Caso Jesuitas: justicia universal, coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, terrorismo desde el Estado y prueba*

Jesuits case: universal justice, indirect co-perpetration in organized structures of power, terrorism from the State and evidence.

Manuel Ollé Sesé
Abogado, Madrid. Profesor Asociado,
Univ. Complutense de Madrid, España. Acred.. Prof. Titular.

Manuel Cancio Meliá
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma
de Madrid, España. Patrono de la FICP.

Resumen: La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Jesuitas plantea cuestiones jurídicas relevantes. En este trabajo se analiza la jurisdicción de los Tribunales españoles para la investigación y enjuiciamiento de los hechos, bajo el principio de jurisdicción universal, y la incidencia de la reforma de este principio. Abordamos el principio de especialidad extradicional y como éste limita el enjuiciamiento de determinados delitos. Desarrollamos el terrorismo cometido desde el Estado y su encaje jurídico. Determinamos que el interviniente cometió los hechos en coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder. Y nos referimos sintéticamente a la incidencia en los procedimientos judiciales penales de la cosa juzgada fraudulenta, de las comisiones de la verdad, de las periciales de inteligencias no policiales y de la importancia de la acusación popular en este tipo de procedimiento.

Palabras clave: Aparatos organizados de poder, Coautoría mediata, Comisión de la verdad, Conflicto armado no internacional, Criminalidad estatal.

Abstract: The Judgment of the Audiencia Nacional in the Jesuitas case raises relevant legal questions. This paper analyzes the jurisdiction of the Spanish courts to investigate and prosecute the facts, under the principle of universal jurisdiction, and the impact of the reform of this principle. We address the principle of extraditional specialty and how it limits the prosecution of certain crimes. We develop terrorism committed by the State and its legal framework. We determined that the intervener committed the acts in indirect co-perpetration in organized structures of power. And we refer synthetically to the incidence in criminal judicial proceedings of fraudulent res judicata, truth commissions, non-police intelligence experts and the importance of the popular accusation in this type of procedure.

Keywords: Organized apparatuses of power, indirect co-perpetration, Truth Commission, Non-international armed conflict, State criminality.

* Artículo publicado originalmente en La Ley Penal, 146, 2020, bajo el mismo título.

1. Introducción

El 11 de septiembre de 2020, la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó una Sentencia por la que condenaba al ex coronel del ejército salvadoreño y ex viceministro de defensa de El Salvador, Inocencio Orlando Montano Morales, como «responsable en concepto de autor, de cinco asesinatos de carácter terrorista»[1]. Esta Sentencia fue el broche jurídico a un procedimiento judicial penal iniciado en España en el año 2008, gracias al principio de jurisdicción universal[2].

La Sentencia en la que se enjuiciaba al citado coronel Montano, como uno de los responsables del asesinato de seis padres jesuitas y dos mujeres en El Salvador, la madrugada del 16 de noviembre de 1989, resuelve interesantes cuestiones jurídicas, algunas de ellas inéditas, hasta el momento, en la doctrina jurisprudencial española. De esta forma, la Sentencia se convierte, en esos novedosos aspectos jurídicos, en un *leading case*, que pasa a formar parte del necesario diálogo interjurisdiccional horizontal, con otras jurisdicciones nacionales; y vertical, con Tribunales internacionales y de derechos humanos, en materia de crímenes internacionales cometidos desde el Estado. También sus razonamientos jurídicos pasan a ser ingredientes esenciales para el debate doctrinal y servirán de herramienta jurídica a organismos internacionales universales y regionales de defensa de los derechos humanos.

El denominado *caso Jesuitas* ha planteado, desde su incoación, en el año 2008[3], complejos problemas jurídicos. Como ejemplo de ello, podemos citar la afección al procedimiento de las dos reformas operadas, por la Ley Orgánica 1/2009[4] y, especialmente, por la Ley Orgánica 1/2014[5], en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[6] (en adelante, LOPJ), que restringían considerablemente la aplicación del principio de jurisdicción universal en España[7]; la denegación de las demandas extradicionales de los procesados salvadoreños, por parte del El Salvador, con el consiguiente incumplimiento de las obligaciones internacionales *aut dedere aut iudicare*; la condición impuesta por los Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.) para enjuiciar al coronel Montano, cuando accedió a la extradición activa solicitada por España, al limitar su enjuiciamiento a asesinatos terroristas y sólo por las cinco víctimas de nacionalidad española; la vigencia de la Ley de Amnistía; o la posible existencia de cosa juzgada por la firmeza de las Sentencias dictadas en el procedimiento judicial seguido en El Salvador por los mismos hechos.

---

[1] Sentencia 17/2020, de 11 de noviembre, Rollo de Sala: 4/2015, Sumario 97/2010, procedente del Juzgado de Instrucción número 6, dictada por los magistrados José Antonio Mora Alarcón, Fernando Andreu Merelles y María Fernanda García Pérez, siendo el primero el Presidente del Tribunal y el segundo el ponente de la sentencia. En el momento de cerrar este artículo la sentencia no es firme. El Ministerio Fiscal estuvo representado, desde la incoación del procedimiento hasta su finalización, por la fiscal Teresa Sandoval Altelarrea.

[2] Dos acusaciones populares, entre ellas la Asociación Pro Derechos Humanos de España, interpusieron querella criminal contra los presuntos autores del asesinato de seis sacerdotes jesuitas y dos mujeres, la noche del 15 al 16 de noviembre de 1989. Posteriormente, se personaron en la causa, en la misma calidad de acusación popular, la Asociación de Antiguos Alumnos del Colegio San José de la Compañía de Jesús de Valencia; y, como acusación particular, familiares de uno de los padres jesuitas asesinados.

[3] Ante el Juzgado Central de Instrucción número 6, de la Audiencia Nacional, siendo instruido por el magistrado Eloy Velasco Muñoz y, en la etapa final de la investigación judicial, por Manuel García Castellón.

[4] Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

[5] Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

[6] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

[7] Sobre la evolución legislativa del principio universal, v. OLLÉ SESÉ, M., Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 165-206.

Los aspectos principales pivotaron, por un lado, sobre la atribución jurisdiccional a España del enjuiciamiento de hechos cometidos fuera de nuestras fronteras (principio de jurisdicción universal). Y, por otro, sobre determinar realmente la autoría del asesinato de las ocho víctimas, el marco estatal o no y el contexto en el que se produjeron. Era indiscutible que los crímenes los ejecutaron materialmente miembros de las fuerzas armadas salvadoreñas (el batallón Atlacatl). Se conocía la identidad del oficial militar que impartió a este batallón la orden de eliminar a Ellacuría sin dejar testigos. Se sabía la identidad de todos los militares que participaron en el operativo criminal de la madrugada del 16 de noviembre de 1989 y que ejecutaron a los padres jesuitas, a Elba y a Celina. Se desconocía, sin embargo, quiénes idearon, deliberaron y decidieron ejecutar ese plan criminal y si fue iniciado y ejecutado dentro de la estructura estatal del Alto Mando Militar. Y había que determinar si el viceministro de defensa, el coronel Montano, fue autor de esos hechos.

La Sentencia, en una extensa motivación jurídica, desgrana los elementos probatorios y su aptitud de validez para que los hechos alcancen la autoridad de hechos probados. Destaca el análisis que efectúa de la prueba directa, indiciaria y de referencia[8]. También el valor probatorio que la Sentencia otorga a la Comisión de la Verdad de Naciones Unidas sobre El Salvador[9] y a los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[10] Igualmente es relevante la naturaleza jurídica de periciales de inteligencia que concede a dos pericias elaboradas por autoridades académicas[11]. En el terreno sustantivo penal, el Tribunal no albergó duda alguna en declarar probado que los hechos de enjuiciamiento se enmarcan en un contexto de conflicto armado no internacional. Calificó la conducta de Montano como delitos de asesinato de carácter terrorista: concurso ideal de delitos entre los artículos 406 (asesinato) y 174 bis b) (terrorismo), del Código Penal de 1973, al resultar más favorable para el ya condenado[12]. Aplica, en materia de intervención punible, por primera vez en España, la coautoría mediata en aparatos organizados de poder, para encuadrar la contribución a la ejecución delictiva del coronel y viceministro Montano en los hechos[13]. Explica —a pesar de declarar probado que Montano fue coautor del asesinato terrorista de las ocho víctimas, incluidas las tres de nacionalidad salvadoreña— por qué, ante las exigencias extradicionales de EE.UU., sólo condena por asesinato terrorista respecto de las cinco víctimas de nacionalidad española[14].

Igualmente, la Sentencia destaca la conducta de encubrimiento de las autoridades de El Salvador para sustraer de la responsabilidad penal a los intervinientes en los hechos y declara que se vulneraron los estándares internacionales del proceso debido en el procedimiento judicial celebrado en el Salvador[15]. Y concluye con la relevancia del papel desempeñado por la acusación popular en el procedimiento[16].

---

[8] Sentencia, fundamento jurídico (en adelante, FJ) octavo.
[9] Sentencia, FJ octavo, 11º.
[10] Sentencia, FJ octavo, 12º.
[11] Sentencia FJ octavo, 10º.
[12] Sentencia, FJ tercero a séptimo.
[13] Sentencia, FJ noveno. Tenía razón la catedrática Alicia GIL cuando en 2008 vaticinó que si seguían adelante los procesos iniciados en España por crímenes internacionales «quizá en un futuro […] la autoría mediata por aparatos de poder empiece a aplicarse». V. GIL GIL, A., La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP, 2008, p. 84. En este trabajo GIL analiza por qué la jurisprudencia de nuestro país no aplicaba la autoría mediata por aparatos organizados de poder jerarquizados —lo que no significaba que lo rechazaran— y sí, dependiendo de los casos, los responsables penales de hechos semejantes eran considerados como coautores, inductores o cooperadores necesarios. Apunta también la profesora GIL como posible alternativa, también inédita, si concurren los elementos de esta figura, la aplicación de la responsabilidad del superior.
[14] Sentencia, FJ tercero.
[15] Sentencia Hecho Probado (en adelante, HP) duodécimo y FJ octavo.
[16] Sentencia, FJ décimo tercero.

Los hechos probados y los fundamentos jurídicos de esta Sentencia nos sugieren diferentes ideas relacionadas con el Derecho penal internacional, con el Derecho penal y con el Derecho procesal penal, lo que plantea interesantes interacciones entre el Derecho penal internacional y el nacional, cuando crímenes de esta naturaleza se enjuician en Tribunales nacionales[17]. Por lógicas razones de espacio en los apartados que siguen, plasmaremos algunas de esas ideas —otras se quedarán en el tintero— con las que trataremos de analizar concretos aspectos adjetivos y sustantivos de la criminalidad estatal y de los crímenes internacionales. No obstante, y antes de ello, dejamos apuntadas telegráficamente algunas de ellas, que consideramos relevantes.

2. Cosa juzgada fraudulenta, comisión de la verdad, informes de inteligencia y acusación popular

A continuación nos referiremos, a modo de bosquejo, a resaltar la importancia de la sentencia respecto de cuatro temas jurídicos relevantes: cosa juzgada fraudulenta, comisión de la verdad, informes de inteligencia y acusación popular.

En primer lugar, la Sentencia reprocha la conducta de las autoridades salvadoreñas de la época para garantizar la impunidad de los verdaderos autores de los hechos, así como la vulneración del derecho al proceso debido en el juicio seguido en ese país centroamericano, al impedir una investigación acorde con el proceso justo y cerrar fraudulentamente, con ese propósito, el procedimiento judicial. Antes del juicio oral, el Tribunal Supremo español, por Auto de 20 de abril de 2015, contestaba a la exposición razonada que el Magistrado instructor le había planteado —para que determinara «si las actuaciones que en su día se siguieron para el enjuiciamiento de los hechos en el Salvador fueron fraudulentas o incompletas»[18]— declarando que el proceso salvadoreño «no garantizó el castigo efectivo de sus responsables, sino que, por el contrario, pudo tratar de sustraerlos a la acción de la justicia», ante la «ausencia de las garantías necesarias de independencia e imparcialidad»[19]. En definitiva, estamos en presencia de la denominada cosa juzgada fraudulenta[20], y, por tanto, carente de efectos en el procedimiento judicial español.

En segundo lugar, el Tribunal sentenciador acepta como prueba hábil los resultados de la referida Comisión de la verdad[21]. La Sentencia destaca cómo la *Comisión de la Verdad para El Salvador*[22], creada en el marco de las Naciones Unidas, investigó los graves hechos ocurridos en ese país desde 1980

[17] V. OLLÉ SESÉ, M., La aplicación del Derecho penal internacional por los tribunales nacionales, en: Gil Gil, A. /Maculan, E. (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 145-173.
[18] En este escrito, de 22 de diciembre de 2014 —y remitido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo por imperativo del artículo 23.5 LOPJ—, el Magistrado Velasco argumentaba y enumeraba con evidencias lo que a su entender, de acuerdo con lo mantenido por las acusaciones, fue una «inefectiva justicia», «simulación de procedimiento penal» o un «fraude».
[19] V. Sentencia HP duodécimo y FJ octavo.
[20] V. un estudio sobre la misma en HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Interdicción de la impunidad y cosa juzgada fraudulenta en el Pacto de San José y en el Estatuto de Roma, en: Portilla, G./Velásquez, F. (dirs.)/Pomares, E./Fuentes, J. (coords.), Un juez para la democracia, libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 253-267 y en OLLÉ SESÉ, M., Derecho penal, amnistías, indultos y cosa juzgada fraudulenta en los procesos transicionales, en: Turégano Masilla, I. (ed.), La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp. 99-113. V. también artículos 17 y 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.
[21] V. la relevante monografía de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., Derecho a la verdad y Derecho internacional en relación con graves violaciones de los derechos humanos, Berg Institute, Madrid, 2017.
[22] Se denominó «De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador». El informe se publicó el 15 de marzo de 1993.

y, entre ellos, los referidos al asesinato de los padres Jesuitas y las dos mujeres. Tilda el informe de «especialmente relevante» por «la objetividad con la que [se] elaboró, al efectuarse por mandato de un acuerdo de paz y, por lo tanto, de ambas partes en conflicto, y todo ello bajo el paraguas garantista e independiente de las Naciones Unidas»[23].

