antonio García Ruiz, fueron acusados del delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea y condenados a una pena de 3 años y 8 meses de prisión y multas de entre 450 \$ y 1019.88 \$. Sin embargo, el 5 de noviembre de 1999, se les otorgó el beneficio de la substitución de la pena por trabajos a favor de la comunidad, en el Toca 24/1999. Ese mismo día obtuvieron la libertad.

En el proceso 1/1999 del Juzgado Primero de Distrito, fueron acusados Absalón Gordillo Díaz, Suboficial y Jefe del Sector de Seguridad Pública del Estado en Majomut, por el delito de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, y Roberto Arcos Jiménez, ex ministerio público de Fuero Común, a un delito de portación de armas de fuego sin licencia. Ambos fueron condenados, respectivamente, a penas de prisión de 7 años, 1 mes y 15 días y 2 años.

En el proceso 208/1998 del Juzgado Primero del Ramo Penal, se condenaron a 7 ex servidores públicos por los siguientes cargos: por el delito de abuso de autoridad y delitos cometidos contra la administración de Justicia, David Gómez Hernández, (el subprocurador de

Justicia Indígena), Juana Isabel Gutiérrez Jiménez, (ex subdirectora de averiguaciones previas de la Subprocuraduría de justicia Indígena) y Manuel Antonio Valádez Villatoro, (ex subdirector de control de procesos de la Subprocuraduría de Justicia Indígena). Por el delito cometido en contra de la Administración de Justicia, Alfredo Álvarez Pérez, Felipe Moreno Jiménez, Moisés Moreno Jiménez y Sergio Esteban Saldaña Ramírez, todos ellos ex agentes del Ministerio Público adscritos a la Subprocuraduría de Justicia Indígena.

Como puede comprobarse, los hechos ya han sido juzgados por los delitos de homicidio calificado, lesiones calificadas, portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, abuso de autoridad y delitos contra la Administración de Justicia. Ahora bien, ello no significa que un hipotético proceso abierto en España en virtud del principio de justicia universal vulnerase la garantía de *non bis in idem*, pues, como hemos apuntado anteriormente, el fundamento de una condena por crímenes internacionales sería distinto.

Por lo demás, resulta conveniente insistir en que, tanto en los casos en que la jurisdicción nacional mexicana ha absuelto como en aquellos en que ha condenado, la excepción de cosa juzgada tendría un alcance muy limitado porque, incluso en el caso de los penados, la LOPJ permite volver a juzgarlos siempre que no haya identidad de hechos, sujetos y fundamentos sancionadores, y siempre que se les abone la parte de pena que ya hubieran cumplido. Puede pues interpretarse que esta previsión legal hace referencia a aquellos supuestos en que se considere que el previo enjuiciamiento fue fraudulento³⁹.

Pero, al margen de los anteriores, existe también otro argumento interpretativo basado en las normas de Derecho Internacional. Así, el interés mostrado por la comunidad internacional en evitar la impunidad de estos crímenes es tal que el artículo 20.3 del Estatuto de Roma establece que la Corte Penal internacional podrá actuar a pesar de que el crimen haya sido ya juzgado ante un tribunal nacional y se alegue, por tanto, la excepción de cosa juzgada, si estima que el enjuiciamiento precedente ha sido realizado en fraude de ley. Y si ello es así respecto a la jurisdicción de la Corte penal internacional, no parece que existan motivos que impidan aplicar esa misma regla competencial en los casos de otras jurisdicciones universales que funcionan de modo complementario a aquélla.

³⁹ Es de esta opinión, CASTRESANA, C. «La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo» en *Revista del Poder Judicial*, núm. 73-2004, pp. 183-214.

3. Queda por abordar un último grupo de casos relativo a aquellas personas que aún no hubieran sido procesadas, bien porque en la instrucción penal mexicana hubiera recaído un auto de archivo o bien porque nunca hubieran llegado a ser denunciadas.

Así, cuando la acción de la justicia se ha dirigido contra funcionarios que podemos denominar de «bajo nivel», no ha resultado excesivamente eficaz: a Homero Tovilla Cristiani (Secretario General de Gobierno), Marco Antonio Besares Escobar (Procurador General de Justicia del Estado) y Uriel Jarquín Gálvez (Subsecretario General de Gobierno), aunque se les inició un procedimiento administrativo, en todos los casos se declaró prescrita la acción para sancionar, por lo que se dejó sin efecto la sanción impuesta en un inicio por la Contraloría General; Antonio Pérez Hernández (Secretario para la Atención de los Pueblos Indígenas), Ramiro Sánchez Vega (Subprocurador General de Averiguaciones Previas) y Ricardo Federico Alvarado Gutiérrez (adscrito a la Procuraduría de Justicia de Chenalhó) fueron absueltos por la Contraloría General de toda responsabilidad administrativa el 11 de diciembre de 1998.

La voluntad exculpatoria se hace aún más palpable en el caso de los funcionarios y autoridades de «más alto nivel». Así, no se les ha abierto ningún tipo de procedimientos, ni administrativos ni penales, al ex Gobernador del Estado de Chiapas, Julio César Ruiz Ferro; el Ministro de Defensa, Enrique Cervantes Aguirre; y el Presidente de la República y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, Ernesto Zedillo Ponce de León, pese a existir serios indicios de su conocimiento e incluso diseño de la guerra irregular que se estaba llevando a cabo en el Estado de Chiapas.

En conclusión, basta con recuperar el argumento del Tribunal Constitucional, manifestado en el caso Guatemala, de que sería suficiente con demostrar que los tribunales mexicanos no quieren o no pueden juzgar esos casos para atribuir la competencia a los tribunales españoles, en virtud del principio de justicia universal tal y como está regulado en nuestro ordenamiento. De este modo, bastaría *«con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes»*. O como apuntaba el voto particular de la Sentencia del TS sobre el mismo caso, se trataría de realizar *«la aportación de indicios serios y razonables de que los graves crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo por la jurisdicción territorial, por las razones que sean, sin que ello implique juicio peyorativo alguno sobre los condicionamientos políticos, sociales o materiales que han determinado dicha impunidad «de facto»*.

Esa falta de voluntad puede demostrarse no sólo mediante una declaración institucional (p.ej. una ley de amnistía) sino también a través de la certificación de resoluciones absolutorias o de archivo que pueden resultar fraudulentas. Por su parte, la falta de capacidad para la persecución efectiva de estos crímenes puede deducirse a partir de la inactividad jurisdiccional constatada.^{39 bis}

Es precisamente en esos casos en los que debe considerarse operante la jurisdicción universal, ya sea ejercida por terceros países, ya —desde el 1 de julio de 2002— por la propia Corte Penal Internacional. En este sentido, existen pruebas serias y razonables de la inactividad judicial mexicana así como de la falta de voluntad política y capacidad judicial para perseguir efectivamente estos crímenes.

3.2. *Principio de justicia universal y litispendencia*

Otra cuestión relacionada, aunque distinta, de la abordada en el apartado anterior es la relativa a la posibilidad de juzgar en España conforme al principio de justicia universal casos que todavía sean objeto de procedimientos no concluidos en México. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con algunos procesos relacionados con los hechos ocurridos en Acteal y la Zona Norte.

Respecto a los hechos de Acteal, el 23 de julio de 2007 se dictó sentencia en el proceso 223/97 (y su acumulado el 201/97), condenando a 26 años de prisión a Agustín Gómez Pérez, Antonio Gutiérrez Santíz, Antonio Pérez Ruíz y Lorenzo Pérez Vázquez, Pedro Girón Méndez, Armando Guzmán Luna, Alonso López Arias, Alonso López Entzin, Víctor López López, Elías Luna Pérez, Miguel Luna Pérez, Andrés Méndez Vázquez, Bartolo Pérez Díaz, Tomás Pérez Méndez, Antonio Ruíz Pérez, Agustín Ruíz Vázquez, Lorenzo Ruíz Vázquez y Javier Vázquez Luna. Todos ellos están acusados de homicidio calificado, lesiones calificadas y portación de armas de fuego sin licencia y de uso exclusivo del Ejército, armada y Fuerza Aérea. La sentencia ha sido recurrida. Y en el procedimiento 46/98, recientemente cerrado en julio de 2007 y a la espera de que se dicte sentencia hay 33 procesados acusados de homicidio calificado, lesiones calificadas y portación de armas de fuego sin licencia y de uso exclusivo del Ejército, armada y Fuerza Aérea. En consecuencia existen dos procesos pendientes de sentencia.

En relación a los hechos de la Zona Norte, en el momento de redacción de estas líneas se cerraron las causas 110/2005 (en la que las víctimas son Domingo Vásquez Avendaño, Sebastián Pérez López, Romeo Pérez Pérez, Mateo Vásquez Sánchez, Mateo Hernández López y Mateo Arcos Guzmán), y 18/2004 (en la que consta como víctima Se-

^{39 bis} Sobre estas cuestiones volveremos ampliamente infra epígrafe 3.2.

bastián Pérez López) quedando pendientes de sentencia. Por último, la causa 234/2006 (incoada por la víctima Minerva Guadalupe Pérez Torres), todavía sigue abierta.

Todos los casos relatados hasta el momento se ocupan únicamente de un número limitado de víctimas, existiendo en consecuencia una absoluta inactividad por parte de los órganos de administración de justicia para intentar esclarecer y resolver el resto de centenares de muertes o desapariciones.

Un supuesto muy parecido ya ha sido objeto de la jurisprudencia de los tribunales españoles. Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal Supremo 712/2003, de 20 de mayo, conocida como el caso Perú, donde con invocación de un supuesto principio de necesidad de la intervención jurisdiccional, se rechaza la posibilidad de perseguir el genocidio denunciado, cometido en el país andino.

En este caso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirma la *«prioridad competencial de la jurisdicción territorial, cuando existe concurrencia entre ésta y la que se ejercita sobre la base del principio de justicia universal»*. Seguidamente el Tribunal constata que varios de los querellados se encuentran sometidos a proceso en Perú, en prisión o en rebeldía, y como consecuencia concluye que *«no puede aceptarse que concurra en el momento actual la necesidad de intervención de la jurisdicción española»*. De forma más explícita, el Tribunal Supremo español llega a afirmar que *«ha de admitirse que la necesidad de intervención jurisdiccional conforme al principio de Justicia Universal queda excluida cuando la jurisdicción territorial se encuentra persiguiendo de modo efectivo el delito de carácter universal cometido en el propio país»*.