El valor probatorio en los procedimientos judiciales de las Comisiones de la verdad es, en cierta medida, controvertido. Es indudable que tendrá valor de prueba documental, pero también sus hechos, consideraciones y conclusiones pueden ser introducidos en el plenario judicial como prueba testifical a través de la deposición de las personas que participaron en la misma, de tal forma que estos actores se pueden convertir en testigos directos o de referencia de lo plasmado por la Comisión de la verdad[24].

Las recomendaciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos son significativas. Este documento destaca la importancia de las Comisiones de la verdad para el enjuiciamiento penal de los hechos, mientras se esté desarrollando la Comisión, una vez concluida ésta o años después. Considera a las Comisiones como «complementarias de la acción judicial». Resalta su papel de «material de referencia» y de «medio para localizar testigos». Las considera de utilidad, porque «aunque no se identifique a autores concretos, la información que contiene puede revelar las características más amplias de las infracciones y mostrar cuál ha sido el grado de participación y de responsabilidad institucional, así como la responsabilidad de los cargos más altos». Y debe reflejar también los elementos exculpatorios[25]. También recomienda respetar la confidencialidad si la información se ha recogido en un «acuerdo de confidencialidad»[26].

En tercer lugar, la Sentencia otorga la naturaleza jurídica de informes de inteligencia a dos pericias presentadas en el plenario por una profesora de ciencias políticas y estudios de América Latina de la Universidad de Stanford (EE.UU.)[27]. La resolución de la Audiencia Nacional resalta que, en los dos informes de la referida profesora, «confluyen los conocimientos, directos o por referencia, del perito, con sus conocimientos y experiencia sobre la materia de que tratan»[28].

Recordemos que los informes de inteligencia, hasta el momento, parecían reservarse a los elaborados por las fuerzas y cuerpos de seguridad, en materia de crimen organizado[29]. Sin embargo, en este caso, el método policial propio de las genuinas periciales de inteligencia brilla por su ausencia, porque la metodología de la perito académica obedece a otros estándares diferentes, ajenos a la lógica policial, y más dificultosos en su elaboración al no revestir la perito la condición de autoridad. Su labor

[23] Sentencia, FJ octavo, 11º. El informe fue ratificado en el acto de la vista por el que fuera asesor jurídico de la Comisión, quien, en palabras de la Sentencia, «aclaró y explicó con meridiana lucidez diversos aspectos del mismo».
[24] La jurista Almudena BERNABEU GARCÍA (conferencia sobre informes emitidos por las comisiones de la verdad y su valor probatorio en los tribunales federales de EE.UU, University of Minnesota Law School: class «Human Rights in Practice» November 3, 2017) es partidaria —y lo compartimos con ella— de otorgar aptitud plena a las Comisiones de la verdad para engrosar el acervo probatorio en los procedimientos judiciales, y ello sin perjuicio de la valoración final de los Tribunales de justicia.
[25] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto, Comisiones de la verdad, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006, pp. 27 y 28.
[26] *Ibidem.*
[27] FJ octavo, 10º.
[28] Esta perito, que elaboró dos contundentes y rigurosos informes, fue la profesora Terry Lynn KARL, especialista en política comparada, política latinoamericana y especialmente política centroamericana, gobierno militar, partidos políticos, instituciones religiosas, guerras civiles y problemas de desarrollo, con una amplia experiencia en el estudio y análisis de los abusos de los derechos humanos y las respuestas de los gobiernos a los mismos.
[29] V. por todas, SSTS 104/2019, 27 febrero; 984/2016, de 11 de enero; 783/2007, de 1 de octubre; y 786/2003, de 29 de mayo.

en la obtención y estudio de fuentes de todos los signos es transparente, tratando de alcanzar, como único interés, desde la imparcialidad, la verdad de lo sucedido, sea cual sea.

Concluye la Sentencia sintetizando la doctrina jurisprudencial sobre esta tipología probatoria de inteligencia: i) es una prueba singular que se utiliza en algunos procesos complejos en los que son necesarios especiales conocimientos porque no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales; ii) es un medio probatorio que, aunque no está previsto expresamente ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en la Criminal, se puede utilizar en el proceso penal cuando se precisen los conocimientos aportados por los autores de dichos informes; iii) su valoración es libre, por lo que el tribunal puede apartarse de los mismos; iv) no se trata de pura prueba documental; y vi) es una prueba próxima a la pericial, porque los autores de dichos informes aportan conocimientos propios y especializados para la valoración de determinados documentos o estrategias[30].

Y, en cuarto lugar, el derecho a ejercer la acusación popular forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y está reconocido en el artículo 125 de la Constitución Española y en los artículos 100, 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). La acción penal popular, como actor acusatorio, en el proceso penal, no está exento de críticas[31]. Críticas que se pueden compartir cuando la finalidad de ese ejercicio es desviado o fraudulento al obedecer a motivaciones espurias y ajenas a la verdadera realización de la justicia al utilizar este instituto en nombre o interés propio o ajeno[32]. Pero no cuando se esgrime para la defensa de la sociedad en su conjunto porque viene «a asumir dentro del proceso un rol similar al del Ministerio Fiscal, cual es la protección de la legalidad y del interés social»[33].

Es significativa la mención expresa que la Sentencia dedica a la acusación popular por su «papel determinante y decisivo […] en la tramitación del proceso, no solo por cuanto fue dicha acusación la que interpuso la querella inicial y que dio origen a la causa, y que lo hizo poco antes de que transcurriesen los veinte años que tiene señalada la prescripción del delito, sino también por su esencial contribución en el buen fin del proceso, coadyuvando a la tramitación de la causa, tanto en España como en el extranjero, facilitando la labor del Juzgado Central en fase de instrucción y la de este Tribunal en la celebración del juicio, todo lo cual nos lleva a calificar su intervención como de determinante para la terminación, en justicia, del presente proceso y de la impunidad en que se encontraban los crímenes enjuiciados»[34].

Después de estas breves referencias, en las líneas que siguen nos referiremos, con mayor detenimiento, a los hechos probados como verdad judicial, a la jurisdicción universal y al principio de especialidad extradicional, a la coautoría mediata y al terrorismo de Estado.

[30] FJ octavo, 10º.
[31] V. Argumentos favorables a la acusación popular: GIMBERNAT ORDEIG, E., Cero a la acusación popular, El Mundo, 6.595, 8 de enero de 2008, pp. 4 y 5; y GIMBERNAT ORDEIG, E., La sombra de la doctrina Botín no es tan alargada, El Mundo, 15 de julio de 2014, pp. 19 y 20.
[32] V. SSTC 62/1983, de 11 de julio; 108/1983, de 29 de noviembre; 115/1984, de 3 de diciembre; 147/1985, de 29 de octubre; 137/1987, de 22 de julio; 34/1994, de 31 de junio y 64/1998, de 17 de marzo.
[33] STS 5661/1997, de 26 de septiembre, FJ XI, primero.
[34] Sentencia, FJ decimotercero.

3. Hechos probados: verdad judicial

La Sentencia, en apretada síntesis, condenó a 133 años y cuatro meses de prisión al ex coronel y viceministro de Seguridad Pública, Inocente Orlando Montano, por el asesinato de cinco jesuitas españoles[35], cometido la noche del 15 al 16 de noviembre de 1989, en la Universidad Centroamericana *José Simeón Cañas* (en adelante, UCA). La pena impuesta, por cada uno de los asesinatos, fue de 26 años, 8 meses y un día de prisión. Los hechos de la Sentencia también declaran probado que el viceministro y coronel fue responsable del asesinato del otro padre de nacionalidad salvadoreña y de las dos mujeres, madre e hija, de la misma nacionalidad[36].

Los hechos probados son sinónimo de verdad judicial. La narración que se efectúa en el *factum* se extrae después de la sujeción del procedimiento a los estándares del proceso debido y con todas las garantías para el derecho de defensa de Montano. El respeto a estos estándares confirma que los hechos que han alcanzado la autoridad de probados, han sido sometidos a la rigidez probatoria de una Sentencia condenatoria. No estamos ante una verdad —por mucho o poco que pueda coincidir— obtenida por periodistas, historiadores, sociólogos o politólogos. Ni ante una verdad fijada por organismos nacionales o internacionales no jurisdiccionales. Estamos ante una verdad judicial.

Los hechos se enmarcan dentro del contexto del conflicto armado interno existente en la década de los ochenta en El Salvador, entre las fuerzas gubernamentales y la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (en adelante, FMLN)[37].

La Sentencia resalta la importancia de la UCA en aquel entonces en El Salvador y la figura de su rector, el padre Ignacio Ellacuría, considerado como uno de los analistas políticos más importantes del país. Ellacuría propugnaba el diálogo para conseguir la paz, lejos de una victoria, ni de las fuerzas armadas ni del FMLN. El pensamiento de Ellacuría, su análisis y propuestas, manifestadas a través de artículos, conferencias o declaraciones, impactaban fuertemente en el pueblo salvadoreño. Por ello, la transmisión de sus ideas y su participación en la vida pública le granjeó poderosos enemigos. Por ejemplo, como narra la Sentencia, la UCA y los jesuitas fueron blanco de amenazas y atentados durante la década de los 80, que alcanzaron los 49 sucesos en el año 1989[38].

El papel de la Iglesia y, especialmente, las ideas e insistencia de Ignacio Ellacuría para alcanzar la paz, le valieron a éste la enemistad de la extrema derecha, que temía por el despojo de sus privilegios. Los meses anteriores al asesinato, ante la insistencia de Ellacuría para que se alcanzara una solución negociada al conflicto, la línea dura gubernamental trató de obstaculizar la negociación por la paz, porque uno de los fines del discurso de Ellacuría era la depuración de las fuerzas armadas y, especialmente, la expulsión de los oficiales que conformaban el grupo denominado *la Tandona*, al que pertenecía Montano. Por este motivo, los miembros del Alto Mando Militar salvadoreño, los cuales, casi en su totalidad, pertenecían a *la Tandona,* consideraron a Ignacio Ellacuría como un «enemigo» y se plantearon

[35] Ignacio Ellacuría Beascoechea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amando López Quintana y José Ramón Moreno Pardo.
[36] Joaquín López y López, Julia Elba Ramos (persona que ayudaba a los padres jesuitas en las tareas domésticas) y su hija Celina Mariceth Ramos.
[37] La Sentencia describe, en los hechos probados (en adelante, HP), el contexto político social existente en El Salvador desde el golpe de Estado de 15 de octubre de 1979 (asesinato de Monseñor Oscar Romero Arnulfo, creación del FMLN, las elecciones de 1982 a la Asamblea Constituyente, las elecciones presidenciales de 1984 y de 1989, y los esfuerzos por algunas partes y organismos de dialogar y alcanzar la paz); y la situación de «guerra civil» (HP Primero).
[38] Sentencia, HP segundo y tercero.

la conveniencia de acabar con su vida porque su labor de intermediación era una amenaza para la posición privilegiada de *la Tandona*[39].

La resolución condenatoria relata todos los sucesos previos al asesinato, que se desencadenan a partir de la ofensiva del FMLN del 11 de noviembre de 1989 y los preparativos previos al asesinato (arengas mediáticas, estado de excepción y toque de queda, registros en la UCA y su entorno)[40]. Describe las diferentes reuniones mantenidas por los miembros del Alto Mando Militar a lo largo del día 15 de noviembre de 1989 y, especialmente, la celebrada por 24 oficiales de alto rango desde las 18:30 hasta el filo de las 22:30 horas, en los cuarteles del Estado mayor Conjunto. En esa reunión, por un lado, el jefe del Estado mayor autorizó la eliminación de cabecillas, sindicalistas y miembros del FMLN; y, por otro, durante esa misma reunión, los oficiales se mantuvieron de pie, hablando en grupos. Uno de éstos estaba formado por el Jefe del Estado mayor Conjunto, el Jefe de la Fuerza Aérea, el Coronel Jefe de la Primera Brigada de Infantería, el Viceministro de Defensa y el Viceministro de Seguridad Pública, Coronel Montano. «En esa situación, el Jefe del Estado mayor llamó al Coronel Director de la Escuela y delante de los otro cuatro oficiales, le ordenó matar al padre Ellacuría y no dejar testigos. También le ordenó usar las unidades del batallón Atlacatl»[41].

El *factum* relata, seguidamente, cómo se ejecutaron los crímenes en la UCA[42]. La resolución de condena rememora la deliberada ausencia de justicia en la investigación de los hechos y de sus responsables, así como la inexistencia de un procedimiento judicial imparcial y objetivo que cumpliera los estándares del proceso debido, en El Salvador. Y finalmente concluye recordando que las únicas personas condenadas por los tribunales salvadoreños fueron amnistiadas en ese país, a pesar de que la Ley de Amnistía sería contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos vulnerando, entre otros, el derecho a la justicia y a la obligación de investigar, procesar y reparar, en perjuicio de los familiares de las víctimas y de los miembros de la comunidad religiosa y académica a la que pertenecían.

4. La jurisdicción universal y el principio de especialidad extradicional

El procedimiento del que trae causa la Sentencia pudo instruirse y enjuiciarse en España gracias al principio de jurisdicción universal. El 18 de noviembre de 2008 se incoaron las correspondientes diligencias previas que posteriormente, el 8 de noviembre de 2010, fueron transformadas en sumario ordinario. El *caso Jesuitas*, comenzó, como hemos adelantado, su cobertura normativa jurisdiccional bajo la vigencia del original artículo 23.4 LOPJ, que instauraba un modelo de jurisdicción universal puro o absoluto y relativamente concurrente. A partir de entonces, el procedimiento sobrevivió a las dos reformas legislativas de mayor calado sobre el principio de justicia universal, operadas por las citadas LLOO 1/2009 y 1/2014, que implantaron el modelo *restringido* y e l *restringidísimo* de justicia universal de justicia universal[43].

El Auto de procesamiento, de 30 de mayo de 2011, dictado por el Juez instructor, procesó a veinte personas, entre las que se encontraba el viceministro y coronel Montano por «ocho delitos de asesinato

[39] *Ibidem.*
[40] Sentencia, HP cuarto a séptimo.
[41] Sentencia, HP octavo.
[42] Sentencia, HP noveno.
[43] Sobre la evolución legislativa en España de este principio v: OLLÉ SESÉ, Crimen internacional y jurisdicción penal nacional, 2019, pp. 165-169.

terrorista [crimen de Estado[44]] y un delito de crimen de lesa humanidad o del Derecho de gente[s]», según el Código Penal de 1973 (artículos 406, 174 bis y 137 bis), vigente en el momento de los hechos. Esta resolución especificaba, expresamente, que se procesaba a esas personas por la comisión de las ocho muertes objeto de denuncia inicial: la de los cinco jesuitas españoles, la del sacerdote salvadoreño y las de las dos mujeres también salvadoreñas[45].

La reforma *restringida* de 2008 apenas tuvo repercusión en el procedimiento, sin embargo, la *restringidísima* de 2014, que padeció el artículo 23.4 a) LOPJ, condicionó el devenir del caso *Jesuitas*, al limitar la jurisdicción española para la persecución de los delitos de «[g]enocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado» a que el procedimiento se dirigiese «contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas». Presupuestos o nexos alternativos de conexión que no concurrían en el caso y vetaban, legislativamente, la posible calificación definitiva de los hechos como crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra. Sin embargo, el nuevo texto legal sí permitía la jurisdicción penal de los Tribunales españoles, si los hechos eran susceptibles de ser tipificados como delitos de terrorismo y siempre que, como sucedía, existiesen víctimas españolas en el momento de la comisión de los hechos (artículo 23.4 e) 4º LOPJ)[46].

La disposición transitoria única de esta LO 1/2014 ordenaba el sobreseimiento de las causas que en el momento de su entrada en vigor se encontraran en tramitación, por los delitos referidos en la misma, hasta que no se acreditara el cumplimiento de los requisitos establecidos en la insólita norma[47]. Esta imposición normativa provocó, finalmente, que el procedimiento judicial se continuase por los mismos hechos, pero bajo la única calificación de asesinato terrorista[48].

La persecución del crimen de guerra y del crimen de lesa humanidad, al amparo del principio de jurisdicción universal, quedaba vetado por la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, adoptada por razones de legalidad procesal. El artículo 23.4 LOPJ, en su apartado a), introducido por la LO 1/2014 —dejando al margen las críticas que pudiéramos formular a esta reforma, por necesarias que sean— lo impedía, por no concurrir ninguno de los puntos de conexión exigidos que

[44] Así lo calificaba el Auto de procesamiento en el FJ primero.
[45] V. Auto de procesamiento, FFJJ primero, segundo y parte dispositiva.
[46] Este precepto imponía otros nexos de conexión alternativos, diferentes al ya referido de personalidad pasiva, para el ejercicio jurisdiccional español [apartados 1º a 8º, del citado artículo 23. 4 e)]. Con independencia de la crítica global a esta reforma, es incomprensible la disfunción de la tutela judicial efectiva nacional entre víctimas españolas en el extranjero de crímenes de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, que no van a ser protegidas jurisdiccionalmente en nuestro país, frente a las de terrorismo que sí gozarán de la tutela judicial. El legislador introdujo, de este modo, una lamentable distinción en la condición de víctimas. Sobre justicia universal como único recurso para las víctimas y la necesidad de cooperación internacional en materia penal, V. BERNABEÚ GARCÍA, A., La querella siria ante la Audiencia Nacional de España, Revista Teoría y Derecho, 21, 2017, pp. 213-224.
[47] V. un análisis crítico de esta disposición en OLLÉ SESÉ, M., La nueva regulación del principio de justicia universal, Actas de las XIV Jornadas de Derecho de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2014, pp. 57-64.
[48] El Juzgado Central de Instrucción número 6, por Autos de 31 de marzo de 2014 y 23 de abril de 2014, dejó sin efecto el procesamiento por los cargos de lesa humanidad y contra el derecho de gentes y ordenó la continuación del procedimiento únicamente por los delitos de asesinato terrorista. La oposición jurídica de las acusaciones particular y popular, que trataron de combatir, a través de los pertinentes recursos, la exclusión de los delitos y hechos objeto de procesamiento, derivada de los postulados de la reforma legislativa, no fue acogida. Definitivamente, el Auto 77/2014, de 10 de diciembre, dictado por el Pleno de la Sala de Penal, de la Audiencia Nacional, confirmaba las decisiones del Juzgado instructor de continuar la causa únicamente por los delitos de asesinato. Posteriormente, la Sección 4ª de la Sala de lo Penal, de la Audiencia Nacional, en el Auto 396/2018, de 12 de julio, confirmó que el coronel Montano sólo podía ser enjuiciado por delitos de terrorismo.

hemos referido[49]. La barrera jurisdiccional operada por la repetida ley igualmente afectaba al delito de terrorismo, pero, en el caos *Jesuitas,* de forma favorable: los tribunales españoles podían enjuiciar los hechos, si las víctimas de los asesinatos terroristas eran de nacionalidad española [artículo 23.4 e) 4º LOPJ]. Esta suerte de principio de personalidad pasiva, incrustado en el de justicia universal, reducía el objeto del procedimiento que se instruía en el Juzgado Central de Instrucción, al asesinato de los cinco padres jesuitas españoles. El sacerdote salvadoreño y las dos mujeres de esa nacionalidad, por decisión legislativa, quedaban desamparados por nuestros Tribunales.

A este impedimento jurisdiccional se sumaba, en el plano sustantivo, otro de estricta legalidad material: los vigentes artículos 607 bis[50] (delitos de lesa humanidad), y 608 a 614 bis, en los que tipifica los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, al sancionar diferentes vulneraciones de normas contenidas en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales I y II de 1977, aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los de carácter no internacional[51], que no eran típicos en nuestro Código Penal, en el momento de comisión de los hechos. No obstante, frente a esta postura de legalidad material doméstica, cabría invocar la aplicación del Derecho penal internacional y, en concreto, de los Convenios de Ginebra, que defiende algún sector doctrinal y que produce irritaciones y rechazo en otros[52].

Sin embargo, el problema jurisdiccional de aplicación del principio universal quedó definitivamente diluido en el seno del procedimiento extradicional seguido en EE.UU. contra el coronel Montano. La resolución de los Tribunales americanos concedió su extradición exclusivamente, como hemos adelantado, por «el asesinato terrorista de cinco sacerdotes jesuitas de origen y nacionalidad española»[53]. De esta forma, se producía un cierre jurisdiccional provocado por un instrumento internacional de cooperación judicial en materia penal: Montano, de acuerdo con el tratado bilateral de extradición entre España y EE.UU.[54], únicamente podía ser juzgado en nuestro país por los cinco

[49] V. *supra*, nota 46. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., El principio de justicia universal y los crímenes de guerra, Instituto Universitario General Gutiérrez, Mellado, Madrid, 2015, analiza con precisión la persecución del crimen de guerra al amparo del principio de jurisdicción universal.

[50] Introducido por primera vez en nuestro Código sustantivo —como consecuencia de la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en nuestro ordenamiento jurídico— por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Este artículo fue posteriormente modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, y por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Para un estudio completo de este crimen v: LIÑÁN LAFUENTE, A., El crimen contra la humanidad, Dykinson, Madrid, 2015.

[51] V. Un exhaustivo trabajo al respecto en: PIGNATELLI Y MECA, F., La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

[52] Sobre este complejo y polémico debate, v. OLLÉ SESÉ, M., Principios generales, en: Gil Gil/ Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, pp. 178-192; y OLLÉ SESÉ, M., El principio de legalidad en el Derecho penal internacional: su aplicación por los tribunales domésticos, Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 559-582.

[53] In the United States District Court for the Eastern District of North Carolina Northern Division, 4 4th of February 2016, *in re request by Spain for the extradition of Inocente Orlando Montano Morales*, No. 2:15-MJ-1021-KS. Resolución que fue confirmada por la Orden de 21 de agosto de 2017 —al desestimar el recurso de *habeas corpus* interpuesto por Montano— por the United States District Court for the Eastern District of North Carolina Western Division, *INOCENTE ORLANDO MONTANO MORALES, Petitioner v. NEIL ELKS, Sheriff of Pitt Counly, Norih Carolina; SCOTT J. PARKER, United States Marshal for the Eastern District of North Carolina; LOREUA E. LYNCH, Attorney General, US. Department of Justice, in her Official Capacity and her successor and assigns; and THE UNITED STATES OF AMERICA*, No. 5:16- HC-2066-BO.

[54] Instrumento previsto en el artículo 3(2) del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003, para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y los Estados Unidos de América de 29 de mayo de 1970, y Tratados Suplementarios de Extradición de 25 de enero de 1975, 9 de febrero de 1988 y 12 de marzo de 1996.

asesinatos terroristas cometidos contra ciudadanos españoles[55].

El principio de especialidad, previsto en el artículo 21 de la Ley de Extradición Pasiva (en adelante, LEP), y en los diferentes tratados extradicionales, impiden, salvo renuncia del *extraditurus*, que éste sea juzgado por hechos anteriores por los que ha sido concedida su extradición y/o por hechos distintos por los que se accedió a la misma. Este principio considerado como costumbre internacional y, por tanto, de aplicación general y universal[56], se convierte, por un lado, en una garantía para el *extradendus* (a no ser juzgado por esos hechos distintos por los que se accedió a su extradición, ni por otros conexos[57]); y, por otro lado, también se fundamenta en el deber de respeto y de protección de la soberanía del Estado requerido —que es cedida por éste al Estado requirente[58] — y que ha entregado al *extradendus* para el enjuiciamiento por determinados hechos[59] y/o delitos. La única posibilidad de enjuiciar otros hechos o delitos distintos por los que fue concedida la extradición, pasaría por la solicitud del Estado requirente al requerido de una ampliación de la misma, y que éste accediera a ella[60].

Partimos, junto con la doctrina mayoritaria, de que el principio de especialidad se debe proyectar sobre hechos y no sobre calificaciones jurídicas, esto es, siempre que se respeten los hechos objeto del pedido extradicional activo, los órganos jurisdiccionales pueden variar la calificación jurídica de los mismos, respecto del inicial *nomen iuris*, con el que se interesó y se concedió la extradición. Sin embargo, hay que reconocer que en el espectro normativo de tratados internacionales nos encontramos instrumentos extradicionales, como el tratado bilateral entre España y EE.UU., en el que el principio de especialidad rige respecto de *delitos* y no de *hechos*. Este tratado, en el artículo XIII[61], prohíbe al Estado requirente, detener, juzgar o castigar a la persona que le haya sido entregada «por un *delito* distinto de aquél por el cual se ha concedido la extradición»[62].

La Sentencia de la Audiencia Nacional acogió —con sujeción al tratado bilateral de extradición, fundando en la invocada garantía del *extraditurus* y en la soberanía de los EE.UU.— el principio de especialidad y delimitó el objeto procesal, lógicamente, según el contenido de la citada resolución extradicional dictada por los EE.UU.[63], al enjuiciamiento de Montano por el «asesinato terrorista de

[55] Al respecto, v. el interesante trabajo de GIMBERNAT DÍAZ, E., La extradición como instrumento de cooperación en el Derecho penal internacional, Liñan, A./Ollé, M. (coords.), Estudios sobre Derecho penal internacional, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2018, pp. 21-32.
[56] BAUTISTA SAMANIEGO, C., Procedimiento de extradición pasiva, Sepin, Madrid, 2020, p. 91.
[57] *Ibidem*, p. 90.
[58] BELLIDO PENADÉS, R., La extradición en derecho español, Civitas, Madrid, 2001, pp. 91 y 98.
[59] V. sentencia, FJ tercero; PASTOR BORGOÑÓN, B., Aspectos procesales de la extradición en derecho español, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 121-130; SEBASTIÁN MONTESINOS, M.A., La extradición pasiva, Comares, Granada, 1997, pp. 162 y 163; y CEZÓN GONZÁLEZ, C., Derecho extradicional, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 272-276. BAUTISTA SAMANIEGO Procedimiento de extradición pasiva, 2020, pp. 90 a 93, añade, acertadamente, que los dos derechos no están en posición de igualdad porque la garantía del *extradendus* está supeditada a que no se acceda a una futura ampliación de la extradición por parte del Estado requerido.
[60] Una segunda excepción al principio de especialidad es la contemplada en el artículo 21.2 LEP: «cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al que se entregó, permanezca en él más de cuarenta y cinco días o regrese al mismo después de abandonarlo».
[61] V. *supra*, nota 54.
[62] Cursiva añadida. El propio artículo contempla tres excepciones al principio de especialidad, semejantes a las del artículo 21 LEP (v. *supra*, nota 60): que el extraditado haya abandonado el territorio de la Parte Requirente después de su extradición y haya vuelto voluntariamente a él; que no lo haya abandonado dentro de los 45 días después de tener libertad para hacerlo; o que la Parte Requerida hubiera permitido su detención, juicio, condenas o consentido su extradición a un tercer Estado por un delito distinto de aquél por el cual se concedió la extradición.
[63] V. *supra*, nota 53.

cinco sacerdotes jesuitas de origen y nacionalidad españoles»[64].

La jurisprudencia se ha decantado a favor de la obligatoriedad para el Estado requirente (España) de juzgar y, en su caso, condenar por los *delitos* expresamente autorizados por el Estado requerido, y no por otros distintos o adicionales. Para el Tribunal Supremo, el principio de especialidad consiste «en que ninguna persona extraditada podrá ser detenida, procesada o penada en el estado requirente por un delito cometido con anterioridad a la fecha de la solicitud de su extradición y que sea distinto del propio delito por el cual se ha concedido la misma»[65].

El principio de especialidad en el caso *Jesuitas* cobra especial relevancia por la actitud de las autoridades estadounidenses. No es difícil adivinar el rechazo por parte de los EE.UU. a la justicia penal internacional cuando ésta se ejerce en tribunales penales internacionales y en jurisdicciones nacionales al amparo del principio de jurisdicción universal. Por ello, en el procedimiento extradicional, se soslayó por parte de EE.UU. cualquier connotación que supusiera una aceptación expresa o tácita del principio universal, de crímenes internacionales de primer grado[66], y limitó, fiel a sus postulados legales nacionales, el enjuiciamiento extraterritorial en España exclusivamente a los asesinatos terroristas de las víctimas españolas.

El *iter* extradicional demuestra la anterior afirmación. Inicialmente, el 31 de marzo de 2011 se dictó la correspondiente orden internacional de detención con fines de extradición respecto del coronel Montano, ex viceministro de seguridad de El Salvador. El 2 de noviembre de 2011, el Juzgado instructor acordó proponer al gobierno de España demandar extradicionalmente a los EE.UU. su entrega. El 22 de julio de 2014 se amplió la demanda por parte del órgano instructor. En ese texto, el instructor ya advertía de que «el juzgado se reserva la jurisdicción sobre Montano y los delitos de los que se le ha acusado —a pesar de ciertos cambios en la jurisdicción extraterritorial— y que se encuentran en revisión en los tribunales de apelación españoles»[67]. Y añadía que España detentaba jurisdicción para investigar y dictar Sentencia respecto de Montano «debido a la naturaleza de su presunta participación en los crímenes mencionados y la ciudadanía española de sus presuntas víctimas»[68], al menos por los delitos de asesinato terrorista, apuntillando que la solicitud primigenia de extradición de 2011 no quedaba comprometida, a pesar de la mutación legislativa[69]. La extradición activa para España y pasiva para los EE.UU. no fue un camino procesal fluido, como demuestran las aclaraciones o adiciones que fueron remitidas a las autoridades estadounidenses., entre ellas, la acreditación de que cinco de los padres jesuitas eran españoles[70].