A nuestro modo de ver, la clave de esta argumentación jurisprudencial —que por otro lado debe ponerse en relación con la del Tribunal Constitucional resolviendo la competencia en el caso Guatemala— debe centrarse de nuevo en la idea de que esa persecución se desarrolle de *«modo efectivo»*. En el caso Perú, el Tribunal Supremo entendió que en aquel momento existían *«datos, como expresa sucintamente el auto impugnado, en el sentido de que el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios querellados, alguno de los cuales se encuentra o ha encontrado en prisión y otros, muy relevantes, en situación de rebeldía. En consecuencia no puede aceptarse que concurra en el momento actual la necesidad de intervención de la jurisdicción española en virtud del principio de jurisdicción universal»*. En ese sentido nada obstaría a la competencia de la Audiencia Nacional española para juzgar los hechos objeto del presente estudio si se demuestra, por un lado, que no

ha habido un auténtico cambio político en México, y, por otro, que tampoco se ha iniciado una «persecución efectiva» de los auténticos responsables.

Así, pese a que en el año 2000, después de 70 años de régimen priísta ganó por primera vez otro partido político la presidencia de la República, bajo el sexenio del panista Vicente Fox y en el mismo contexto de represión a los movimientos sociales próximos al zapatismo, continuaron sucediéndose gravísimas violaciones de los derechos humanos —como el caso Atenco— en un contexto marcado tanto por la presencia y actividades de grupos paramilitares como por la impunidad, parcialidad e ineficacia de la Administración de justicia mexicana en la resolución de estos casos⁴⁰.

Por otro lado, hay múltiples y evidentes datos que demuestran esa falta de voluntad y de capacidad para que en México se persigan efectivamente tales hechos. En primer lugar, y en relación a la incapacidad de los órganos judiciales para impartir justicia de forma efectiva, debe señalarse que esta situación de **impunidad** se ha denunciado por numerosos organismos internacionales relacionados con la defensa de los derechos humanos⁴¹. En segundo lugar, en ninguno de los procedimientos penales abiertos en ese país se ha procesado a los responsables de más alto nivel político y militar; de hecho, algunos fueron premiados por el gobierno de Ernesto Zedillo, como es el caso de Julio César Ruíz Ferro (que fue nombrado responsable del Departamento de Agricultura de la Embajada de México en los EE.UU.). En los procedimientos que sí fueron abiertos, los altos cargos imputados han sido absueltos⁴².

Esta impunidad ha sido posible, entre otras razones, gracias a las peculiaridades del sistema procesal mexicano de acusación. En efecto, en los artículos 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el art. 3 del Código de Procedimientos

⁴⁰ Sobre algunos de los crímenes documentados en Chiapas bajo la presidencia de Vicente Fox, ver CIEPAC, *Tras los pasos...*, *ob. cit.*, pp. 42-43 y 60-61. También GUTIÉRREZ, N., «Mercadotecnia en el indeginismo de Vicente Fox» en HERNÁNDEZ, R. A.-PAZ, S.-SIERRA, M. T. (coord.) *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN. Conocer para decidir*, México D.F., 2004, pp. 43 y ss.

⁴¹ Así, por ejemplo, ver Organización de los Estados Americanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México de la Comisión interamericana de derechos humanos*, Washington, 1998. La Alta Comisionada para los derechos humanos de las Naciones Unidas, Mary Robinson, declaró al final de su visita a este Estado que «están ocurriendo aquí violaciones graves a las garantías individuales, por la impunidad y la militarización».

⁴² Es el caso, por ejemplo, del Secretario Técnico del Consejo Estatal de Seguridad pública, Jorge Enrique Hernández Aguilar.

Penales para el Estado de Chiapas se atribuye la investigación y persecución de los delitos de forma exclusiva al Ministerio público⁴³, quien al no existir la acusación particular, delimita unilateralmente los hechos susceptibles de persecución penal, califica jurídicamente el título de imputación penal y señala los posibles responsables de los mismos.

En relación con los hechos objeto del presente estudio, el Ministerio público no calificó los hechos como constitutivos de crímenes internacionales, ni tampoco consideró la existencia del delito de asociación delictuosa⁴⁴ —pese a la evidencia de que sus autores se organizaban en torno a ciertos grupos paramilitares—, ni dirigió los procedimientos contra los posibles responsables militares y políticos.

De este modo, el contexto procesal mexicano, en el que la acusación queda exclusivamente en manos del Ministerio público, órgano a su vez sometido jerárquicamente al poder ejecutivo, impide de forma definitiva la eficaz persecución de altos cargos que pudieran ser responsables de estos crímenes. De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que «*el Ministerio Público está concebido en México como una institución comprendida dentro del poder ejecutivo. En consecuencia, la autoridad presidencial o del gobernador incide sobre el monopolio exclusivo y excluyente del ejercicio de la acción penal*»⁴⁵. Recientemente se reformó el artículo 21 del texto constitucional mexicano añadiendo un párrafo en el que se establece que «*las resoluciones del Ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley*», pero hasta la fecha todavía no se ha desarrollado legislativamente esta previsión, demostrándose de nuevo la falta de voluntad de los poderes públicos en facilitar la persecución penal.

Por lo que respecta a los casos de la Zona Norte, la inactividad que es causa del actual impunidad es más que evidente, ya que los procedimientos penales abiertos se ocupan únicamente de 8 de las víctimas, existiendo en consecuencia una absoluta pasividad por parte de

⁴³ Sobre la función investigadora exclusiva del Ministerio público, ver OSORIO NIETO, C. A., *La averiguación previa*, Porrúa, México D.F., 1999, pags. 3 y ss.

⁴⁴ Sobre el patrón de conducta de la procuraduría no aceptando la persecución por delito de crimen organizado y asociación delictuosa, ver CDHFBLC, *Acteal, entre el duelo y la lucha*, San Cristóbal de las Casas, 1998, pp. 83 y ss. y 118; CIEPAC, *Tras los pasos...*, *ob. cit.*, pp. 137-138.

⁴⁵ Ver su *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México de 1998* (*ob. cit.*, p. 88).

los órganos de administración de justicia en relación al esclarecimiento y enjuiciamiento de las otras 114 muertes o desapariciones⁴⁶.

Por otro lado, la impunidad también queda de manifiesto en la Recomendación 1/1998, referente a los hechos de Acteal, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en la cual se demuestra un clarísimo patrón de conducta, pues —al igual que en el caso Zona Norte— se indujo a los poderes públicos a exigir responsabilidades exclusivamente por vía administrativa. En esta ocasión también se recomendó al gobierno de Chiapas —contra toda lógica de preferencia de la jurisdicción penal y su principio de *vis atractiva*— iniciar procesos administrativos en contra de un buen número de funcionarios públicos. Incluso dentro de los procedimientos disciplinarios abiertos, en algunos casos fue declarada prescrita la acción para sancionar y en otros se absolvió de toda responsabilidad administrativa⁴⁷.

La ineficacia de la Administración de justicia no sólo se deduce de la impunidad, sino también de la forma en que se ha impartido y se imparte la justicia en estos casos. Incluso la propia Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, en la Recomendación Séptima del informe de 28 de abril de 1999, dirigida al Gobernador del Estado de Chiapas, sugería la «*promoción de una auditoría administrativa a la Procuraduría de Justicia del Estado a efecto de determinar con precisión los niveles de eficiencia, imparcialidad y expedite*».

En ese orden de consideraciones, todos los actores públicos responsables de la Administración de justicia revelan evidentes muestras de **ineficacia**.

Por un lado, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México en el Informe aludido anteriormente reconoce que los cuerpos policiales «*no cumplen con eficacia y eficiencia su labor de investigación y persecución de los delitos y de seguridad de los gobernados*». Y otros órganos oficiales, junto con algunas resoluciones judiciales, han llegado a reconocer no sólo la inactividad de la policía respecto de delitos cometidos por grupos paramilitares, sino incluso su complicidad activa en los mismos⁴⁸.

⁴⁶ En relación con esos 114 casos restantes, no hay noticias hasta el momento de nuevas consignaciones. La Procuraduría General de Justicia entregó en 2004 una lista, denominada «Planteamientos Generales: Desaparecidos y Homicidios», en una mesa de negociación que mantuvo el Gobierno del Estado con grupos de desplazados, en la cual de 60 casos de posibles desaparecidos o muertos que presentaron los desplazados para su investigación, la Procuraduría sólo encontró 23 registrados en sus libros de gobierno.

⁴⁷ Ver CDHFBLC, *La dilación de justicia y el caso Acteal*, San Cristóbal de las Casas, octubre de 2004, pp. 8-9.

⁴⁸ Ver sentencias condenatorias a funcionarios de policía y militares relatados *supra*.

Por otro lado, como acabamos de apuntar, el Ministerio público también ha dado muestras de ineficacia por, entre otras razones, su incapacidad orgánica a la hora de exigir responsabilidades penales a sus superiores jerárquicos, su negativa a calificar los hechos como crímenes contra la humanidad y sus decisiones de archivo pese a las evidencias existentes.

Por último, también la actuación de los jueces puede considerarse que ha sido ineficaz, cuando no claramente irregular. De entrada, han sido incapaces de dar cumplimiento a las ordenes de aprehensión pendientes contra 29 condenados del caso Acteal, 27 de los cuales son civiles y 2 exservidores públicos. Del mismo modo, también existen varias órdenes de aprehensión pendientes en el caso Zona Norte. En ningún momento han reconocido que la comisión de estos crímenes se realizó en un contexto de estrategia contrainsurgente y de guerra irregular, a pesar de solicitarse en los numerosos recursos interpuestos contra sus resoluciones. A lo anterior hay que añadir determinadas irregularidades procesales, como son la ausencia de intérprete de lengua indígena en los interrogatorios, la falta de firma del juez en la toma de declaración de los imputados o la insuficiencia de la actividad instructora llevada a cabo, irregularidades que han posibilitado en muchas ocasiones la nulidad de las actuaciones realizadas y la consecuente dilación en la tutela judicial efectiva.