---

[64] FJ, tercero. En éste, la Sentencia declara que los hechos probados «son legalmente constitutivos de ocho delitos de asesinato de carácter terrorista», pero, por *mor* del principio de especialidad, se ve obligado a condenar por los cinco asesinatos de los sacerdotes españoles.

[65] SSTS 10213/2014, de 25 de junio y 3877/1998, de 12 de junio.

[66] Sobre los crímenes internacionales de primer y segundo grado v. OLLÉ SESÉ, M., Crimen internacional y jurisdicción penal nacional, 2019, pp. 151-164.

[67] Auto de 22 de julio de 2014. FJ primero.

[68] *Ibidem.*

[69] Auto de 22 de julio de 2014. FFJJ segundo y tercero. El Juzgado, con esta ampliación, también remitía un nuevo documento adicional donde se reflejaban los nuevos elementos probatorios como causa probable de la intervención directa de Montano en los hechos.

[70] Resolución de 16 de junio de 2015. Es significativo, como elemento objetivo que demuestra el celo de EE.UU. para que España cumpliera con los términos estrictos de la resolución por la que concedía la extradición de Montano, la llamada de atención con la que este Estado requerido reprochó a España, el 4 de diciembre de 2017, que en el auto de notificación del procesamiento (de 30 de mayo de 2011) a Montano, constase que el mismo estaba también procesado por otros crímenes distintos (lesa humanidad) por los que había concedido la extradición (asesinatos terroristas). En el fondo, esta actitud de EE.UU. se

Este conflicto entre el principio de especialidad extradicional y la tutela de los derechos de víctimas y victimarios, debe ser resuelto normativamente, para evitar situaciones como la que aquí han acontecido, sin olvidar que los crímenes internacionales de primer grado, como los de genocidio, lesa humanidad o de guerra, gozan del carácter de *ius cogens* y producen, como obligación, la persecución judicial de sus responsables.

Más allá del cierre jurisdiccional que provocó la decisión norteamericana de extradición, la mutante situación jurídica, provocada por la reforma del artículo 23.4 LOPJ, que aconteció en el procedimiento, conduce a reflexionar —dejando al margen el principio de especialidad y el caso concreto de los *Jesuitas*— sobre si, una vez que se ha fijado la jurisdicción española bajo el principio de justicia universal por un delito, ésta se puede extender a otros delitos acogidos por el mismo principio, pero sobre los que no concurren los nexos de conexión establecidos en el artículo 23.4 LOPJ.

La respuesta es positiva. El objeto de todo proceso está constituido por la materia que se discute, *res de qua agitur*, que en el ámbito del proceso penal[71], se corresponderá con el *hecho* punible investigado. Los hechos son importantes para analizar diferentes cuestiones jurídicas que se puedan suscitar. Una de ellas, es la atribución de la jurisdicción de los tribunales españoles para el enjuiciamiento de los concretos hechos. Lo que identifica, en definitiva, al objeto del proceso penal, son los hechos que, considerados constitutivos de delito, se dirigen contra una persona determinada. La calificación jurídica en la que se subsuman esos hechos no conforma el objeto del proceso penal. Así lo ha reiterado pacíficamente la jurisprudencia, subrayando que lo concluyente no es el *nomen iuris* sino los hechos delictivos[72].

El art. 65.1 LOPJ, después de enumerar el catálogo de los diferentes delitos que conoce la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional —lo que es aplicable a los órganos instructores de esas causas— extiende de forma imperativa su competencia «al conocimiento de todos los delitos conexos» con aquéllos, es decir, con los previstos en las letras a) a d) del art. 65.1 LOPJ). Esto permite que, respecto de los delitos por los que la Audiencia Nacional ostenta competencia objetiva por razón de la materia, se puede conformar una relación concursal de delitos, ideal o real, entre éstos y otros conexos porque esos hechos constituyen dos o más delitos.

Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado[73] es ilustrativa a estos efectos. Después de especificar, en el artículo 1, los delitos competencia del Tribunal del Jurado, en el primer apartado del artículo 5 señala que la competencia se determinará «atendiendo al presunto hecho delictivo», obviando, por tanto, la calificación jurídica de ese hecho, como criterio de atribución competencial. El mismo artículo, en su segundo apartado, extiende la competencia del Tribunal del Jurado a los delitos conexos, estableciendo alguna particularidad; y, en el apartado 3º, declara igualmente la competencia del Tribunal del Jurado «cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos […] si alguno de ellos fuere de los atribuidos a su conocimiento». Se desprende que la voluntad del legislador, en esta ley, es conformar una suerte de reglas competenciales de atracción, tanto para los casos de conexidad delictiva, como para

enmarcaba en el deber de seguimiento, lo que no es nada frecuente, respecto de la extradición concedida. Sobre este deber, v. OLLÉ SESÉ, M./GIMBERNAT DÍAZ, E., Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes. STJUE de 5 de abril de 2016, asuntos C-404/15 y C-659/15 PPU: Aranyosi y Căldăraru, La Ley Unión Europea, 40, 3 de septiembre de 2016.

[71] Sobre el objeto del proceso penal v. BANACLOCHE PALAO, J./ZARZALEJOS NIETO, J. Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal, 4.ª ed., La Ley, Madrid, 2018, pp. 109-140.

[72] SSTS 41/98, de 24 de febrero; 655/2010, de 13 de julio; y 94/2010, de 10 de febrero.

[73] Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

los de concursos delictivos, respecto de delitos que no están incluidos en el catálogo de su competencia, partiendo siempre de una premisa fáctica —hechos— y no jurídica.

Las dos normas referidas, la LOPJ y la Ley del Jurado, se refieren en su literalidad a la *competencia* y no, como es lógico, a la *jurisdicción*. Con todo, esos criterios competenciales pueden servir de guía para atribuir la jurisdicción española en supuestos de jurisdicción universal. Una vez fijada la jurisdicción española bajo el título universal, ésta debe extender su conocimiento al completo hecho, *factum*, es decir, para ese delito y para los que puedan surgir de esos mismos hechos. Desde la dimensión fáctica del objeto del proceso penal, si la jurisdicción la determinan los hechos, la misma comprenderá, no sólo los delitos conexos, sino cualquier delito que se desprenda de los hechos en la relación concursal a la que se deban.

En esta línea, en el ámbito del Derecho penal internacional, por ejemplo —y por su cierta proximidad en algunos aspectos con el caso *Jesuitas*, que seguidamente reseñaremos—, nos referimos al Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Éste interpretó que el artículo 3 de su Estatuto[74] no le otorgaba únicamente competencia respecto del derecho de la guerra relativo a la conducción de las hostilidades, sino que, también, se extendía a las violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos: violaciones cometidas en el contexto de un conflicto armado no internacional. En su fundamentación, el Tribunal *ad hoc* consideró que el artículo 3 del Estatuto le permitía atribuirse la competencia para conocer de toda violación al Derecho internacional humanitario que no estuviese prevista en otra disposición del Estatuto, es decir, tanto en el llamado Derecho de Ginebra —los cuatro Convenios y los dos Protocolos— como en el Derecho de La Haya[75].

Siguiendo con el ejemplo de los crímenes de guerra, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda también asumió, en el artículo 4 de su Estatuto[76], la competencia para enjuiciar a las personas que cometieran graves violaciones del artículo 3 común y del Protocolo adicional de 1977, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales. Tales violaciones incluyen: actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente homicidio y trato cruel como tortura, mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal; castigos colectivos; toma de rehenes; actos de terrorismo; ultrajes a la dignidad personal, en particular tratos humillantes o degradantes, violación, prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente; saqueo; aprobación de sentencias y realización de ejecuciones sin un fallo previo dictado por un tribunal legítimamente constituido y que ofrezca todas las garantías judiciales consideradas como indispensables por los pueblos civilizados, y amenazas de perpetración de cualquiera de los actos mencionados[77].

---

[74] Referido a la competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. V. Estatuto del Tribunal Internacional para el Castigo de los Crímenes Internacionales perpetrados en la Antigua Yugoslavia (Resolución 827, 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993).

[75] GUTIÉRREZ POSE, H., La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario —los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio— la responsabilidad penal individual, Comité Internacional de la Cruz Roja, https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents /misc/5tdpfn.htm#3

[76] Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (Resolución 995, 1994, Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994).

[77] GUTIÉRREZ POSE, H., La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario —los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio— la responsabilidad penal individual, Comité Internacional de la Cruz Roja. Otro precedente relevante, en Tribunales domésticos en los que, en aplicación del principio universal, se apreció un concurso de delitos de genocidio y de asesinato

Llegamos a la conclusión de que los Tribunales españoles, una vez asumida la jurisdicción universal por unos hechos concretos, porque concurren, al menos, para uno de los delitos por los que se han calificado los mismos, los requisitos de atribución que impone el artículo 23.4 LOPJ, también tendrán jurisdicción para otros delitos que se deriven de esos hechos, aunque esos delitos no satisfagan las exigencias normativas del repetido artículo 23.4 LOPJ.

Retomando el caso *Jesuitas*, ya hemos explicado la limitación del objeto del procedimiento. No obstante, es relevante destacar, a efectos de la individualización de la pena y, como respuesta reparadora para las víctimas de los hechos juzgados, que la Sentencia declara probado que, en el momento del asesinato (1989), El Salvador vivía un conflicto armado de carácter no internacional que duraba más de 10 años. Igualmente describe el contexto de violencia armada entre las fuerzas gubernamentales de ese país y la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional[78]. Esta situación de violencia armada interna[79] entre las dos partes salvadoreñas, es la que sirve como elemento diferenciador para calificar los hechos como un verdadero conflicto armado[80], porque, como se infiere del *factum*, no fueron meras situaciones de tensiones internas o de disturbios interiores[81].

Este marco contextual de conflicto armado interno obliga a observar los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949[82]. El citado artículo 3, común a estos instrumentos, norma indiscutiblemente de *ius cogens*, declara que, en caso de conflicto armado no internacional que suceda dentro de las altas partes contratantes[83], cada una de las partes en conflicto estará obligada a tratar con humanidad a las personas que no participen en las hostilidades. Y añade que respecto de estas personas «se prohíben, en cualquier tiempo y lugar […] los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas». Esta norma de *ius cogens* y, por tanto, como toda norma investida de este carácter, es de Derecho internacional —su fuente es el Derecho internacional (costumbre y tratado), su calidad es de especial importancia y es aceptada por la Comunidad internacional. Al carácter de *ius cogens* de esta norma se une, como consecuencia necesaria, las obligaciones que nacen de la misma[84]. En este caso, la de impedir las violaciones previstas en el artículo 3 común referido.

Por tanto, su carácter de *ius cogens* y s u consideración de derecho consuetudinario[85] es un

(delitos comunes) es el caso de *Nikola Jorgić*, juzgado en Alemania, en aplicación del principio de justicia universal. V. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Alemania, la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal, índice EUR 23/003/2008, Madrid, 2008, pp. 91-95.

[78] Sentencia, HHPP primero y segundo; y FFJJ octavo, noveno y décimo.

[79] Sobre los requisitos de los crímenes de guerra y la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales v. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., El principio de justicia universal y los crímenes de guerra, 2015, pp. 286-303.

[80] El TPIY, en el conocido caso ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, AC, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (IT-94-1-T), 2.10.1995, para. 70, declaró que en el conflicto armado de carácter no internacional se recurre a la violencia prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizaos o entre estos grupos dentro de un Estado.

[81] El artículo 1.2 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977, descarta que «las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos» sean conflictos armados.

[82] I Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio para para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra: y el IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

[83] El Salvador es Parte Contratante de los Convenios de Ginebra desde el 17 de junio de 1953; y España desde el 4 de agosto de 1952.

[84] V. sobre el concepto de crímenes internacionales de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, OLLÉ SESÉ, M., Crimen internacional y jurisdicción penal nacional, 2019, pp. 101-140.

[85] V. ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27 June 1986, Judgment, para. 218 a 220. El fallo de la Corte Internacional de Justicia declara que el artículo 3

elemento de extraordinaria importancia —independientemente de la efectiva calificación y condena por asesinatos terroristas— para valorar el reproche de la conducta de Montano al transgredir las más esenciales normas humanitarias que se cometen en conflictos armados sin carácter internacional, para la dosimetría punitiva y para ofrecer, de esta forma, una respuesta integral a las víctimas, al establecer la verdad judicial del contexto (conflicto armado no internacional) en los que se cometieron los crímenes (asesinatos terroristas) en El Salvador.

Al margen de todo lo expuesto, hay que recordar que las prohibiciones del artículo 3 común pasaron a ser objeto de sanción en el ámbito del Derecho penal internacional. Así el artículo 8.2.c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica, como crimen internacional en caso de conflicto armado no internacional, «las violaciones graves del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra» y, en concreto, y entre otros, «los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas» cometidos «contra personas que no participen directamente en las hostilidades»[86].

La importancia de la tipificación del conflicto armado no internacional en el Estatuto de Roma, deriva también por su correspondencia con el principio de complementariedad que rige, como eje principal, en el Estatuto de la Corte. No es necesario recordar que los hechos ocurrieron en 1989 y, por tanto, antes de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional (1 de julio de 2002). Pero sí que El Salvador es parte del Estatuto desde el 3 de marzo de 2016. La ratificación de éste del Estatuto de Roma supone la asunción de las obligaciones internacionales en la persecución, con carácter preferente, en su jurisdicción doméstica de, al menos, los crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional, como es el crimen de guerra.

El hecho cierto de que el Estatuto no estuviera vigente —ni tampoco existiera la Corte Penal Internacional, en el momento de la comisión delictiva— no significa que El Salvador ignore su obligación de perseguir judicialmente este crimen internacional, de origen consuetudinario —y, por tanto, anterior al nacimiento del Estatuto de Roma— respecto de los presuntos coautores mediatos y ejecutores materiales que no han sido juzgados.