La **parcialidad** de los poderes públicos denunciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se evidencia en numerosos datos de los casos estudiados y también alcanza todos los actores públicos responsables de la administración de justicia. Así, tras la matanza de Acteal, por ejemplo, y sólo por lo que respecta a funcionarios del Consejo Estatal de Seguridad Pública, debe recordarse que se produjeron ciertas usurpaciones de funciones para alterar el lugar del crimen y ocultar las evidencias, con la finalidad probable de dificultar la persecución penal de los hechos. En la misma línea, en todos los casos analizados existen serios indicios de la complicidad de funcionarios de la policía y del Ejército con los autores de los delitos. Por último, la parcialidad también puede deducirse de la actividad de los propios jueces y de su cánón de actuación selectiva (absolución de los pocos cargos públicos respecto a los cuales se ha presentado acusación — pese a la evidencia de las pruebas —; instrucción deficiente de las causas — cuestión que ha provocado la declaración de la nulidad de las actuaciones — e inaplicación de las ordenes pendientes de aprehensión).

En tercer lugar, las **dilaciones indebidas** son también una constante en la dinámica de resolución judicial de todos los casos estudiados. Así, por ejemplo, y respecto al caso Acteal, transcurridos diez

años desde la masacre todavía hoy sigue habiendo juicios abiertos, averiguaciones previas en reserva y órdenes de aprehensión sin ejecutarse, sin que se conozca la verdad de los hechos, no se hayan tomado medidas que reparen el daño causado a los supervivientes y familiares de los fallecidos. Lo más grave de estas dilaciones es que —relacionado con el párrafo anterior— han sido provocadas por los mismos jueces que, con su proceder doloso o gravemente negligente, han provocado la declaración de nulidad de sus actuaciones por parte de los tribunales superiores.

Al margen de la parcialidad, ineficacia y dilaciones que son atribuibles a la Administración de justicia en México, en los casos estudiados se evidencia un elevado número de **otras irregularidades**. Así por ejemplo, en el caso Acteal, los autores materiales han sido absueltos del pago de la reparación del daño en la inmensa mayoría de los casos⁴⁹. Los jueces, y en algunos supuestos los magistrados, consideraron que no había lugar a dicha condena por no haber acreditado el agente del Ministerio público el daño y los montos a reparar, a pesar de que la jurisprudencia del máximo Tribunal Internacional del Hemisferio señala que la obligación de reparar que se regula en la Convención no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de derecho interno⁵⁰. Este dato es todavía más grave en un contexto procesal, como el mexicano, en el que la defensa de los intereses de la víctima queda exclusivamente en manos del Ministerio público.

Como señalábamos anteriormente, los elementos que demuestran esa falta de voluntad y de capacidad para que en México se haga efectiva justicia sobre esos hechos se extiende también a las autoridades políticas.

Desde el principio, y todavía hoy, se han considerado los hechos como un conflicto intercomunitario y no como el resultado de una guerra irregular. En este sentido, la Procuraduría General en su Informe sobre el caso Acteal señaló como causas de la matanza los «*problemas ideológicos*» y «*la muerte de Agustín Vázquez Sekum*», deduciendo de todo ello que se trataba de una simple venganza intercomunitaria⁵¹.

⁴⁹ Así se constata en CDHFBLC, *La Guerra en Chiapas...*, *ob. cit.*, p. 87.

⁵⁰ Ver CDHFBLC, *La dilación de justicia...*, *ob. cit.*, pp. 5-6.

⁵¹ JIMÉNEZ QUEVEDO, J. L., *La Masacre de Acteal*, *ob. cit.*, pp. 4-5. En otros informes de la misma Procuraduría se insiste en esa versión de los hechos. Ver PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Libro Blanco de Acteal*, México D.F., 1998, pp. 23 y ss. En él se afirma que la matanza fue consecuencia indirecta de la existencia del EZLN, sin reconocer que hubo un proceso de paramilitarización apoyado por servidores públicos que condujo a la masacre.

En el informe realizado por el CDHFBLC para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2004 en seguimiento al Informe presentado por la CIDH de 1998, se acredita la existencia del grupo paramilitar *Desarrollo, paz y justicia*, a través de pruebas documentales, audiovisuales, denuncias, testimonios de víctimas y ex miembros. También en el «Informe sobre la situación de los derechos humanos en México» de la CIDH en 1998⁵² se pone de manifiesto que tal organización es de naturaleza paramilitar y la principal acusada de ser instrumento de atentados contra los líderes y organizaciones que reivindican la autonomía indígena y defienden su propiedad de la tierra que ocupan. Sin embargo, en la primera respuesta del Gobierno de México a la petición P-1121-04 (Rogelio Jiménez López y otros), se evidencia esta constante negativa de los Poderes Públicos mexicanos a reconocer la existencia de grupos paramilitares, en la medida en que niega que *Desarrollo, Paz y Justicia* sea un grupo paramilitar, sino «una organización social de filiación priísta», que entre los años 1995 a 1999, operó contra los simpatizantes del EZLN y contra la Diócesis de San Cristóbal de las Casas. Es más, consideran justificada la violencia ejercida por esta organización, dada la supuesta existencia de un conflicto con los zapatistas agrupados en ABUXU, que actuaban desde la propia iglesia católica.

En este contexto de huida hacia adelante, se han ido tomando decisiones que muestran una clara intención de no afrontar con eficacia el conflicto. En primer lugar, la *Fiscalía especial para la atención de los delitos cometidos en el municipio de Chenalhó* constituida mediante acuerdo A/23/97, de 1 de abril de 1998 fue disuelta el 17 de abril de 2000 mediante acuerdo A/010/00, a pesar de que todavía continúan a día de hoy la comisión de delitos por funcionarios públicos y grupos paramilitares.

En segundo lugar, no se han tomado decisiones políticas firmes para desarmar y disolver los grupos paramilitares. Es más, bajo la administración Fox, la *Unidad especializada para la atención de delitos cometidos por presuntos grupos civiles armados* de la Procuraduría General de la República demostró la intención de las autoridades de minimizar los hechos y la importancia de este conflicto armado.

En tercer lugar, una de las recomendaciones de la CIDH en su informe de 1998, en su capítulo sobre el Derecho a la vida, fue la de afrontar, en la medida en que ello resultara necesario, la reforma de la legislación penal mexicana para tipificar el delito de desplaza-

⁵² Pág. 126 y ss., Recomendación 556/1998.

miento forzado de personas. A pesar de la magnitud del conflicto, que ha provocado miles de desplazados, tal comportamiento no constituye aún una conducta tipificada en el Código Penal Mexicano, lo que significa que, cuando se producen tales hechos, la única sanción posible es por un delito por amenazas⁵³.

En relación a lo anterior, cabe mencionar el papel que ha jugado el Estado Mexicano respecto a los desplazamientos forzados. El representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los desplazados internos, el Sr. Francis Deng, dirigió al gobierno de México, a principios de enero de 2003, una serie de recomendaciones para la atención del problema del desplazamiento forzoso. En dicho documento el propio Relator señaló, como la primera y principal causa de los desplazamientos forzados, el conflicto en Chiapas; así mismo, manifestó su impresión por la buena disponibilidad del Gobierno mexicano para resolver los problemas de los desplazamientos internos. Sin embargo, un año y medio más tarde desde que el Relator dio a conocer dichas recomendaciones, no se habían tomado medidas concretas para cumplirla⁵⁴.

Como colofón de toda esta política, el Gobierno federal presentó una iniciativa de *Ley de Amnistía para el desarme de los Grupos civiles del Estado de Chiapas*, que hubiera asegurado, en última instancia, la impunidad de los autores de estos hechos⁵⁵. Finalmente la iniciativa no prosperó pero al menos sirvió para demostrar la evidente voluntad del Estado de no exigir responsabilidades por los crímenes.

⁵³ Cabe destacar que el delito de amenazas se considera menor, y con una simple fianza el condenado queda exonerado del cumplimiento de su pena en la cárcel. En el año 1999 se planteó la posibilidad de presentar un proyecto de ley en el congreso, para poder modificar la ley penal mexicana introduciendo la tipificación de esta conducta. De todas maneras, este proyecto no prosperó.

⁵⁴ La situación de las familias desplazadas sigue siendo a la fecha la misma cuando no más grave, pues las condiciones de vida se deterioran por el transcurso del tiempo. El Gobierno Mexicano no ha intentado solucionar el problema de forma definitiva, ya que sólo ha efectuado pequeños proyectos de solución momentánea, como medidas de asistencia humanitaria. La respuesta del Gobierno respecto de la reubicación de los miles de desplazados, es siempre la misma: alegar que no hay tierra para ofrecerles ni dinero para poder comprarla (ver Informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de su 121 período de sesiones, de 21 de octubre de 2004. Pág. 24).

⁵⁵ El texto de esta iniciativa legal, así como comentarios sobre las ambigüedades, insuficiencias y contradicciones de la misma aparecen en CDHFBLC, *Presunta justicia*, ob.cit., pp. 63 y ss.

3.3. *Inexigencia de otros requisitos no previstos en el artículo 23.4 LOPJ*

El Tribunal Supremo en el caso Guatemala se mostró partidario de establecer criterios correctores al principio de justicia universal tal y como aparecía recogido en el artículo 23.4 LOPJ a través de otros principios de Derecho Internacional. Después de los casos Pinochet y Scilingo, el objetivo último era el de evitar la apertura generalizada de procedimientos por estos delitos cualquiera que fuese el lugar de comisión⁵⁶, añadiendo ciertos requisitos a los ya establecidos en la ley procesal.

Entre estos requisitos, el Tribunal Supremo consideró a propósito del caso Guatemala que la afirmación de la competencia jurisdiccional española exigía la constatación de algún nexo o vínculo de conexión con un interés nacional. Ello le permitió negar dicha competencia, pues en su opinión, *«no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes»*⁵⁷.

Junto a ese primer requisito, el Tribunal Supremo español apuntó *la necesaria presencia de los responsables del delito en el territorio español* como el otro criterio de atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles, para el supuesto de que las víctimas del genocidio no fueran ciudadanos españoles. En este sentido, y dado que tampoco le constaba que ninguno de los presuntos culpables se encontrara en territorio español, ni que España hubiera denegado su extradición, el fallo concluía negando el ejercicio de la jurisdicción respecto de los hechos denunciados⁵⁸.

Como se advirtió, dicha sentencia recogió en el voto particular la opinión contraria de casi la mitad de los miembros del Tribunal, que entendían que *«la propuesta no se limita a establecer criterios correctores sino que sigue una posición doctrinal manifiestamente anta-*

⁵⁶ La situación en el caso Perú era distinta por haberse dictado de forma efectiva en ese país sentencias contra responsables muy relevantes.

⁵⁷ STS 327/2003, de 25 de febrero en FJ 10 [RJ 2003/2147].

⁵⁸ Una perspectiva crítica sobre esta sentencia puede verse en PIGRAU SOLÉ, A., «Desvirtuando la jurisdicción universal en España: del caso Guatemala a la Ley Orgánica 18/2003 de cooperación con la Corte Penal Internacional», en *Soberanía del Estado y derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol. II, ed. por las Univs. Córdoba, Sevilla, Málaga. Sevilla, 2005, pp. 1059-1083.

gónica a la acogida por el Legislador en el art 23.4 de la LOPJ, con lo cual se llega a una conclusión que modifica drásticamente dicha norma legal. En efecto, en el fundamento jurídico undécimo, donde se concretan los criterios de atribución jurisdiccional sobre el delito de Genocidio, se prescinde de lo que establece el citado art 23.4, efectuando una interpretación, a nuestro entender, «contra legem». (...) La necesidad de que las víctimas del Genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por delito de Genocidio resulta manifiestamente antagónica con lo dispuesto en el art 23.4, pues es unánimemente reconocido que este precepto no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva».

En particular en lo que se refiere al denominado núcleo fundamental de los delitos internacionales —como son el genocidio, los crímenes contra la humanidad o el terrorismo—, la suplantación del principio de jurisdicción universal por el de personalidad pasiva constituye un error manifiesto, pues se trata precisamente de delitos cuya sanción internacional se fundamenta en que constituyen una agresión contra valores comunes reconocidos como fundamentales para el conjunto de la comunidad internacional.

El voto particular continuaba señalando que *«la aplicación del criterio de razonabilidad anteriormente enunciado puede permitir a un Tribunal nacional que tenga atribuida con carácter general competencia extraterritorial en estos supuestos, como sucede en nuestro país con la Audiencia Nacional, denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción en relación con supuestos hechos delictivos sucedidos en países que no tengan vínculo alguno de conexión, en sentido amplio, con España, con los ciudadanos españoles, con sus intereses y sus relaciones. Esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos, y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula. Pero si interpretamos el nexo de conexión, como se hace en la sentencia mayoritaria, en sentido tan restringido que únicamente alcanza a los casos de víctimas de nacionalidad española, que, para acoger la competencia por genocidio, deben además formar parte de la etnia que es víctima de dicho delito, suprimimos en la práctica el principio de jurisdicción universal, derogando lo dispuesto en el art 23.4 de la LOPJ. En efecto el criterio de atribución de la jurisdicción en estos casos ya no sería la naturaleza del delito, como previene expresamente el precepto, sino la nacionalidad de la víctima».*

Por último y refiriéndose ya concretamente al caso Guatemala, el voto particular acaba señalando que *«en cualquier caso, ha de considerarse que si en algún supuesto concurren dichos criterios de conexión es precisamente en el actual.*

En primer lugar ha de atenderse a los vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto como criterio razonable de exclusión de la regla general contenida en el art 23.4.º de la LOPJ, que atribuye a la jurisdicción española competencia expresa para enjuiciar delitos de genocidio. Ha de tenerse en cuenta que una regla relevante en estos supuestos es la de la facilidad para el enjuiciamiento, y en el caso actual la comunidad jurídica y lingüística avalan la mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, respecto de otros países que no pertenezcan a esta comunidad cultural. Debe insistirse en que no es esta comunidad jurídica y lingüística la que determina la competencia, sino el principio de jurisdicción universal y la naturaleza del delito, pero resulta claro que la pertenencia a esta comunidad impide considerar ajeno y carente en absoluto de conexión con nuestro país lo ocurrido a la etnia maya.

Aunque prescindamos de este criterio de la comunidad cultural, que para algunos resulta polémico, hemos de atender en segundo lugar al hecho incontrovertible de que la querrela se refiere a un número relevante de víctimas de nacionalidad española, que si no son víctimas directas del delito genocida, pues no pertenecían a la etnia maya agredida, sí resultaron asaltadas y agraviadas como represalia por su defensa de los indígenas o en el curso de las acciones supuestamente genocidas.

Y, en tercer lugar, ha de tomarse en consideración el asalto a la Embajada española, que no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los intereses de nuestro país, y constituye un caso manifiesto de conexión, pues se produjo en el ámbito de las acciones genocidas, como supuesta represalia de la protección que se ofrecía a la etnia agredida. No se trata de apoyar la jurisdicción española en el principio de defensa, sino de aplicar lo prevenido en el art 23.4.º de la LOPJ con el refuerzo añadido de la concurrencia de un nexo de conexión que justifica adicionalmente el ejercicio de la jurisdicción universal por España, con independencia de los acuerdos diplomáticos alcanzados, que no afectan al delito de genocidio objeto de la querrela».

Dos años más tarde, el Tribunal Constitucional se manifestaba en contra de la Sentencia del Tribunal Supremo comentada⁵⁹: *«En todo*

⁵⁹ STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005.

caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, y ello tanto en relación con la resolución de la Audiencia Nacional como con la del Tribunal Supremo, que el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución».

En apoyo de su presupuesto de partida (a saber, que en la costumbre internacional se ha venido restringiendo el alcance del principio de justicia universal), invocaba el Tribunal Supremo determinadas resoluciones jurisprudenciales de Tribunales de terceros Estados o internacionales, citando en particular diversas resoluciones del Tribunal Supremo Federal alemán, la decisión de la Corte de Casación belga de 12 de febrero de 2003 sobre el caso Sharon, así como la resolución de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de 14 de febrero de 2002 (caso Yerodia), en la que se condenó a Bélgica por la expedición de una orden de arresto internacional dictada contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo.

Frente a lo anterior, mantiene el Tribunal Constitucional que *«resulta harto discutible que tal sea la regla en la costumbre internacional, y ello, en particular, por cuanto la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo en apoyo de dicha tesis no abona tal conclusión, sino, antes bien, la contraria. Al respecto, no ha de ser preciso un amplio desarrollo argumental, dado el hecho de que el Voto particular a la Sentencia impugnada, firmado por siete Magistrados, ha venido, de modo convincente, a refutar la pretendida validez de las resoluciones citadas como sostén teórico del planteamiento seguido por la Sala Segunda, aportando otras referencias de signo contrario. Como se afirma por los Magistrados discrepantes de la mayoría, las resoluciones alemanas citadas no representan el status quaestionis en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la Sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la*

Sentencia de 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por Tribunales alemanes a ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias). Por lo que respecta a la Sentencia del Tribunal Internacional de La Haya en el caso Yerodia, ha de concluirse que ésta no puede ser empleada como precedente de las pretendidas restricciones a la competencia universal, pues limitó su conocimiento a la cuestión de si se habían vulnerado o no las normas internacionales de inmunidad personal, no habiéndose pronunciado, en cambio, acerca de la jurisdicción universal en materia de genocidio, dado que así lo había solicitado expresamente la República Democrática del Congo en su demanda. Y lo mismo debe afirmarse en relación a la Sentencia de la Corte de Casación belga de 12 de febrero de 2003, de cuyo contenido el Tribunal Supremo alude solamente a los aspectos relacionados con la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio, y en cambio omite toda mención al reconocimiento expreso que en dicha resolución se formula de la jurisdicción universal establecida en la legislación belga.

«Si a lo acabado de afirmar añadimos —continúa el Tribunal constitucional— que existen multitud de precedentes en Derecho internacional que avalarían la postura contraria a la seguida por el Tribunal Supremo en la materia, el presupuesto en que la Sentencia de dicho Alto Tribunal sostiene su interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ (la existencia de una limitación generalizada del principio de justicia universal en el Derecho internacional consuetudinario) pierde gran parte de su sustento, teniendo en cuenta, en particular, que la selección de referencias no es exhaustiva y no incluye algunas significativamente contrarias a la orientación que se mantiene. A este respecto resulta discutible que la Sentencia omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la Ley española no es la única legislación nacional que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 CP), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la Comunidad Internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales. A título de significativo ejemplo basta indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo cita la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de 13 de febrero de 1994 y sin embargo no hace mención alguna al art. 6 del CP alemán ni al Código de Crímenes contra el Derecho internacional de 26 de junio de 2002 (Ley promulgada con la finalidad de adaptar el Derecho

penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional) en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados (genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte) «incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania.

Junto al de la presencia en territorio nacional del presunto autor introduce la Sentencia impugnada otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa. Tales restricciones parecen ser nuevamente obtenidas de la costumbre internacional, apelando, sin mayor concreción, a que «una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales» se han inclinado por reconocer la relevancia de determinados vínculos de conexión».

Pues bien, al respecto concluye el alto Tribunal que «tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ.»

Después que la sentencia del Tribunal Constitucional resolviera esta cuestión competencial, el procedimiento penal del caso Guatemala continuó⁶⁰. Sin embargo, escasamente un mes más tarde de esa resolución —exactamente el 3 de noviembre de 2005— el pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional tomó un acuerdo para asegurar —como en su apartado segundo se reconoce— que «el artículo 23.4 LOPJ no pueda ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la

⁶⁰ De hecho, el 1 de junio de este año 2006, el juez de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, inició los trámites para solicitar la extradición del ex ministro de Gobernación guatemalteco Donald Álvarez Ruiz —detenido el miércoles anterior en EE.UU.— por su presunta responsabilidad en el asalto de la Embajada española en Guatemala. Ver *El País*, de 2 de junio de 2006.

apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como algunos de los delitos a los que se refiere». Obsérvese que el Tribunal Constitucional no le obligaba a ello, sino todo lo contrario puesto que estimó el recurso contra la sentencia del Tribunal Supremo alegando que «*la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad*»⁶¹ y otorgó el amparo considerando que con tales restricciones el Tribunal Supremo vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En cualquier caso, en el aludido acuerdo la Audiencia Nacional decidió exigir tres requisitos para la admisión de querellas criminales en virtud del artículo 23.4 LOPJ. En primer lugar, «*es necesario constatar que concurren los requisitos exigidos para atribuir jurisdicción a la Audiencia Nacional en cada uno de los delitos del catálogo del artículo 23.4 LOPJ*»⁶². En segundo lugar, otro relativo a la comprobación por parte del tribunal y con carácter previo a la admisión de la denuncia o querella de «*la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la Comunidad internacional*»⁶³. En tercer lugar, el requisito denominado de *razonabilidad*, de acuerdo con el cual la Audiencia Nacional acordó que no se admitirían a trámite supuestos si se apreciara «*exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos*»⁶⁴. Dos condiciones estas últimas que ni exigió el Tribunal Constitucional, ni se deducen expresamente de la ley, por lo que independientemente de que sean requeridas por la Audiencia Nacional, podrán ser, de nuevo, objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

4. Calificación jurídica de los hechos sucedidos en Acteal y Zona Norte

La operatividad del principio de justicia universal y de la aplicación de la ley y jurisdicción españolas a los hechos objeto del presente

⁶¹ Ver STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005. FJ tercero.