Si El Salvador es parte del Estatuto, es porque asume esas obligaciones en la persecución de los crímenes internacionales de primer grado[87] y, como recuerda el preámbulo del Estatuto de Roma, está obligado a ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Por ello, debería proceder al enjuiciamiento, ante sus Tribunales nacionales, de todas las personas que presuntamente tuvieron intervención en los hechos y que permanecen en la impunidad. Además, recordemos que El Salvador denegó todas las extraciciones que solicitaron las autoridades españolas[88], por lo que, de acuerdo con el principio *aut dedere o aut iudicare*, El Salvador tenía y tiene la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, de sancionar a los responsables de estos crímenes que se encuentren en su territorio y, en caso contrario, conceder su extradición al Estado que está ejerciendo la jurisdicción por esos hechos.

común de las Convenciones de Ginebra cristalizó como derecho consuetudinario. En el mismo sentido ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, cit., para. 98.

[86] Sobre la regulación de los crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional v. LIÑÁN LAFUENTE, A., Los crímenes de guerra, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, pp. 443-472.

[87] Sobre la persecución universal de las infracciones graves de Derecho internacional humanitario v. MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., El principio de justicia universal y los crímenes de guerra, 2015, pp. 304-332.

[88] Fueron denegadas el 8 de mayo de 2012 y el 6 de febrero de 2016, por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

5. Coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder

El caso *Jesuitas* recuerda, en cuanto a la intervención punible, la vigencia del principio de responsabilidad penal personal por el hecho propio —como manifestación del principio de culpabilidad— por el que ninguna persona será condenada por hechos o conductas que no haya realizado materialmente y en el que no esté vinculado personalmente en forma dolosa o imprudente (*nulla poena sine culpa*)[89].

Esta garantía se revela especialmente importante en los supuestos de macro criminalidad y de criminalidad colectiva, con el fin de impedir la *transferencia indebida*[90] a una determinada persona de la responsabilidad penal de un hecho ajeno. La pertenencia a un colectivo organizado que comete conductas delictivas, no significa que todos sus miembros sean responsables por los hechos cometidos por algunos de ellos. Hay que determinar quién es autor y quién es partícipe del injusto penal, de acuerdo con los artículos 27 y 28 del Código Penal. Por ello, el principio de responsabilidad penal personal obliga a extremar las precauciones analíticas y de subsunción a la hora de otorgar el título de autor o partícipe a una persona concreta, en aquellos supuestos en los que interviene una pluralidad de personas, en función de su personal contribución al hecho. Pero también, con indudable acierto, la doctrina ha advertido del riesgo contrario, esto es, de que la responsabilidad personal de alguno de los intervinientes se diluya dentro de una responsabilidad colectiva amplia, cuando en la *conducta delicti*va común se involucran numerosas personas[91]. En estos casos, también existe la contingencia de que se le transfiera indebidamente una responsabilidad penal ajena a alguno de los intervinientes.

En supuestos de criminalidad estatal —como la del *caso Jesuitas*—, una modalidad de intervención punible es a través de estructuras criminales organizadas de poder. Esta singularidad se aleja de los patrones comunes de delincuencia, porque el delito se idea por los dirigentes, jefes o líderes del aparato y se materializa o ejecuta por otros miembros subordinados de la estructura criminal, que son los que finalmente materializan el hecho. Como se ha repetido hasta la saciedad estos últimos son los que se «manchan las manos». Esta distancia y contribución al hecho entre líderes e inferiores, o entre autores mediatos e inmediatos, no sólo no disminuye la responsabilidad de los organizadores respecto de los autores subordinados, sino que la incrementa[92], como expondremos seguidamente.

La idiosincrasia de esta criminalidad permite identificar, inicialmente, dos partes diferenciadas pero comunicadas en materia de autoría y participación. Por un lado, los líderes o cabecillas de esa estructura o aparato son los que idean, deliberan y deciden de mutuo acuerdo y, por tanto, conjuntamente la comisión de un crimen (coautoría). Y, por otro lado, transmiten la decisión delictiva final a otros miembros —que no han intervenido en la primera fase— para que materialmente la ejecuten, lo que convierte a cada uno de los líderes en coautores mediatos y a los ejecutores en autores.

Nuestro propósito en este trabajo se aleja de ofrecer los diferentes matices y discrepancias que la doctrina y la jurisprudencia doméstica y la de Tribunales internacionales han elaborado respecto de la

[89] V. dos acertados trabajos sobre este principio en: CUERDA RIEZU, A. R. El principio de constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas, ADPCP, 2009, pp. 157-209; y CUERDA RIEZU, A. R., El principio de constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas, ADPCP, 2009, pp. 211-252.
[90] CUERDA RIEZU, A. R., ADPCP, 2009, p. 212.
[91] MACULAN, E., Las formas de intervención punibles: autoría y participación, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, p. 234.
[92] *Ibidem.*

coautoría mediata. Partimos de que la conducta del coronel Montano, se encuadra en lo que denominamos coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder. La Sentencia descarta la «mera inducción», y la califica de «coautoría, dado el reparto de papeles dentro de una institución organizada, las Fuerzas Armadas». Y, a renglón seguido, la resolución condenatoria complementa la afirmación de la coautoría declarando que, «como anteriormente establecimos, nos encontramos ante la autoría de unos hechos cometidos mediante la utilización de un aparato organizado de poder, que no era otro que el Alto Mando de la Fuerza Armada, en cuyos puestos de máxima responsabilidad se encontraban los militares graduados en la llamada *Tandona*»[93].

La Sentencia, por tanto, acoge la figura de la coautoría mediata en aparatos organizados de poder, como se infiere de la motivación jurídica de la misma, al abordar tanto los requisitos de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, como los de la coautoría[94]. El juego de los artículos 27 y 28 de nuestro Código Penal permite la construcción de la coautoría mediata porque normativamente son autores quienes realizan el hecho «conjuntamente o por medio de otro», es decir, son autores los coautores y los autores mediatos.

A la hora de abordar la teoría de la intervención delictiva, partimos, frente a la teoría objetivo-formal, de la teoría del dominio del hecho predominante en la doctrina alemana, y acogida por nuestro Tribunal Supremo y por un amplio sector doctrinal español, y también por la Corte Penal Internacional. Esta teoría mixta (objetiva y subjetiva) —que considera autor, en los tipos dolosos, a quien detenta el dominio o control final del hecho típico—, iniciada, entre otros, por WELZEL, y perfeccionada por ROXIN[95], permite mejorar la comprensión de los conceptos de coautoría y autoría mediata. Es objetiva porque el autor detenta el dominio del hecho; está en sus manos, es *el dueño*, de la realización, conducción e interrupción del curso típico[96]. Y es subjetiva porque domina (voluntad) esa situación objetiva. En la autoría directa, el autor ostenta el dominio material del hecho: es él quien individualmente realiza los elementos del tipo. En la mediata, el autor tiene el dominio sobre la voluntad del autor inmediato, sobre la decisión de la ejecución, porque el mediato no realiza de propia mano los elementos típicos, no ejecuta la acción típica. Y en la coautoría, será autor el que tiene el dominio funcional del hecho: quien aporta una parte necesaria o esencial a la ejecución del plan global.

En el *caso Jesuitas* no existe un solo autor mediato, sino *coautores conjuntos mediatos*. Los miembros del Alto Mando Militar —entre los que se encontraba, el coronel condenado— *urdieron*, *planearon*, *acordaron* y *ordenaron*[97] la ejecución del crimen. De común acuerdo decidieron el asesinato, y de común acuerdo transmitieron la orden de la ejecución del plan criminal. Es decir, cada uno de los coautores aportó una parte necesaria o esencial a la ejecución del plan global. La coautoría mediata en aparatos organizados de poder ha sido desarrollada, aunque con diferentes matices y denominaciones, principalmente en el ámbito del Derecho penal internacional y de los tribunales penales internacionales[98]. Esta forma es la que denominamos coautoría conjunta mediata. Esta modalidad de

[93] Fundamento Jurídico (en adelante, FJ) noveno.
[94] El Letrado de la acusación popular en el informe final de la vista oral (artículo 734 LECrim) conceptuó la intervención del coronel y viceministro de seguridad, Montano, como coautoría conjunta en aparatos organizados de poder.
[95] V. ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho en Derecho penal.
[96] BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Lecciones de Derecho penal, parte general, Trotta, Madrid, 2006, pp. 398 y 399.
[97] Estos cuatro verbos son los utilizados por la Sentencia en el FJ octavo.
[98] V. de la Corte Penal Internacional, entre otras: ICC, PTC I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01/04-01/07), 30.09.2008, para. 525; y ICC, PTC I, *Prosecutor c. Omar Hassan Al Bashir*,

coautoría se construye de forma similar a la autoría mediata, pero se sustituye al autor mediato por los diferentes coautores que intervengan, de tal forma que son aplicables las reglas de la coautoría. Todos los intervinientes mediatos son coautores, porque todos, o entre todos, cometen conjuntamente y de mutuo acuerdo el hecho. La contribución de cada uno de ellos al hecho, el papel concreto que desempeñan individualmente, es esencial o necesario para la realización del plan común. Todos tienen el dominio funcional del hecho y a todos, de acuerdo con el principio de imputación recíproca, se les imputará la conducta del resto de autores y todos conjuntamente responderán por el delito cometido.

La decisión de asesinar a Ellacuría sin dejar testigos se acordó *conjuntamente* y de *mutuo acuerdo* por parte de los miembros del Alto Mando militar. Decisión que se adoptó por consenso, previo debate, y sin oposición de ninguno de los integrantes de esa organización criminal. Uno de esos coautores, fue el coronel y viceministro de seguridad Montano. Todos los intervinientes conocieron y aceptaron expresamente la realización del delito y todos conocieron y aceptaron su propia participación y, recíprocamente, la del resto de los autores. Esta decisión conjunta se acordó de forma expresa y previa a la comisión del asesinato, aunque también hubiera sido posible la coautoría sucesiva, si otros intervinientes hubieran accedido a la realización delictiva ya iniciada de forma (acuerdo) tácita y coetánea. La contribución de todos los coautores fue *esencial*, todos ellos integraban el Alto Mando Militar y todos, con su decisión, facilitaron y posibilitaron la ejecución del hecho, aunque ninguno de ellos realizara los actos ejecutivos del delito.

Por lo que respecta al ejecutor material del hecho o autor inmediato, este es el «instrumento» del que se sirve el autor mediato para la realización del hecho. En el Derecho penal doméstico (artículo 28 del Código Penal), es habitual que el autor inmediato que ejecuta materialmente el hecho carezca de responsabilidad penal, bien porque el autor mediato ha provocado en el inmediato un error o se ha aprovechado del mismo. Este error puede ser sobre la tipicidad al desconocer el significado de la conducta o sobre el carácter antijurídico de la conducta. También el sujeto inmediato estará exento de responsabilidad penal en aquellos casos en los que éste actúa bajo un estado en el que concurre una causa de coacción y, por tanto, de inexigibilidad de otra conducta diferente a la realizada (por ejemplo, miedo insuperable), o de inimputabilidad.

Sin embargo, también concurre la autoría mediata en supuestos en los que la responsabilidad penal es solidaria tanto para el autor mediato, como para el inmediato. Un supuesto es el de los intervinientes que pertenecen a aparatos u estructuras organizadas de poder. Tanto el mediato como el inmediato, con independencia de su concreta contribución, son responsables penalmente por el hecho cometido. En los aparatos organizados de poder el inicial binomio hombre de atrás-autor inmediato (*perpetrator behind the actor*), propio de la autoría mediata, se transforma, como ha señalado la doctrina, en «autor

Decision on the Prosecution´s Application for a *Warrant* of Arrest against Omar Hassan Al Bashir (ICC-02/05-01/09), 04.03.2009, paras. 201 y ss. MACULAN, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, pp. 252-254, se refiere sintéticamente a la coautoría mediata y, siguiendo a parte de la doctrina alemana, la desdobla en dos categorías: la coautoría entre autores mediatos y la autoría mediata en coautoría o autoría mediata conjunta. WERLE, G./ JESSBERGER, F., Tratado de Derecho penal internacional, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 2017, pp. 367-370, diferencian entre coautoría mediata y autoría mediata conjunta. Y OLÁSOLO ALONSO, H., Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 563-629, sistematiza las diferentes decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y de la Corte Penal Internacional, para denominarla como «coautoría mediata basada en la aplicación conjunta de la coautoría por dominio funcional y la autoría mediata por aparatos organizados de poder», distinguiendo dos situaciones: la de varios dirigentes que comparten el dominio respecto de una concreta estructura de poder, de la que se valen para la comisión del hecho; y la de varios dirigentes, que cada uno de ellos controla la totalidad o parte de una estructura organizada, cada uno de ellos dirige su aparato de poder, y todos ellos se coordinan para la ejecución del plan común.

detrás del autor» (*perpetrator behind the perpetrator*)[99]. El subordinado, en el primer caso, es penalmente irresponsable, mientras que en el segundo, sí lo es. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, reconoce expresamente la responsabilidad penal de quien comente un crimen competencia de la Corte «por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable» (artículo 25.3.a).

El profesor ROXIN fue el precursor en 1963 de la teoría conocida como del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras o aparatos organizados de poder[100]. La tesis de ROXIN nace de la insuficiencia para poder fundamentar la autoría de dirigentes políticos y comandantes militares que lideraban aparatos organizados de poder. Los postulados del célebre profesor alemán fueron aplicados por primera vez en Argentina en 1985, en el conocido como juicio a las Juntas Militares, por la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires, aunque posteriormente la Sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[101].

Otros Tribunales nacionales igualmente se hicieron eco de esta propuesta dogmática. Por ejemplo, fue en el caso conocido como de los disparos del *Muro de Berlín* (Tribunal Supremo alemán, 1994) en el que miembros del Consejo de Defensa Nacional de la República Democrática Alemana fueron condenados por los asesinatos producidos por sus guardias en el muro de Berlín. En Chile, Colombia y Perú (caso *Abimael Guzmán* y caso *Fujimori)* también tuvo acogida la teoría de ROXIN. Asimismo, los Tribunales penales internacionales *ad hoc* de Ruanda y de la Ex Yugoslavia, así como como la Corte Penal Internacional, han justificado el sentido de algunas resoluciones en la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, superando de esta forma los postulados de la teoría de la empresa criminal conjunta[102].