⁶² Punto dos del acuerdo del pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre.

⁶³ Punto tres del acuerdo del pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre.

⁶⁴ Punto cuatro del acuerdo del pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre.

estudio dependen, desde el punto de vista sustantivo, exclusivamente de que tales hechos sean subsumibles en alguno de los tipos penales que, a tal efecto, enumera el artículo 23.4 LOPJ: *«Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:*

- a) *Genocidio.*
- b) *Terrorismo.[...]*
- h) *Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».*

En las páginas siguientes se analizará si los hechos sucedidos en Acteal y Zona Norte, ya expuestos al principio de este trabajo, son susceptibles de ser calificados como genocidio, terrorismo y —por alusión implícita del apartado h) del art. 23.4 LOPJ— delito de lesa humanidad.

4.1. Genocidio

La ley penal española a la que alude el artículo 23.4 LOPJ y en la que se encuentra la descripción del delito de genocidio es el artículo 607.1 del Código Penal español (CP), en el que se establece:

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

1. *Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros [...].*
2. *Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.*
3. *Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas lesiones previstas en el artículo 150.*
4. *Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.*

5. *Con la prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado».*

Por tanto, la consideración en España de los hechos relatados como constitutivos de delito de genocidio dependerá de la concurrencia de tres requisitos:

- 1) que los hechos hayan consistido en la realización de alguna de las conductas descritas en los cinco apartados del artículo citado;
- 2) que el grupo de víctimas afectadas por tales hechos se caracterice por ser nacional, étnico, racial o religioso, y
- 3) que se constate la existencia de un propósito de destruir total o parcialmente a dicho grupo.

No hay duda de que los hechos objeto de este trabajo coinciden con alguna de las conductas descritas en los cinco apartados del artículo 607.1 CP. En concreto, las modalidades de violación de los derechos humanos sucedidas en Chiapas durante el período narrado al principio de este trabajo consistieron en varias ocasiones en homicidios o asesinatos, produciéndose también numerosos desplazamientos forzados de grupos o de sus miembros, e incluso traslados por la fuerza de individuos desde un grupo a otro, además de lesiones.

Mayores dudas puede plantear la cuestión relativa a si las víctimas de estas acciones pertenecían a un grupo que pudiera definirse como «*nacional, étnico, racial o religioso*», así como la existencia del propósito de destruir total o parcialmente dicho grupo. Precisamente la supuesta inexistencia de estos requisitos fue alegada en el recurso interpuesto por la Fiscalía de la Audiencia Nacional frente al Auto de prisión contra el General Augusto Pinochet y en el *Informe del Fiscal de la Audiencia Nacional contrario a la competencia española* en los casos Chile y Argentina, más conocido como el «Informe Fungairiño»⁶⁵; informe que suscitó un controvertido debate jurídico a resultas del cual se emitió un dictamen, suscrito por un significativo sector de la doctrina española, en el que se vertían importantes argumentos en su contra⁶⁶.

⁶⁵ El denominado *Informe Fungairiño* consistió en un escrito redactado el 2 de octubre de 1997 como respuesta a la tramitación de actuaciones judiciales por parte de los Juzgados Centrales de Instrucción Quinto y Sexto en el caso Pinochet.

⁶⁶ Nos estamos refiriendo al Dictamen *Contra la impunidad*, de 7 de octubre de 1998, firmado por cinco catedráticos y auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas (FJAP) y a algunos trabajos doctrinales publicados posteriormente como GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.), *Crimen internacional*

De este modo, respecto a la exigencia de un propósito de destruir parcial o totalmente al grupo, el «Informe Fugairiño» afirmaba de que «no surge de los datos que se poseen que los exterminios ordenados por los militares argentinos y chilenos estuviesen motivados por la pertenencia de las víctimas a estos grupos. La motivación de la criminal actuación de las Juntas Militares fue la venganza frente a los atentados terroristas de los «montoneros» —en el primer caso— y la creencia de que el régimen de Salvador Allende acabaría con las estructuras políticas tradicionales chilenas —en el segundo—, lo que conlleva, desde el particular punto de vista de los militares sublevados, la necesidad de la eliminación física de todo rasgo de disidencia política, sin que la raza, religión, nacionalidad o etnia de los miles de muertos o desaparecidos fuese determinado de su actitud». En otras palabras, el Ministerio Fiscal consideraba que para mantener la relevancia típica de las conductas respecto al genocidio resultaba preciso probar que el propósito de destrucción total o parcial del grupo estuviera se hubiera manifestado de forma expresa en el móvil de destruir al grupo por su especificidad nacional, étnica o religiosa, de forma que si se constatará una motivación distinta en la realización de tales comportamientos ese requisito legal faltaría y la conducta no podría considerarse típica a efectos del delito de genocidio.

En cambio, como ya ha demostrado convincentemente la doctrina, lo único que exige el precepto al intérprete es comprobar la existencia de dolo en sus autores, es decir, que tales personas conocían el carácter nacional, étnico o religioso del grupo al que pertenecían sus víctimas y que lo querían destruir total o parcialmente. A tales efectos, por tanto, resulta irrelevante si cometieron tales hechos motivados, además, por los sentimientos de odio o de venganza que pudiera suscitar la pertenencia de las víctimas a una etnia, religión, raza o nación determinadas, por una finalidad relacionada con la supuesta salvaguardia de la patria, o movidos por cualquier otro impulso⁶⁷. Y ésa fue, en definitiva, la opinión que se acabó sustentando por la Audiencia Nacional. En consecuencia —y en relación a los hechos que nos ocupan—, bastaría con demostrar que los autores de

y jurisdicción universal. *El caso Pinochet*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000; SERRANO PIEDECASAS, J. R., «El delito de genocidio. Especial referencia al caso Pinochet» en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 1495 a 1509.

⁶⁷ Sobre esta cuestión ver ampliamente GARCÍA ARÁN, M., en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.), *ob. cit.*, pp. 120-122; SERRANO PIEDECASAS, J. R., *ob. cit.*, p. 1505; CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., «Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar» en *Jueces para la Democracia*, 31-1998, pp. 3-10.

los hechos *conocían* el carácter nacional, étnico o religioso del grupo al que pertenecían sus víctimas y que lo *querían* destruir total o parcialmente (esto es, la concurrencia de los dos elementos esenciales que conforman el dolo: el cognitivo y el volitivo).

Otra cuestión polémica relativa a este requisito del «propósito» es el de la dificultad de su prueba. Al tratarse de un elemento subjetivo, tanto la jurisprudencia como la doctrina españolas han venido exigiendo que su constatación se deduzca a partir de la modalidad probatoria denominada de indicios, lo que suscita la exigencia de la realización de un juicio de inferencias sobre los hechos objetivamente acaecidos y directamente probados⁶⁸.

Como ya ha señalado la doctrina⁶⁹, ésta fue la posición adoptada por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* de Ruanda y la exYugoslavia, que admiten inferir tal propósito de una serie de factores como «*el contexto general, la comisión de otros actos dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, la escala de atrocidades cometidas, la elección sistemática de las víctimas por su carácter de miembros del grupo particular o la repetición de los actos discriminatorios*». Entre todos estos indicios gana protagonismo la existencia de un «*plan coordinado*» para la destrucción del grupo, el cual ha sido incluso reconocido como elemento fundamental de prueba en el ámbito de la Corte Penal Internacional.

Pues bien, en relación a los hechos objeto del presente estudio pareciera que existen suficientes pruebas indiciarias de ese propósito, especialmente si se pudiera constatar de forma fehaciente —como parece deducirse de los informes analizados— la implementación de ese plan coordinado de guerra irregular denominado el «*Plan de Campaña Chiapas 94*», en el cual se señala al gobierno mexicano como el encargado de armar, vestir, financiar e impartir formación militar a los grupos paramilitares que llevaron a cabo —como autores materiales— todos los hechos acaecidos a lo largo de estos años contra un grupo de personas étnicamente diferenciadas (todas ellas eran indígenas, contrarias al régimen priísta, pertenecientes a la Diócesis de San Cristóbal y afines a organizaciones para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas). Cabe señalar por lo demás que no sólo se trata de la masacre de Acteal y las ejecuciones y desaparición de la Zona Norte,

⁶⁸ Así, entre muchas otras, STS, 23 de noviembre de 1992; 15 denoviembre de 1989; 24 de junio de 1994.

⁶⁹ Seguimos en este punto las referencias de FERNÁNDEZ-PACHECO, C. «El tratamiento del exterminio de los grupos políticos a la luz del caso Scilingo» en *Jueces para la Democracia*, 55-2006, p. 51.

sino de un conjunto de actos perfectamente coordinados que se han dado a lo largo de estos años desde el alzamiento del EZLN.

Hemos dejado para el final el análisis del segundo requisito, esto es, la cuestión relativa al perfil del grupo de las víctimas y su posible subsunción en alguno de los cuatro mencionados en el art. 607.1 CP: el nacional, el étnico, el racial o el religioso.

Al respecto, debe mencionarse que aparece expresamente recogido en el «*Plan de Campaña Chiapas 94*» que su principal objetivo era: «*M. En la zona de defensa, [...] destruir o desorganizar a las unidades regulares, comandos milicianos y guerrillas locales del EZLN [...]. N. En la zona estratégica de retaguardia, no escatimar esfuerzos y recursos para destruir al Comité Clandestino Revolucionario Indígena (CCRI), cuartel general del EZLN*». Pero a pesar de estas referencias explícitas, del resto de la documentación analizada, constituida por varios informes y notas, así como de la relación de los hechos acaecidos que hacen las propias víctimas supervivientes, se desprende de forma clara que se trataba de ataques sistematizados contra individuos indígenas, defensores de los derechos de los pueblos indígenas y pertenecientes a la Diócesis de San Cristóbal; de hecho, parece que los autores del Plan consideraban a la Iglesia como un poder político más, dado que ésta se había erigido en una gran defensora de los derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, todas las personas señaladas como objetivos eran consideradas contrarias al régimen priísta y pro-indigenistas, incluyendo a catequistas y sacerdotes, razón por la cual fue dirigida la acción armada contra todos ellos; acción armada que, como se vio, se concretó en asesinatos, homicidios, secuestros, lesiones graves y otros ataques.

La cuestión de si los grupos políticos podían ser considerados sujetos pasivos a efectos del delito de genocidio, tal y como se encuentra regulado en España, se suscitó por primera vez a propósito del caso Pinochet. En este proceso, la Fiscalía de la Audiencia Nacional se mostró contraria a tal posibilidad al considerar, primero, que la identidad de grupo no podía basarse en «*la necesidad de la eliminación física de todo rasgo de disidencia política, sin que la raza, religión, nacionalidad o etnia de los miles de muertos y desaparecidos fuera determinado de su actitud [de los autores]*» y, segundo, que el carácter político del grupo no aparece previsto como elemento integrador del tipo ni en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, ni en el Código Penal español.

Pero el hecho de que no esté expresamente incluido el carácter político del grupo en tales instrumentos normativos no impedía que las víctimas fueran consideradas sujetos pasivos de un delito de genocidio,

si en cambio se entendía que formaban parte de un «grupo nacional». La fiscalía no obstante se mostró contraria a esa opinión por identificar el término «nacional» con la población de un Estado o con el Estado mismo. Sin embargo, la Audiencia Nacional —tanto en el caso Pinochet⁷⁰ como en los primeros Autos del caso Scilingo⁷¹— interpretaron el término «nacional» de forma más extensiva, entendiendo por tal a un «grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor». Son varios los argumentos que para sostener esta interpretación maneja tanto la Audiencia Nacional como el conjunto de la doctrina española⁷².

De entrada, la Audiencia Nacional rechaza la interpretación restrictiva de los «grupos nacionales» apelando a la necesidad de evitar toda discriminación entre grupos humanos frente a ataques de esta entidad.

En segundo lugar, apela a razones generales de política criminal para reclamar la necesidad de evolución en la interpretación del tipo de genocidio. Para la Audiencia, dado que la definición que hoy aparece en el Código Penal español es resultado de arduas discusiones mantenidas en el seno de las Naciones Unidas, el concepto resultante no puede calificarse de «natural» y es, por tanto, más que razonable el uso de la autonomía interpretativa de los jueces para extender a los grupos sociales y políticos la protección por la propia evolución que ha experimentado el significado del tipo penal⁷³.

En tercer lugar, existe otro elemento del tipo de genocidio que permite tal interpretación. Como fue señalado, entre otros, por la *Unión Progresista de Fiscales*, la conducta debe consistir en «destruir total o parcialmente» al grupo en cuestión; por tanto, «también es genocidio la destrucción de una parte de los individuos de una nación si se comete en atención a una serie determinada de características

⁷⁰ Auto de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 1998.

⁷¹ Auto de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre de 1998. Posteriormente entró en vigor la reforma penal que introdujo el delito de lesa humanidad (art. 607 bis c.p.) a través de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre que permitió a este Tribunal modificar el título de imputación, renunciando al de genocidio. Sin duda el cambio se produjo para evitar las dificultades aplicativas del genocidio (propósito de exterminar y carácter nacional del grupo), pero a costa del principio de legalidad puesto que si los hechos eran constitutivos de genocidio al inicio de la instrucción lo continuaron siendo más adelante ya que los delitos de lesa humanidad no son tipos específicos de genocidio. Sobre estas cuestiones, ver ampliamente GIL GIL, A. «La sentencia del caso Scilingo» en *Jueces para la Democracia*,. 53-2005, p. 7.

⁷² Seguimos, en parte, la sistematización de argumentos recogido en FERNÁNDEZ-PACHECO, C., *ob. cit.*, pp. 53 y ss.

⁷³ Sentencia de la Audiencia Nacional, 16/2005 de 19 de abril, pp. 111 y ss.

que los agrupa y distingue del resto»⁷⁴. En el caso que ocupaba en aquella ocasión a la *Unión Progresista de Fiscales* (las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura en Chile), así como en el caso Scilingo, los grupos que fueron víctimas de los ataques podían ser diferenciados y, de hecho, lo fueron por parte de los autores del delito.

En relación a este punto, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo «los Estados culturalmente homogéneos son una minoría en el actual panorama mundial, lo frecuente es encontrar Estados que aglutinan sociedades de origen cultural y étnico diverso». De ahí que se concluya que lo que se entiende por nación es «una comunidad de personas que ha logrado un determinado grado de cohesión en términos sociales no biológicos». En este orden de cosas —se continúa— es posible que el elemento aglutinante del grupo lo constituya la cultura. «Pero esa cultura no es monolítica. En el seno de una nación conviven otros vectores de fuerza representados por creencias religiosas, aspiraciones estéticas o políticas que coexisten en equilibrio inestable junto a los propios de la cultura dominante»⁷⁵. Quizás por estas razones el mismo Consejo Económico y Social de la ONU en reunión de 2 de julio de 1985, con ocasión del análisis del artículo XIX del Convenio, admitió extender el concepto de grupo nacional «a la destrucción interna y masiva de una significativa parte de los miembros del propio grupo nacional». Puede concluirse, en definitiva, que la definición del grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo transgresor.

Éste fue también el parecer del Auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional admitiendo la competencia española en el «caso Pinochet», al considerar «*el sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando la impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos «grupo nacional» no signifiquen «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor*»⁷⁶.

⁷⁴ Escrito de la Unión Progresista de Fiscales, en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, ob. cit., p. 286.

⁷⁵ Véase el Dictamen *Contra la impunidad* de 7 de octubre de 1998, firmado por cinco catedráticos y auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas (FJAP) y en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, cit., pp. 122 y ss.

⁷⁶ Así se establece en Auto de 5 de noviembre de 1998, Fundamento de derecho quinto.

Por último —como ha destacado recientemente la doctrina⁷⁷—, debe señalarse que «el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia empleó de forma explícita un criterio subjetivo para definir al grupo; éste se concretaba en conceder relevancia a la perspectiva de los autores del delito, que son «quienes desean distinguir a ese grupo del resto de la comunidad»⁷⁸. En la misma línea, el denominado «Informe Cassese»⁷⁹ ratifica la validez del criterio subjetivo creado por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, aplicándolo a la situación en Darfur. En este conflicto, como en el ruandés, surgen problemas a la hora de verificar la existencia de un grupo de víctimas diferenciado como tal, conforme a los criterios establecidos establecidos en la Convención sobre el Genocidio; sin embargo, aunque objetivamente no pueda afirmarse dicha existencia, según el Informe Casse «cabe considerar que las tribus que han sido víctimas de los ataques y las matanzas subjetivamente constituyen un grupo protegido⁸⁰».

No obstante, aunque el carácter de grupo «nacional» pueda en hipótesis derivarse de la simple perspectiva de los autores, consideramos necesario, en aras a la mayor seguridad jurídica, que éste venga definido con criterios exclusivamente objetivos. Y en ese punto ya hemos visto cómo tanto la jurisprudencia como la doctrina españolas coinciden en no identificarlo con la población de un Estado o con el Estado mismo sino más bien como *grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado por una colectividad mayor*.

Un último obstáculo podría plantearse para la tipificación penal como genocidio de las conductas objeto de este dictamen. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de exigir para aplicar el tipo penal la «destrucción interna y masiva de una significativa parte de los miembros del propio grupo nacional», pues en estos supuestos —a diferencia de los crímenes cometidos en Chile y Argentina— sólo se han documentado aproximadamente dos centenares de víctimas fallecidas. En nuestra opinión, el argumento tampoco sería muy definitivo puesto que el precepto penal alude a la destrucción total o *parcial* del

⁷⁷ FERNÁNDEZ-PACHECO, C., *ob. cit.*, p. 56.

⁷⁸ Prosecutor vs. Jelisic, Judgement of 14 December 1999 (IT-95-10-T), párrafo 69. Este criterio ha sido retomado, en mayor o menor medida, en ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Internacionales; el más reciente de ellos es el caso Kamuhanda, donde se propuso una combinación equitativa de los criterio objetivo y subjetivo.

⁷⁹ Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, presentado al Secretario General en atención a la resolución 1564 (2004) del Consejo de Seguridad, de 18 de septiembre de 2004 (ONU: S/2005/60).

⁸⁰ Informe de la Comisión Internacional de Investigación para Darfur, *cit.*, p. 149. Cfr. FERNÁNDEZ-PACHECO, C., *ob. cit.*, p. 56.

grupo. Pero, sobre todo, porque el plan de exterminio de la disidencia política en Chiapas no sólo se ha materializado en esas muertes, sino también en miles de desplazamientos forzados de personas, comportamiento que, como se recordará, constituye asimismo una modalidad típica recogida en el artículo 607.1 CP.

No podemos concluir este apartado sin advertir que, por supuesto, todo lo manifestado hasta el momento respecto al delito de genocidio tipificado en el vigente Código Penal español sería de aplicación a los supuestos relatados al inicio de este estudio que tuvieron lugar después de su entrada en vigor el 25 de mayo de 1996, pero también a aquellos otros que se iniciaron con anterioridad a esa fecha, puesto que el delito de genocidio es un delito permanente y, en consecuencia, aunque su ejecución se iniciara antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, nada impediría que pudiera sancionarse conforme a lo previsto en esta norma.

4.2. *Terrorismo*

A la hora de determinar si es posible calificar los hechos objeto del presente estudio como delitos de terrorismo, a efectos de aplicación de la jurisdicción universal, nos encontramos con un escollo inicial, cual es el impreciso contorno que presenta el propio concepto de terrorismo, debido a sus fuertes connotaciones políticas. Pero dado que concebimos la jurisdicción universal como una forma de cooperación internacional para permitir y facilitar la persecución de hechos delictivos que van más allá de la mera afectación de intereses nacionales, parece recomendable partir a los efectos que nos interesan de una definición de terrorismo que sea ampliamente aceptada a nivel supraestatal y que se encuentre positivada en un instrumento jurídico de carácter internacional.