ROXIN se basa en tres pilares fundamentales: el poder de mando, el apartamiento del derecho y la fungibilidad de los ejecutores materiales. Después de la aplicación práctica de su teoría por Tribunales nacionales e internacionales, el académico alemán justificaba la utilidad de la misma en que «las democracias reinstauradas, tras la caída de las dictaduras, están tratando cada vez más de superar los crímenes de los regímenes anteriores mediante procesos respetuosos de los principios del estado de Derecho, con los cuales se haga responder penalmente a los anteriores detentadores del poder […] porque pone a la vista de los poderosos, de una manera que ojalá sea suficientemente preventiva, los riesgos que involucran el abuso de poder»[103].

Los elementos fácticos que concurren en el caso *Jesuitas* confirman que la intervención de Montano fue de coautoría conjunta mediata. En primer lugar, y como presupuesto general, existió previamente a la comisión de los hechos una *organización estructurada y jerárquica de carácter criminal*. Esta organización era el Alto Mando Militar que actuaba como un aparato organizado de

[99] OLÁSOLO ALONSO, H., Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, 2013, pp. 200 y 201.
[100] La reflejó inicialmente en su libro Täterschaft und Tatherrschaft. En España se publicó la traducción de su sexta edición alemana en 1998: ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo (trads.), Marcial Pons, Madrid, 1998.
[101] V. ROXIN, C., Dirección de la organización como autoría mediata, ADPCP, 2009, pp. 51-65. OLÁSOLO ALONSO, Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional, 2013, pp. 135 a 500 analiza de forma exhaustiva esta teoría a través de los diferentes casos acontecidos en jurisdicciones nacionales y tribunales penales internacionales. V. también OLÁSOLO ALONSO, H., Ensayos de Derecho penal y procesal internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 160-208; y MACULAN, en: Gil Gil, /Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, p. 250. GIL GIL, ADPCP, 2008.
[102] *Ibidem.* También FARALDO CABANA, P., Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 32-88, analiza algunos supuestos jurisprudenciales sobre la autoría mediata en aparatos organizados de poder.
[103] ROXIN, ADPCP, 2009, pp. 64 y 65.

poder. La estructura jerárquica permitía que todos sus integrantes conocieran las decisiones delictivas adoptadas y que todos quisieran la ejecución de las mismas.

En segundo lugar, el coronel Montano, como el resto de los coautores pertenecientes a ese aparato, gozaban de un específico *poder de mando*, en función del puesto que cada uno ocupada, dentro de la cadena de mando del Alto Estado mayor. Para Roxin, sólo puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente, tiene poder para impartir órdenes, y utiliza este poder para la realización del tipo[104]. Todos tenían facultades y capacidad para adoptar la decisión criminal del asesinato, y para impartir esas órdenes a los subordinados de la organización militar. Eran conocedores de que la orden expresa e impuesta de ejecutar materialmente el crimen se cumpliría de forma automática por los miembros del batallón Atlacatl, precisamente por el funcionamiento de la estructura del aparato organizado de poder. Este poder se ejercía verticalmente: los coautores mediatos, como parte del nivel superior, incrustados en la cúspide de la organización criminal, y como dominadores de la totalidad del aparato estatal, impartieron directamente la orden a los subordinados que ejecutaron materialmente el hecho y sabían que esa orden transmitida en el seno del aparato de poder, tendría consecuencias.

Las órdenes que, aunque hubieran sido circuladas por sucesivos niveles o mandos intermedios de poder de la estructura, no desvirtúan la coautoría mediata, porque «en los diferentes niveles de la jerarquía de mandos, puede haber muchos autores mediatos unos detrás de otros»[105]. Precisamente, el poder de mando se manifiesta en que la orden se imparte dentro del régimen formal y de legitimidad que preside la estructura del aparato dentro del Alto Mando Militar. Su consecuencia será que la orden se cumplirá por los subordinados, que actúan, no de forma independiente, sino como parte del aparato, de tal forma que, mientras el mediato domina el aparato, el inmediato domina la acción.

En cuarto lugar, otro elemento configurador en la proposición de ROXIN, es el apartamiento del Derecho del aparato organizado de poder[106], *ab initio* o desde un momento determinado[107]. El aparato, al ser un crimen de Estado, opera revestido de legitimidad, pero actúa al margen del Derecho nacional e internacional[108], prevaliéndose, además, de todos los medios materiales y personales, que le proporciona el Estado. Actúan *extra* muros del Derecho, al que desobedecen, y sabedores de que su conducta criminal no está limitada por ninguna otra autoridad. El propio ROXIN, después de algunas críticas doctrinales recibidas, argumentó que el apartamiento del Derecho por parte del aparato no tiene que ser completo, sino sólo en el marco de los tipos penales que realiza. Y que esta desviación se evaluará en el momento de su consideración, y no necesariamente conforme a sistemas jurídicos pasados. Por ello, concluye el jurista teutón respecto de este requisito, que el sistema o «el subsistema de un Estado» tiene que trabajar delictivamente, «al margen del Derecho», para que las órdenes de los sujetos de atrás se culminen con éxito[109].

---

[104] ROXIN, ADPCP, 2009, p. 59.
[105] *Ibidem*.
[106] ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 275 y 276.
[107] MACULAN, en: Gil Gil/Maculan (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., 2019, p. 251, advierte que este elemento de la teoría de Roxin es discutido en la doctrina científica y la Corte Penal Internacional tampoco lo acoge, como se demostró en la Sentencia dictada contra Katanga.
[108] FARALDO CABANA, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, 2003, p. 208, observa que el apartamiento del Derecho no sólo será del ordenamiento jurídico interno, sino también, y particularmente, del ordenamiento internacional. Esta autora se refiere a un derecho «suprapositivo» constituido por los principios fundamentales del Derecho internacional.
[109] ROXIN, ADPCP, 2009, p. 60.

En quinto lugar, también brota como presupuesto subjetivo y elemento decisivo, en la teoría de ROXIN, la fungibilidad o sustituibilidad del ejecutor material que completa la realización del tipo[110]. Los subordinados o autores inmediatos finales que ejecutan materialmente el hecho, actúan como «ruedecillas» de una maquinaria, o aparato criminal, perfectamente ensamblado. Es irrelevante quién ejecutará el hecho, porque el (co)autor mediato sabe que si el inmediato se niega, la organización, de acuerdo con el engranaje de la máquina, proveerá otro ejecutor material[111]. Lo fundamental en esta fungibilidad es que el instrumento no es la persona ejecutora del hecho, sino la organización y la pertenencia a ella de otros posibles ejecutores garantiza el resultado[112]. El ejecutor directo es libre y responsable, «[p]ero estás circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es, al mismo tiempo, un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer»[113]. La Corte Penal Internacional, en la Sentencia de *decision on judgment* contra *Katanga*, tildó a esta fungibilidad como de «automatismo funcional»[114]. Así, el (co)autor mediato es imprescindible, mientras que el inmediato es prescindible.

ROXIN, en el año 2007, después de las observaciones de SCHROEDER, añade a su argumentación que el ejecutor tiene una elevada predisposición a la realización del hecho ilícito. El autor material demuestra una alta disponibilidad para cometer el delito, lo que repercute favorablemente en el (co)autor mediato porque se refuerza su dominio del hecho, ya que el hombre de atrás impondrá la orden al ejecutor con mayor seguridad gracias a la predisposición ejecutiva de éste[115].

En el terreno de la imputación subjetiva, el (co)autor mediato actúa con conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo. La voluntad del autor mediato —que domina la voluntad de la organización— se transfiere, a través de la pertinente orden, al inmediato material quien ejecutará el hecho. Por ello, hay que probar que la voluntad finalmente realizada por el inmediato, es la voluntad del mediato, porque aquél es parte del aparato en el que se encuentra entroncado.

Como ya hemos apuntado, la responsabilidad del coautor mediato no se diluye por el distanciamiento respecto del mediato. Roxin ya advirtió sobre este extremo subrayando que la responsabilidad penal aumenta respecto del autor que más próximo esté a los puestos superiores de la cadena de mando, porque la pérdida de proximidad al hecho del autor mediato se compensa con el dominio de la organización que aumenta progresivamente según se asciende en la escala jerárquica del aparato[116]. En los supuestos comunes de coautoría, el dominio del hecho se descompone a medida que el coautor se aleja del resultado delictivo. Cuanto más se acercan los intervinientes a la cúpula directiva de la estructura, mayor será su responsabilidad, porque mayor será el dominio sobre el aparato. Por ello,

---

110 ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 270 y 271.
111 Para FARALDO CABANA, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, 2003, p. 89, lo importante es que existan suficientes personas dentro de la organización para proceder al reemplazo en el momento de dictar la orden, si alguno de los miembros se niega actuar.
112 ROXIN, ADPCP, 2009, p. 61.
113 ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 271.
114 ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, TCII, Judgment pursuant to article 74 of the Statute (ICC- 01/04-01/07), 7.03.2014, para. 1409. Katanga finalmente no fue condenado como autor mediato del artículo 25.3 a) del Estatuto de la Corte, sino por contribución de algún modo en la comisión de un crimen (artículo 25. 3 d)).
115 ROXIN, ADPCP, 2009, p. 64.
116 ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 1998, p. 272.

se justifica la mayor responsabilidad en los miembros del aparato que se sitúan en su cúspide en el dominio absoluto de la estructura criminal.

Esta mayor reprochabilidad punitiva se fundamenta, asimismo, porque, como hemos avanzado, los coautores mediatos que se asientan en la cúspide del aparato ejecutan sus conductas dentro de un marco de legitimidad formal, pero perversa, ya que dentro de esa estructura formal (fuerzas armadas y Alto Mando Militar) componen el aparato criminal desviado, y utilizan su poder legítimo para cometer y encubrir delitos.

La Sentencia del caso *Jesuitas* adquiere una especial relevancia en el marco jurisprudencial español al aplicar nuestros Tribunales, por primera vez en un supuesto de criminalidad estatal, lo que denominamos la coautoría conjunta mediata en aparatos organizados de poder, con encaje en el artículo 14 del derogado Código Penal de 1973[117].

6. Terrorismo desde el Estado

La resolución pronuncia la condena por delitos de terrorismo, concretamente, por cinco «asesinatos de carácter terrorista». Esta calificación se fundamenta, en esencia, del siguiente modo:

> «Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de *un grupo, estable y permanente que, desde las más altas estructuras del poder en El Salvador*, compuesto por el propio Presidente de la República, por el Ministro de Defensa , el Viceministro de Defensa, el Viceministro de Seguridad Pública, cargo éste ocupado por Inocente Orlando Montano Morales, el Jefe del Estado mayor y el Subjefe de Estado mayor, que, con la colaboración y apoyo de los oficiales de alto rango que, pertenecientes a la llamada "Tandona" habían llegado a ocupar cargos de alta responsabilidad en las Fuerzas Armadas y en los Cuerpos de Seguridad del Estado, *y mediante la utilización de la violencia y la comisión de graves delitos, que causaron la alarma, alteración grave de la paz y la convivencia ciudadana, cercenando el camino hacía el diálogo y la paz*, con el único fin de perpetuar sus privilegiadas posiciones; *cometieron los asesinatos después de intentar hacer creer a la opinión pública que tanto Ignacio Ellacuría como el resto de sacerdotes que trabajaban como profesores de la UCA, especialmente Ignacio Martín Baró y Segundo Montes Mozo, pertenecían al liderazgo intelectual del Frente para la Liberación Nacional Farabundo Martí* [FMLN], generando la falsa afirmación de la existencia de un enemigo infiltrado en las estructuras de la sociedad, que actuaban como agentes de una confabulación socialistacomunista y que tenía como fin terminar con los valores aceptados como propios y absolutos por quienes detentaban el poder; y, *dejando de lado los procedimientos constitucionales y legalmente establecidos,* del debido proceso, para la determinación de la comisión de un delito, proceder a imponer, clandestinamente, medidas de sanción prohibidas por el orden jurídico constitucionalmente proclamado, como la de la ejecución extrajudicial, adopción de *medidas de violencia contra víctimas inocentes que contribuyeron a reforzar la eficacia del terror»* (FJ 7º, sin cursiva en el original).

Para poder someter a análisis y valorar este aspecto de la Sentencia —la defensa puso en cuestión la calificación como delitos de terrorismo de los hechos enjuiciados—, es necesario, en primer lugar, esbozar sintéticamente los problemas que presenta la definición general y jurídica del terrorismo, para

[117] V. sobre la derogada regulación de la autoría mediata v: GIMBERNAT ORDEIG, E., Autor y cómplice en Derecho penal, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pp. 215-298.

comprobar a continuación si las actividades conocidas como «terrorismo de Estado» o «desde el Estado» pueden encuadrarse en esa definición, tal y como hace la resolución que aquí se comenta, y verificar, finalmente, si la subsunción concreta hecha en la Sentencia resulta acertada.

7. La noción y el término «terrorismo»

a) El fenómeno del terrorismo

Resulta difícil aprehender lo que es «terrorismo». Tanto para el discurso jurídico como para otras disciplinas en las ciencias sociales, es un lugar común subrayar el carácter proteico del fenómeno terrorista[118]; puede decirse, incluso, que «…en las ciencias sociales es… uno de los términos más esquivos»[119].

Uno de los elementos que aquí llaman la atención, desde un principio —y resulta de especial relevancia en relación con la resolución a analizar—, es que la palabra terrorismo presenta en su uso habitual una acepción muy reducida frente a lo que podría dar a entender su significado como «dominación por el terror» (la primera acepción que ofrece el diccionario de la RAE): no se incluye, en principio, en el lenguaje común en el término «terrorismo» la actuación de órganos estatales: la actividad que denominamos «terrorismo» es la de grupos que se oponen a un Estado (ésta es la tercera acepción en el diccionario de la RAE: «actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos»)[120]. A pesar de esta realidad en el lenguaje, lo cierto es que la utilización de una violencia política que se puede llamar *terrorista* (en el sentido de la definición de la primera acepción del término en el diccionario de la RAE: que persigue la dominación de otras personas mediante el terror), como es sabido, surge históricamente como mecanismo de dominación desde el *proto*-Estado[121], al estabilizarse con la agricultura una estructura social estratificada y diferenciándose unos grupos de población que se nutrían de los excedentes de los productores, obteniéndolos mediante la amenaza y el uso efectivo de formas de violencia organizada destinada a mantener la situación de sumisión[122]. En términos históricos, por lo tanto, puede afirmarse que en el principio fue el terror de Estado, o, al menos, desde el poder[123].