Tal es el caso de la *Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1999 y en vigor desde abril de 2002, que considera terrorista cualquier acto «*destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*».

Menores dudas suscita en cambio, sobre todo a la vista de los últimos acontecimientos acaecidos ya en el siglo XXI, la consideración

del terrorismo como un delito internacional. De hecho, la jurisdicción universal española sobre este tipo de delitos se fundamenta en una larga lista de textos internacionales, que vienen a reconocer que la persecución del terrorismo en sus diversas formas constituye una responsabilidad compartida por todos los Estados. Al respecto baste con citar, por ejemplo, la *Estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el Terrorismo*, aprobada por la Asamblea General el 6 de septiembre de 2006, en la que se reafirma que «los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituyen actividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia [...], y que la comunidad internacional debe adoptar las medidas necesarias a fin de aumentar su cooperación para prevenir y combatir el terrorismo», al tiempo que los Estados firmantes se comprometen, entre otras medidas, a «cooperar plenamente en la lucha contra el terrorismo, de conformidad con las obligaciones que nos incumben en virtud del derecho internacional, con el fin de localizar, negar refugio y someter a la acción de la justicia, según el principio de extradición o enjuiciamiento, a toda persona que apoye o facilite la financiación, planificación, preparación o comisión de actos terroristas, participe o trate de participar en ellos, o proporcione refugio a tal fin»⁸¹. Pero también pueden encontrarse otros textos internacionales más añejos que vienen ocupándose del terrorismo en el contexto internacional desde hace varias décadas; así por ejemplo, la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo, suscrita en Estrasburgo el 27 de enero de 1977⁸² o el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979⁸³.

⁸¹ U.N. Doc. A/50/186 adoptado por la Asamblea general, el 22 de diciembre de 1995.

⁸² Que prevé como acciones terroristas los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos de aeronaves firmado en la Haya el 16 de diciembre de 1970; delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de Montreal de 23 de setiembre de 1971; los delitos constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a la protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o detenciones ilegales; los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, cartas o paquetes con explosivos ocultos, en el caso de que su utilización represente un peligro para las personas; y la tentativa de comisión de alguno de estos delitos, así como la participación como coautor o cómplice de quien los cometa o pretenda cometerlos.

⁸³ En el que los Estados parte se declaran «convencidos de que existe una necesidad urgente de fomentar la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces para la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de toma de rehenes como manifestaciones del terrorismo internacional».

El artículo 23.4 LOPJ, como vimos, otorga competencia extraterritorial a la jurisdicción española por los hechos calificados como terrorismo «según la ley española», expresión que ha de interpretarse, conforme a un criterio lógico-sistemático, en relación con el propio significado del principio de justicia universal. De este modo, puede mantenerse que con dicha expresión se afirma la competencia jurisdiccional española aun cuando los hechos objeto de persecución y enjuiciamiento no sean susceptibles de ser calificados de la misma forma en el lugar de comisión, puesto que su consideración como delitos internacionales, que atentan contra intereses de carácter supranacional, los exime del cumplimiento del requisito de la doble incriminación. En ese sentido, como señala GARCÍA ARÁN, «la referencia a la 'ley española' tiene el significado de que *basta* con considerar las calificaciones de acuerdo a esta ley, sin ser necesario que la calificación se efectúe con las leyes del país en que se hayan cometido los hechos. En suma, se establece que la competencia extraterritorial se ejerce aplicando la ley española porque serán los Tribunales de este país los que deban aplicarla, pero ello *no significa que opera sólo para proteger intereses españoles porque resultaría incomprensible el principio de justicia universal*»⁸⁴.

De lo anterior pueden deducirse dos conclusiones: en primer lugar, la eficacia de la competencia jurisdiccional universal en materia de terrorismo no puede vincularse a la exclusiva protección de bienes jurídicos del Estado español, como su integridad territorial o su orden constitucional. En segundo lugar, no se refiere exclusivamente al terrorismo subversivo, sino que incluye al terrorismo contra el orden internacional, que resulta afectado también cuando desde otros Estados se utiliza ilegalmente la violencia institucional contra los derechos humanos.

Como ha apuntado la doctrina española, el artículo 23.4 LOPJ se refiere a ambas clases de terrorismo e incluso puede decirse que su función principal recae sobre el terrorismo institucional, en la medida en que para el terrorismo subversivo la legislación interna ya cuenta con suficientes mecanismos de protección y, en el plano internacional, sólo necesita de la extradición. En cambio, sin la persecución internacional del terrorismo institucional la laguna de punibilidad sería evidente, de ahí la apelación a la justicia universal como factor de legitimación de la intervención judicial necesario para evitar la impunidad⁸⁵.

⁸⁴ GARCÍA ARÁN, M., «El principio de justicia universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial y crímenes contra la humanidad», *ob. cit.*

⁸⁵ GARCÍA ARÁN, M. en GARCÍA ARÁN, M.-LOPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, *ob. cit.*, p. 138.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya se ha puesto de manifiesto cómo ha tratado de encontrar algunos argumentos para evitar que la jurisdicción penal española pueda convertirse en la destinataria sistemática de cualquier pretensión de ejercicio de la acción penal por crímenes cometidos en cualquier parte del planeta⁸⁶. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 dedica el último párrafo del fundamento jurídico undécimo al delito de terrorismo, para afirmar, apoyándose en el art. 6 del Convenio Europeo de 27 de enero de 1977, la necesidad de que concurren tres requisitos para poder ejercer la justicia universal respecto a estos delitos: comisión de estos delitos en un Estado parte del Convenio, presencia de su autor en territorio español y denegación española de la extradición. Frente a tal argumento, baste con advertir que los Estados pueden extender su competencia más allá de las concretas obligaciones contraídas en los Tratados⁸⁷. Y ésa es, precisamente, la voluntad que puede entenderse plasmada en el tenor literal del artículo 23.4 LOPJ: la de ampliar el compromiso internacional en la lucha contra los delitos transnacionales más allá de las concretas obligaciones asumidas en el Convenio Europeo⁸⁸.

De esta manera, de conformidad con lo previsto en el art. 23.4 b) LOPJ, la jurisdicción española es competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como delito de terrorismo (esto es, aquéllos que se recogen en la Sección 2.^a del Capítulo V del Título XXII del CP). Se trata ahora de analizar si los hechos relatados al comienzo del presente trabajo pueden ser subsumibles en algunas de las conductas que la legislación española tipifica como delitos de terrorismo.

El principal problema de interpretación que suscitan estos tipos penales procede de sus fuertes connotaciones políticas. De hecho, nuestro ordenamiento exige que se constate la existencia de una determinada finalidad, que es la que permite calificar los hechos cometidos contra personas y bienes como delitos de terrorismo, en la medida en que pretenden generar una sensación generalizada de temor e inseguridad para la consecución de fines políticos; a ello parece referirse el legislador penal cuando exige que dichas conductas se

⁸⁶ Ver CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., «La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo» en *Revista del Poder Judicial* n.º 73, Primer Trimestre 2004, pp. 183-214.

⁸⁷ GARCÍA ARÁN, M. en GARCÍA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, ob. cit., p. 133.

⁸⁸ Al respecto, véase por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional 36/2005, de 26 de septiembre, sobre el caso del 11-S.

realicen con la finalidad de «*subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*» (art. 571 c.p.).

Como se sabe, las conductas realizadas por los diversos grupos paramilitares se dirigen a una finalidad determinada, cual es acabar con la disidencia política de determinados sectores creando para ello terror e inseguridad en la población. En el caso que nos ocupa, tales organizaciones responderían al objetivo de crear miedo e inseguridad entre la población indígena, ya que a través de sus acciones, ejecuciones, desapariciones y desplazamientos forzados, consiguen crear ese clima de tensión y miedo que provoca que miles de indígenas se sientan inseguros en sus comunidades.

La participación de responsables políticos y funcionarios públicos en estos hechos podría suscitar ciertos interrogantes en torno a la admisión del «terrorismo de Estado», cuestión que podría plantearse como una *contraditio in terminis*, ya que tradicionalmente el terrorismo se ha entendido como un comportamiento contra el orden estatal establecido, y podría parecer insostenible entender que es el mismo gobierno el que actúa en su contra. Ahora bien, la doctrina considera que cuando un Estado democrático de derecho utiliza la violencia de manera discriminatoria contra determinados sectores de la población, también está actuando contra el orden público legalmente establecido, ya que está utilizando la violencia de forma ilegítima, ya sea para eliminar la disidencia política, para mantenerse en el poder o para eliminar los derechos fundamentales de la población. De este modo, el hecho de que en el Código Penal se defina a la banda terrorista como aquélla que tiene la finalidad de «*subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*» no impide que pueda subsumirse en ese fenómeno a organizaciones que operan desde o con el respaldo de las instituciones; porque también los órganos estatales como tales, al margen de la legalidad, pueden subvertir el orden constitucional vulnerando su sistema de garantías y reconocimiento de derechos fundamentales para eliminar la disidencia política⁸⁹, impidiendo así el desarrollo normal de la convivencia ciudadana, que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE).

Al respecto, debe de mencionarse de nuevo la existencia del «*Plan de Campaña Chiapas '94*». Si es cierto que el Gobierno mexicano creó este Plan con la finalidad de luchar contra el levantamiento za-

⁸⁹ Sobre estas cuestiones, ver ampliamente GARCÍA ARÁN, M. en GARCÍA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, ob. cit., pp. 133-136.

patista al margen de la legalidad y, a través de la creación y mantenimiento de grupos paramilitares, generar terror e inseguridad entre los indígenas simpatizantes y bases de apoyo de este movimiento, parece clara la posibilidad de calificar tales hechos como auténticos delitos de terrorismo.

4.3. *Delitos de lesa humanidad*

La letra h) del artículo 23.4 LOPJ abre la puerta de la jurisdicción universal para los delitos de lesa humanidad. La definición de estas conductas aparece recogida en el artículo 607 bis CP —introducido recientemente por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, para armonizar la legislación española con el con lo previsto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificado por España el 24 de octubre de 2000—.