---

[118] Además de las dificultades de definición que derivan de la propia materia, de la fenomenología de las diversas organizaciones y actividades terroristas en distintas épocas y territorios, un factor decisivo en estas dificultades en delimitar el alcance del concepto es que ya la utilización del término es objeto de confrontación política: una «palabra como un hacha» (SCHEERER, Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien, 2002, p. 19) que se blande como arma propagandística, lejos de objetivos de mero conocimiento.

[119] ROLDÁN BARBERO, Los GRAPO. Un estudio criminológico, 2008, p. 3; cfr., por ejemplo, las referencias en este sentido recogidas por CAPITA REMEZAL, Análisis de la legislación penal antiterrorista, 2008, pp. 21 y ss.

[120] Cfr. sólo CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto, 2010, pp. 62 y ss., con ulteriores referencias.

[121] V. el análisis etnológico del terror como mecanismo de dominación en diversas formas de sociedad realizado por CARO BAROJA, Terror y terrorismo,1989, pp. 49 y ss.

[122] GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), Políticas del miedo. Un balance del terrorismo en Europa, 2002, p. 36.

[123] Con independencia de que se coincida en ubicar el nacimiento del *término* terrorismo a la política conocida como *terreur* durante cierto período inicial de la Revolución francesa bajo liderazgo de *Robespierre*. Cfr. la exposición DE LA CORTE IBAÑEZ, La lógica del terrorismo, 2006, pp. 36 y ss., y la variada enumeración de diversas aproximaciones conceptuales en el campo de las ciencias sociales hecha por GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), Políticas del miedo, 2002, pp. 42 y ss.

Sin embargo, como se ha indicado, aquí no es de este terrorismo del que se habla, sino que, usando el término en el sentido habitual en el lenguaje común[124] y jurídico- penal, se trata de aquel otro terrorismo que puede identificarse como «violencia *desde abajo*»[125], «violencia revolucionaria»[126], «insurgente»[127], «rebelde»[128], o «terrorismo subestatal»[129]; un fenómeno de aparición histórica mucho más reciente que la utilización del terror como mecanismo de dominación política, y cuyo nacimiento hay que ubicar tan tarde como a finales del siglo XIX. En este sentido, es cierto que existe un cierto número de precedentes del uso sistemático y aleatorio de violencia (no estatal) intensa con fines políticos: en la Antigüedad, se hace referencia a los zelotas y los sicarios —grupos religiosos fundamentalistas judíos—; en la Edad Media, se menciona a los Asasinos- asesinos, un grupo sectario chií que practicó el asesinato político sistemático (no tanto contra los cruzados con los que convivieron, sino contra dirigentes de la mayoría suní) en Oriente Medio; en tiempos modernos, finalmente, está el grupo religioso de los *thugs* en la India, que cometían asesinatos aleatorios mediante estrangulamiento; todos ellos, casos de grupos de orientación religiosa[130]. Sin embargo, y a pesar de que en cierto número de estudios, suele comenzarse la presentación histórica del fenómeno del terrorismo con esta clase de organizaciones históricas dedicadas al asesinato político, lo cierto es que la aparición del terrorismo moderno —una intensificación cualitativa y reorientada a la subversión del viejo mecanismo de la intimidación masiva— está vinculada a la existencia de grandes aglomeraciones urbanas y de medios de comunicación de masas[131], instrumentos esenciales para el funcionamiento de la estrategia terrorista. En consecuencia, existe cierto consenso respecto de que el terrorismo como fenómeno social tal y como lo conocemos, no arranca, en realidad, hasta finales del siglo XIX: «Sólo los medios de comunicación de masas de la era moderna provocan que un atentado violento aislado puede generar una sensación general de inseguridad e intimidación… Constituyen el mecanismo de traducción…, la cuerda de transmisión entre el hecho aislado y sus consecuencias socio-psicológicas»[132]. En plena coherencia con ello, el medio de comunicación por excelencia del actual terrorismo de alcance planetario surgido en el mundo

[124] Señala acertadamente que se ha impuesto la hegemonía de la acepción de «terrorismo» referida sólo al terrorismo no estatal —hasta el punto de que en este mismo apartado es necesario adjetivarlo— en el discurso político TERRADILLOS BASOCO, Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1988, pp. 20 y s.

[125] AULESTIA URRUTIA, Historia general del terrorismo, 2005, p. 12.

[126] WALZER, Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos, 2001, p. 269.

[127] GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), Políticas del miedo, 2002, p. 65

[128] SCHEERER, Zukunft des Terrorismus, 2002, pp. 30 y ss.

[129] DE LA CORTE IBAÑEZ, La lógica del terrorismo, 2006, p. 27.

[130] V., por ejemplo, las exposiciones en WALDMANN, Terrorismus. Provokation der Macht, 1998, pp. 40 y ss.; SCHEERER, Zukunft des Terrorismus, 2002, pp. 47 y ss. 50 y ss.; GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), Políticas del miedo, 2002, pp. 42 y ss.; DE LA CORTE IBAÑEZ, La lógica del terrorismo, 2006, pp. 23 y s., todos con ulteriores referencias.

[131] V. sólo DE LA CORTE/DE MIGUEL, en: Cancio Meliá/Pozuelo Pérez (ed.), Política criminal en vanguardia, 2005, pp. 325 y s.; VERES, Los lenguajes del terrorismo. Sobre medios de comunicación y nuevos terrorismos, 2017, pp. 125 y ss., ambos con ulteriores referencias.

[132] WALDMANN, Terrorismus, 1998, p. 57; v. también las referencias históricas en pp. 56 y ss.; cfr. GONZÁLEZ CALLEJA, en: *idem* (ed.), Políticas del miedo, 2002, pp. 52 y ss.; v. También, por ejemplo, el análisis evolutivo de las distintas «oleadas» de terrorismo insurgente desde aproximadamente 1880 en DE LA CORTE IBÁÑEZ, La lógica del terrorismo, 2006, pp. 27 y ss., con ulteriores referencias

árabemusulmán y que suele denominarse «yihadista» o «islamista»[133], como es sabido, es el medio de comunicación más amplio, más accesible, más global que nunca ha existido: Internet[134].

b) Terrorismo y Derecho Penal: negación y desdibujamiento

En lo que se refiere a la traducción jurídico-penal del fenómeno, esto es, de la definición del terrorismo en cuanto actividad delictiva, hay que reseñar que existen significativas voces que se muestran, desde diversas perspectivas, contrarias a la existencia misma de delitos de terrorismo: porque piensan que bastaría con los delitos comunes, y consideran que la tipificación penal del terrorismo siempre implica una manipulación ideológica; o porque piensan que el terrorismo debe considerarse un *tertium* entre crimen y guerra, un campo a regular de modo separado a través de un «Derecho penal del enemigo». Sin embargo, estas críticas generales, de principio, a la criminalización específica del terrorismo —esto es, la propuesta de su abolición— no son, desde luego, lo que determina la agenda legislativa en la materia, ni pueden estimarse mayoritarias en el análisis jurídico[135]. La realidad de las legislaciones penales occidentales en este ámbito está en que se advierte cómo el concepto de terrorismo no sólo no se abandona en la legislación penal, sino que, al contrario, cada vez se ensancha más el campo de los delitos de terrorismo, incluyendo nuevas figuras que llevan la anticipación de la intervención penal antes de la producción de una lesión concreta a fronteras cada vez más alejadas.

Esta evolución de las legislaciones penales es coherente con la evolución de la nueva oleada de terrorismo: parece que en múltiples aspectos, va perfilándose que se está materializando el adverso «escenario dos» esbozado por SCHEERER después de los atentados de 2001[136]: la lógica perversa de la «guerra» contra el terrorismo ha envenenado la estructura política de los países de Occidente (y con ello, las bases de los sistemas penales), y el fenómeno del terrorismo se ha convertido en una magnitud de uso permanente en política, que lastra todo el entramado de las relaciones internacionales — usada como elemento de nuevas formas de dominación imperial— y pone en tensión los ordenamientos jurídicos internos. Desde la perspectiva específica de los ordenamientos penales en los países que pueden ser calificados de Estados de Derecho, la lista de transformaciones negativas es larga: así, por ejemplo, hay varias jurisdicciones occidentales «normales» —como es el caso de España— que llegan a nuevas fronteras de la definición de delitos, criminalizando la posesión o lectura de determinados textos,

[133] Aunque esta terminología no resulta adecuada para identificar la oleada terrorista de la actualidad, que entra en la conciencia mundial con los ataques en EE.UU. el día 11.9.2001: «yihad» significa en el marco religioso islámico tanto guerra santa (contra el infiel) como, sobre todo, el esfuerzo personal de mejora en su fe religiosa del creyente. Una caracterización más exacta subrayaría que se trata de un terrorismo transnacional de origen árabe-musulmán, en el que juegan un papel decisivo la humillación histórica del mundo árabe por el dominio colonial directo (sobre todo, Gran Bretaña y Francia) primero, y postcolonial después, hasta la actualidad, de Occidente (esto es, sobre todo, los EE.UU.), a través de regímenes títere autoritarios, y el trauma del establecimiento por la fuerza de las armas del Estado de Israel en Palestina (v. sobre todo este proceso sólo HOURANI, A History of the Arab Peoples , 2013, pp. 315 y ss., 323 y s., 358 y ss.) por un lado, y, por otro, una determinada interpretación del islam que pretende dotar de unidad cultural al *movimiento* y «viste el santo», *sit venia verbo*, del programa político de control del mundo árabe (y musulmán) por parte de las organizaciones insurgentes, ante todo, *Al Qaeda* y *Daesh* (por ello, tampoco parece correcto hablar de terrorismo «islamista»).

[134] V. un supuesto en el que se le reprocha al acusado como actividad típica que debe encuadrarse como de pertenencia a una organización terrorista precisamente la elaboración de una página web, Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 31 de marzo de 2006, y STS 119/2007, de 16 de febrero.

[135] V. sólo CANCIO MELIÁ, en: Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (ed.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, pp. 95 y ss.; *idem*, en: Petzsche/Metzler/Heger (ed.), Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit — historische Erfahrungen und aktuelle Herausforderungen, 2019, pp. 159 y ss.; respecto del peculiar caso español en torno a la *glorificación* del terrorismo, v. IDEM/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal, 2019, *passim.*

[136] SCHEERER, Zukunft des Terrorismus, 2002, pp. 105 y ss.

la mera «difusión de consignas» o la «colaboración imprudente» con una organización o un autor terroristas[137]. Aparece en este contexto también en el horizonte la posibilidad de la «invención»[138] de un concepto consuetudinario de terrorismo en el Derecho penal internacional —con los riesgos que generaría, desde la perspectiva occidental, compartir una definición de terrorismo con países con sistemas jurídico-constitucionales incompatibles con los criterios de legitimidad básicos en nuestro ámbito—, mientras en general, la ampliación y pérdida de contornos en los conceptos de terrorismo que se manejan en los ordenamientos nacionales parece una tendencia común[139], en la que hay tanto procesos de «migración» de diversos modelos de regulación —siempre, los particularmente laxos en definiciones y duros en las consecuencias sancionatorias— en el plano internacional[140] como de «contaminación» de las normas «ordinarias» de los sistemas penales por la regulación de excepción del Derecho Penal antiterrorista dentro de cada ordenamiento nacional[141].

En suma: puede pensarse que el terrorismo —o más bien: la pérdida de contornos del alcance de este concepto— está en la vanguardia de una transformación estructural del ordenamiento jurídico-penal[142], en la que definitivamente se pasaría el límite entre el Derecho reactivo y un ordenamiento orientado exclusivamente a la prevención fáctica[143], comportando la criminalización de comportamientos sin lesividad específica únicamente con base a determinados indicadores relativos al autor de la conducta (esto es, un Derecho penal de autor).

Esta evolución parece especialmente acentuada en España, pues la reforma del Derecho penal antiterrorista acordada por los dos grandes partidos estatales en 2015 (en la LO 2/2015) ha desdibujado los límites del concepto de terrorismo (esto es: el concepto legal-extensivo[144] desborda con mucho el campo de lo que podría calificarse de terrorismo de acuerdo con un análisis empírico del fenómeno). De hecho, ha habido ya procesos en los que desde un principio parecía muy discutible la calificación inicial

[137] Dejando de lado el peculiar modelo «multinivel» (guerra en sentido estricto, jurisdicción penal, mera violencia amparada por el poder ejecutivo mediante ejecuciones extrajudiciales) de los EE.UU., parece que dentro del grupo de los países occidentales, Australia, España y el Reino Unido ocupan una posición destacada a la hora de ampliar el alcance de la criminalización a áreas antes fuera de cualquier tipificación penal; v. por ejemplo, respectivamente, HARDY/WILLIAMS, en: Lennon *et al.* (ed.), Counter-Terrorism, Constitutionalism & Miscarriages of Justice, 2018, *passim*; CANCIO MELIÁ, Derecho Penal Contemporáneo, 55 (2016), pp. 37 y ss.; WALKER, Terrorism and the Law, 2011, paras 5.10, 5.33, 5.42, 5.87, 5.90; resulta particularmente llamativa la existencia —tanto en Australia como en el Reino Unido— de medidas de un nuevo género, la detención u otras medidas coactivas impuestas con carácter puramente preventivo (cfr. respecto del Derecho inglés, y con carácter general, ASHWORTH/ZEDNER, Preventive Justice, 2014, pp. 74 y ss., 144 y ss.; específicamente respecto del terrorismo, pp. 181 y ss.; v. respecto de la enmarañada legislación australiana, HARDY/WILLIAMS, en: Lennon, G. *et al.* [ed.], Counter-Terrorism, 2018).

[138] V. sólo AMBOS/TIMMERMANN, en: Saul (ed.), Research Handbook on International Law and Terrorism, 2014, pp. 20 y ss.; WESTRA, Faces of State Terrorism, 2012, pp. 5 y ss.

[139] Cfr. el intento de sistematización de SAUL, en: Lennon/Walker, Routledge Handbook of Law and Terrorism , 2015, pp. 19 y ss., 32: son muchos los Estados que han utilizado la efervescencia de activismo internacional contra el terrorismo —y, en particular, ya la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas— «…para definir el terrorismo en función de sus propios objetivos políticos o camuflar de este modo ataques a los derechos civiles y políticos fundamentales»; cfr. también PÉREZ CEPEDA, en: Serrano Piedecasas/Demetrio Crespo (dirs.), Terrorismo y Estado de Derecho, 2010, pp. 53 y ss.; GUZMÁN DÁLBORA, en: Ambos *et al.* (ed.), Terrorismo y Derecho Penal, 2015, pp. 401 y ss., 414 y ss.