En el primer apartado del art. 607 bis CP se establece que «*son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.*»

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de los dos siguientes hechos:

1. *Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.*
2. *En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen».*

En esos circunstancias, el segundo apartado del art. 607 bis CP exige que se realicen alguno de los siguientes hechos:

- a) Homicidio o asesinato.
- b) Violación o agresión sexual.
- c) Lesiones o sometimiento a condiciones de existencia que pongan en peligro la vida de las personas o perturben gravemente su salud.
- d) Deportación o traslados forzados.
- e) Embarazo forzado de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población.
- f) Desaparición de personas.

- g) Detención ilegal.
- h) Tortura.
- i) Determinación a la prostitución y trata de personas para su explotación sexual.
- j) Sometimiento a la esclavitud.

La competencia de la Corte Penal Internacional opera cuando los hechos se cometen en territorio de Estado parte o por nacionales de un Estado parte en cualquier territorio, pero teniendo en cuenta la vigencia del principio de complementariedad (lo que significa que intervendrá sólo si el Estado en cuyo territorio se comete el crimen no puede o no quiere juzgarlo). De todos modos, aunque pueda probarse que los hechos no pueden o no se quieren juzgar en México, al haber sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma, no podrían ser juzgados por la Corte, pero —como vimos— nada impediría que, de acuerdo con el principio de complementariedad, fueran perseguidos en España a través del principio de justicia universal.

En relación a la competencia de la Audiencia Nacional para juzgar crímenes de lesa humanidad, el artículo 23.4 LOPJ no se la otorga expresamente para este tipo de delitos. Este hecho podría representar un obstáculo para la denuncia de estos casos ante la misma. De todos modos, debemos constatar que la atribución competencial viene regulada en el art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 y en el Preámbulo del mismo cuerpo legal donde encontramos el compromiso de los Estados de perseguir diversos delitos contra la humanidad⁹⁰. En su virtud, el Estado español ha juzgado el caso Scilingo, cuyo fallo recoge la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005, en el que se condena a Adolfo Scilingo a 640 años de prisión por delitos de lesa humanidad con el resultado de 30 muertes, una tortura y una detención ilegal.

En dicha Sentencia, la Audiencia Nacional cambió la calificación jurídica de los hechos respecto de la que hizo el juez *a quo* de genocidio, terrorismo y torturas, condenando finalmente conforme a lo previsto en el nuevo artículo 607 bis CP. La audiencia argumenta que ello no implica, sin embargo, una violación de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, pues los crímenes de lesa hu-

⁹⁰ En el preámbulo del Estatuto de Roma, los Estados miembros afirman «*que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*».

manidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de la comisión de los hechos. Según la sentencia, *«el carácter de ius cogens de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria «per se» o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos.»* Y añade que *«el derecho interno español, al recoger en su seno la norma penal internacional que se encuentra ya incluso cristalizada y codificada en Tratados donde se recogen tipos penales precisos y penas de referencia (por ejemplo el Estatuto de la Corte Penal Internacional), no sólo puede limitarse a recibir la descripción del tipo penal y a asignarle una pena factible en derecho interno, sino que estimamos que también debe recoger o asumir el ámbito de aplicación de dicha norma, incluido el espacio-temporal de la misma.»* Este argumento de la Audiencia puede trasladarse a la cuestión planteada en relación con el posible enjuiciamiento de los sucesos ocurridos en Acteal y Zona Norte.

Por lo que se refiere a los elementos básicos del crimen de lesa humanidad, tal y como aparece regulado en el art. 607 bis.1 CP, debemos referirnos, en primer lugar, al sujeto activo del delito. El tipo resulta aplicable tanto a organizaciones que ejerzan un control *de facto* sobre determinados territorios como a sujetos, que incluso teniendo una posición oficial, actúen fuera de la misma, sin que sea necesario a los efectos del delito de lesa humanidad que los actos constituyan un ataque militar. En consecuencia, podrían ser autores materiales de este delito los sujetos que a título individual hayan participado en los hechos objeto de este dictamen y, por supuesto, grupos de tipo paramilitar e incluso funcionarios públicos o miembros de fuerzas armadas institucionales, sin perjuicio que, en estos últimos casos, pudiera además aplicarse la circunstancia agravante de prevalerse el sujeto de su carácter público (art. 22.7 CP).

El segundo elemento es el contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Ello significa que los concretos atentados han debido insertarse en un plan de ataque que debe ser o bien generalizado, o bien sistemático. Por lo que se refiere a población civil, se entiende como tal no sólo la que lo es en sentido estricto, sino también las personas que habiendo tomado las armas se en-

cuentran fuera de combate. Aunque no sea el supuesto de nuestro estudio —puesto que en él el contexto armado era evidente—, otro elemento importante a destacar es que no es necesario que los hechos se produzcan en el marco de un conflicto armado. Por lo tanto constituyen estos comportamientos supuestos distintos de los crímenes de guerra, ya que estos últimos no pueden perseguirse fuera de este tipo de conflictos.

El texto legal sanciona esta modalidad criminal aunque el ataque se dirija sólo contra parte de la población civil. Como se ha destacado anteriormente, todos los crímenes cometidos en Chiapas son el resultado de un plan general de ataque sistematizado, el *Plan de Campaña Chiapas '94*, en el que las acciones se dirigían contra un sector muy definido de la población.

Así pues, las dificultades que se producen a propósito de las diversas definiciones que se han dado de algunos elementos del delito de genocidio y de los crímenes de guerra se eluden en el caso de la regulación del crimen de lesa humanidad, en el que no se exigen características especiales a las víctimas, ni la constatación de determinados propósitos en los autores. La misma Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la sentencia del caso Scilingo de 19 de abril de 2005, opta por desestimar los cargos de genocidio, por los que se había iniciado el proceso considerando que, a diferencia de decisiones anteriores de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, debe acoger una interpretación estricta del concepto de genocidio, «*precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio*».

Por lo tanto, la ventaja que presenta la calificación como delito de lesa humanidad frente al delito de genocidio a la hora de plantear ante los tribunales españoles su posible competencia para juzgar los hechos objeto del presente estudio conforme al principio de justicia universal radica en que, como hemos analizado anteriormente, dicho delito engloba más fácilmente los hechos ocurridos en las diversas zonas de Chiapas como los asesinatos, los traslados forzosos, la privación de la libertad física, la persecución sistemática de una colectividad con identidad propia y la desaparición forzada de personas debido a la actuación conjunta de grupos paramilitares y servidores públicos, salvando los posibles obstáculos que pudiera suscitar la calificación como delito de terrorismo o genocidio.

PROTECCIÓN PENAL DE LOS MENORES EN EL MARCO DE ALGUNOS SUPUESTOS AGRAVADOS DEL ART. 180 CP*

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Granada

1. Introducción

Como es sabido, el CP de 1995 reguló en el Título VIII de su Libro II los denominados *Delitos contra la libertad sexual* retomando así la misma rúbrica que en su día introdujera la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, en el derogado texto punitivo, que ya entonces modificó en profundidad la antigua figura de *violación* y los conocidos hasta esa fecha como *abusos deshonestos*, siendo dicha expresión a la sazón sustituida por la de *agresiones sexuales*. La citada Ley llevó a cabo en este ámbito delictivo una de las más profundas reformas penales de los últimos tiempos al suprimir de forma contundente la anacrónica expresión «*honestidad*», que desde el pasado siglo venía configurando la rúbrica general bajo la que se regulaban estas infracciones al colocar en su lugar la más adecuada de «*libertad sexual*», cumplimentando de ese modo la voluntad del legislador, plasmada en el Preámbulo de dicha Ley. Por ello, siempre me he cuestionado, y sigo aún hoy cuestionándome, hasta qué punto fue necesaria y conveniente la labor legislativa llevada a cabo en 1995, en la medida en que deshizo y anuló los efectos, en general positivos, que aquella otra reforma anterior había traído consigo hace ahora unos

* Este trabajo se corresponde, en esencia, con la ponencia desarrollada en el Curso enmarcado en el *Plan Extraordinario de Formación Continuada de Fiscales*, celebrado en Madrid, los días 15 al 17 de noviembre de 2006, bajo el título Genérico «Delitos contra la libertad sexual y menores», organizado por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

dieciocho años. Personalmente, me parecía más idónea la derogada regulación de ambos grupos de delitos, bastante más *clara y homogénea* que la confusa —y en algunos aspectos disfuncional— normativa que sobre el particular ofreciera el nuevo texto punitivo de 1995, habiéndose manifestado en parecida línea de pensamiento la STS de 20 de marzo de 1998 al calificar de «no muy exitoso» el nuevo contexto jurídico en el que se insertaba, en particular, la agresión sexual del art. 178.

En verdad, fueron mayores los aciertos legales plasmados en el marco de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, así como también en el de los relativos a la prostitución, cuya tradicional regulación en el antiguo Código era de todo punto insostenible, según manifestara en tantas ocasiones la doctrina y, aunque con menor frecuencia, también la jurisprudencia de los Tribunales, pese a que en dicho ámbito se podían todavía constatar algunas deficiencias técnicas y punitivas, que han intentado corregir, no siempre de forma adecuada, las últimas Leyes Orgánicas de modificación del Tít. VIII: la de 30 de abril de 1999, y 25 de noviembre de 2003, respectivamente, a las que asimismo aludiré en el presente trabajo.

Puede decirse que el CP de 1995 incorporó sustanciosas modificaciones en el marco de los antiguos delitos de violación, agresiones sexuales violentas y estupro del derogado texto punitivo, y aunque a simple vista pudiera parecer que la citada reforma tuvo un carácter puramente terminológico, ya que esos vocablos dejaron de ser utilizados entonces por el legislador que los sustituyó por otros de contenido mucho más amplio, cuales fueron los de *agresiones y abusos sexuales* (Capítulos. I y II del Título VIII), lo cierto es que aquella trascendió el mero carácter nominal incidiendo profundamente, no sólo en la estructura de los diferentes tipos integrantes de dichos Capítulos, sino también en el correspondiente sistema de penas. No obstante, se derogó una expresión, tan acuñada en nuestro sistema penal, como era la de *violación*, la cual, de cualquier modo, fue ulteriormente retomada por la LO 11/1999, en mi opinión con acierto, pese a que desde diferente punto de vista la reincorporación de dicho término haya sido calificada de «irrelevante gesto nostálgico» del legislador hacia nuestra tradición jurídica¹.

Sin duda, el problema de la referida novedad terminológica era de mayor alcance, pues concernía a cuestiones de *fondo*, como ire-

¹ De esta opinión, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/1999», en *Actualidad Pernal*, n.º 35, p. 675.