[140] V. sólo ROACH, en: Lennon/Walker: Routledge Handbook, 2015, pp. 68 y ss.

[141] Cfr. por ejemplo CANCIO MELIÁ, New Criminal Law Review 14 (2011), pp. 108 y ss., 122 y ss.

[142] CANCIO MELIÁ, en: Jakobs/idem, Derecho penal del enemigo, 2ª ed. 2006, pp. 87 y ss., 88.

[143] Cfr. sólo WALKER, Criminal Law Review 2004, p. 311; en general, ASHWORTH/ZEDNER, Preventive Justice, 2014, *passim*; recurriendo (de distintas maneras) al concepto de «Derecho penal» del enemigo para «medir» el apartamiento de la «normalidad» de las normas positivas o su interpretación, v. sólo CANCIO MELIÁ, Jueces para la democracia 44 (2002), pp. 19 y ss.; IDEM, Los delitos de terrorismo, 2010, pp. 24 y ss., 77 y ss.; LLOBET ANGLÍ, M., Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático, 2010, pp. 235 y ss., 261 y ss.; GIL GIL, ADPCP, 2014, pp. 105 y ss., 108 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J.M., Nuevo Foro Penal 12 (2017), pp. 18 y ss., 30 y ss.

[144] Cfr. CANCIO MELIÁ, en: Molina Fernández (coord.), Memento Penal 2021, 6.ª ed., 2020, n.m. 18542 y ss.

de los hechos enjuiciados como delitos de terrorismo, y en los cuales, bajo la cobertura de la nueva definición laxa de terrorismo en el art. 573 CP, se ha mantenido, sin embargo, esa calificación por la Fiscalía[145].

c) Un concepto jurídico de terrorismo

Sin embargo, lo cierto es que el terrorismo es un fenómeno antiguo y bien conocido, y perfectamente susceptible de ser definido: se trata de la subversión violenta de un orden legítimo perseguida a través de un determinado mecanismo simbólico: *violent language*, no *senseless violence*[146], esto es, el terrorismo es ante todo teatro[147]. Ha de comprenderse como un peculiar lenguaje violento, como método que consiste en usar la violencia indiscriminada para intimidar a la ciudadanía y formular reivindicaciones políticas frente a un Estado al margen del sistema constitucional.

En este sentido, traducido el fenómeno al mundo del delito, el injusto de los delitos de terrorismo consiste en la arrogación política de un ámbito de organización genuinamente estatal (los elementos básicos de la toma de decisiones colectivas), es decir, que se trata, por un lado, materialmente de delitos contra la Constitución. Por otra parte, suponen siempre concretas infracciones que atentan gravemente contra bienes jurídicos individuales, seleccionados para generar intimidación masiva. En consecuencia, puede afirmarse que el terrorismo en sentido estricto está esencialmente vinculado a dos factores de lesividad social: por un lado, a factores colectivos tanto en el lado de la conducta infractora (la especial peligrosidad que emana de la organización colectiva) como en el lado de los destinatarios (el programa político que conforma la proyección estratégica del terrorismo). Por otro lado, como es obvio, el

---

[145] Así ha sucedido respecto de determinadas acciones de bloqueo y disturbios menores (cortes de carretera, apertura de estaciones de pago de peaje) realizadas por parte de los llamados «Comités de Defensa de la República» en Cataluña: la acusación pretendía que se procesara a una de las líderes de esos colectivos por delito de terrorismo (en la hipótesis del art. 573 bis 4. CP: incitación a desórdenes públicos graves de los arts. 557 y 557 bis CP). En esta ocasión la autoridad judicial (cfr. el auto del Juzgado Central de Instrucción número 6 de noviembre de 2018) descartó de plano tal interpretación ya en instrucción, rechazando su competencia y remitiendo las actuaciones al tribunal ordinario al que le incumbe enjuiciar delitos de desórdenes públicos (sin necesidad de mucha argumentación, porque como resulta evidente y deriva de la simple lectura del art. 573 bis 4. CP, los desórdenes públicos [graves, del art. 557 bis CP] sólo pueden entrar en el ámbito de la regulación especial de los delitos de terrorismo «cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos», y resulta obvio que no hay organización o grupo terrorista en el momento actual en el contexto del separatismo catalán) ; v . , por ejemplo, la noticia en https://www.lavanguardia.com/politica/20180412/442484770448/juez-libertad- tamara-carrasco-cdr.html (último acceso 6.10.2018); finalmente, la acusada ha resultado absuelta en primera instancia del delito de desórdenes públicos común del que se la acusaba; v. https://www.elperiodico.com/es/politica/20201006/sentencia-tamara-carrasco-absolucion-8144080 (último acceso 23.10.2020). Tampoco ha merecido la calificación de terrorismo (aunque sí una severísima condena por lesiones y atentado) —a pesar de que la sostenía, de nuevo, la Fiscalía (cfr. también el auto del Juzgado Central de Instrucción número 3 de 25 de octubre de 2016 que admitió la competencia de la jurisdicción especial de la AN, que habla de la llamada «alternativa KAS» —un plan de acción del separatismo vasco nucleado en torno a ETA y Herri Batasuna—, de los años ochenta del siglo pasado, y de ETA [FJ 1], como si no hubiera pasado nada desde entonces) — una agresión física a miembros de la Guardia Civil (por el hecho de serlo) ocurrida en Navarra (*caso Altsasu/Alsásua*; sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 1ª 17/2018, de 1 de junio). En todo caso, en este ámbito se observa con claridad que todo delito de terrorismo, si no queremos alejarnos del sentido común, de la directiva de la Unión Europea de 2017, de la tradición jurídica española y del significado de las palabras en el lenguaje común, implica la utilización de violencia gravísima contra personas para generar terror en la ciudadanía. Si no hay hechos violentos contra personas destinados a generar una intimidación masiva de la población, no puede haber terrorismo en un Estado de Derecho. Son Estados autoritarios los que extienden la noción de terrorismo para abarcar hechos delictivos comunes o incluso la mera disidencia política. Lo que procede, por el contrario, es exigir siempre la concurrencia del programa de subversión política y la presencia de violencia armada contra personas concretas, aparte de la génesis de terror que da nombre al delito.

[146] SCHMID/DE GRAAF, Violence as Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media, 1982, p. 1; v. sobre el lenguaje del terrorismo y lo que implica, por ejemplo, VERES, Los lenguajes del terrorismo, 2017, pp. 90 y ss., 129 y ss.

[147] VERES, Los lenguajes del terrorismo, 2017, pp. 129 y ss.

terrorismo siempre implica (debido al uso del instrumento de la intimidación masiva, que requiere de la violencia contra personas) la lesión de bienes jurídicos individuales de gran relevancia, cuya producción, además, significa una específica instrumentalización/despersonalización de los titulares.

Sumando y sintetizando estas características, cabe definir el delito de terrorismo, en cuanto infracción diferenciada de las correspondientes figuras comunes, con ayuda de tres elementos: como aquella infracción criminal que, cometida en un contexto colectivo, hace uso de violencia grave en una estrategia de terror indiscriminado para alcanzar un objetivo político.

8. Terrorismo de Estado y terrorismo desde el Estado

a) El uso de la intimidación masiva por y desde el Estado

La utilización del instrumento de la intimidación masiva surge históricamente como elemento de distintas formas de dominación social; a pesar de ello, el término «terrorismo» queda habitualmente reservado para los actos llevados a cabo «desde abajo» cuando se define el terrorismo como actividad delictiva. ¿Qué sucede cuando la técnica de la intimidación masiva parte del propio Estado? ¿Supone alguna dificultad para la calificación como delitos de terrorismo de los hechos la circunstancia de que se tratara de personas que actuaron desde dentro del Estado, ocupando posiciones de máxima relevancia institucional, tanto en el ejército como en el gobierno civil de El Salvador?

Parece razonable distinguir dos hipótesis[148]: que todo el Estado sea la organización que lleva a cabo una estrategia de comunicación que cabe calificar de terrorista, esto es, el *terrorismo de Estado* en sentido estricto. Se trataría, entonces, de un Estado terrorista como especie del género de un Estado constituido en «sistema de injusto»[149]. La utilización del terror *por parte del Estado en su conjunto*, la cuestión del *Estado terrorista*, no se plantea como problema jurídico-penal en un sistema jurídico-constitucional legítimo, como es obvio —y mucho menos en un Estado autoritario[150]. Dicho de otro modo: desde la perspectiva del ordenamiento jurídico del Estado en cuestión no se puede concebir que su actuación como tal sea *terrorista*: obviamente, no va a dirigir el *hacha* del término contra sí mismo. Jurídicamente, por lo tanto, ha de tenerse en cuenta que hablar de *terrorismo de Estado* en este sentido no es una calificación jurídico -penal: si se trata de una actuación del Estado *ad extra*, en el plano internacional (por ejemplo: llevando a cabo un ataque armado contra la población civil de otro Estado o territorio; ejecutando a distancia a determinadas personas ubicadas en otro Estado, sin procedimiento alguno) que pudiera ser calificada de «terrorista», o, *ad intra*, de un Estado autoritario que hace uso del terror como técnica de gobierno (como las dictaduras nazi o estalinista[151], no hay más instrumento externo a ese ordenamiento que los delitos de lesa humanidad y/o cometidos en un conflicto armado[152], pero no cabe la calificación jurídico- penal de terrorismo, ya que éste no existe como tal en el Derecho Penal internacional. Como antes se ha indicado, no existe ni parámetro jurídico-internacional ni

[148] Cfr. ya CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo, 2010, pp. 187 y ss.
[149] LAMPE, ZStW 106 (1994), pp. 683 y ss., 687 y ss., 693 y ss., 695 y ss.
[150] CARNEVALI RODRÍGUEZ, Estudios Constitucionales 13 (2015), pp. 203 y ss., 204.
[151] Cfr. sobre esto sólo KERSHAW, To Hell and Back. Europe 1914-1949, 2016, pp. 265 y ss., 270 y ss., 283 y ss., 286 y ss., 290 y ss.
[152] Los problemas concursales que se generan entre estas infracciones en los casos en los que es posible calificar los hechos con base a ambos grupos de delitos deben quedar aquí fuera de consideración.

jurisdicción internacional sobre la definición de terrorismo, puesto que esta noción siempre se halla estrechamente vinculada a la legitimidad de cada sistema político, de modo que Estados que no compartan las bases de sus elementos estructurales de constitución política no podrán generar conceptos de terrorismo compatibles.

Distinta es la cuestión, sin embargo, referida a determinados colectivos que actúen *desde* el Estado (constitucional) en el *plano interno de un determinado Estado,* el *terrorismo desde el Estado*: ¿son *terroristas* en términos jurídicopenales (nacionales[153]) las actuaciones de determinados grupos dentro de organismos del Estado que puedan calificarse de terroristas (orientadas a la intimidación masiva de la ciudadanía), como los elementos que constituyeron las Juntas Militares golpistas en las repúblicas sudamericanas en el S. XX, o los grupos clandestinos dentro del ejército peruano que se dedicaron a acciones criminales durante el gobierno de Alberto Fujimori, los GAL, la banda parapolicial que atentó durante el gobierno de Felipe González, o, en el caso que aquí interesa, la unidad de comando del batallón *Atlacatl* que ejecutó la orden impartida por el Alto Mando Militar de asesinar a los jesuitas: grupos de carácter parapolicial y — militar que actúen de forma organizada desde la propia estructura estatal[154]? A diferencia del terrorismo de Estado en sentido estricto al que acaba de hacerse referencia —en el que es el Estado como tal que despliega la actuación terrorista—, sí entran en la noción típica de los delitos de terrorismo, como se intentará mostrar a continuación; la subsunción efectuada en la resolución resulta acertada.

Ello implica —ha de señalarse desde el principio— rechazar una posición que ha sostenido la jurisprudencia española —si bien antes de la introducción de la definición típica del concepto de terrorismo en el CP 1995 (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública)— en alguna ocasión. De acuerdo con ese entendimiento restrictivo, quedarían excluidas del número que aquí interesa —aparte de grupos de delincuencia común que cumplan con los demás elementos del concepto— aquellas organizaciones que desde la misma Administración pública pudieran realizar actividades propias de una banda armada precisamente para combatir otras organizaciones de índole terrorista, ya que no se trataría de un terrorismo *subversivo*, sino de actos de terrorismo sólo aparentes, ya que no pueden recibir tal calificación jurídico-penal aquellas conductas que pretendan —aunque sea a través de medios penalmente típicos— «conservar» el sistema jurídico-constitucional. Así, en una ocasión, la Audiencia Nacional afirmó que una organización de actuación violenta dirigida predominantemente contra supuestos terroristas de ETA, los autodenominados «GAL»[155], no podía ser terrorista porque su actividad delictiva no estaba dirigida a subvertir, sino a mantener ese orden[156]. En este punto, el Tribunal Supremo en su sentencia referida a la misma organización parapolicial discrepó de esta posición:

> «Hay una clara y manifiesta distinción entre asociación y banda armada en general. Distinción que ha de girar en torno al contenido, naturaleza, extensión y fines que se

[153] Sobre la cuestión de estas conductas como delitos internacionales en cuanto lesivos de los derechos humanos, v. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Estudios Constitucionales 13 (2015), pp. 203 y ss., 209 y ss., 212 y ss.

[154] Es decir, lo que muchas veces también suele denominarse «terrorismo de Estado», aunque esta sea una terminología aún más marcada que la de mero «terrorismo» (insurgente) por la utilización política del concepto; LAMARCA PÉREZ, ADPCP 1993, p. 539. Así, por ejemplo, LAMARCA PÉREZ afirma (ADPCP 1993, pp. 539 y ss., 541) que hablar de «terrorismo de Estado» en el plano interno no deja de ser una mera imagen metafórica. Esto es correcto, sin duda alguna, si lo que se pretende afirmar es que el Estado no se podrá calificar a sí mismo, en términos jurídicos, como «terrorista». No implica, por el contrario —tampoco para la autora en cuestión (v., por ejemplo, loc. cit., p. 542) — que no pueda haber delitos de terrorismo cometidos *desde el* Estado.

[155] «Grupos Antiterroristas de Liberación».

[156] Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, de 20 de septiembre de 1991.

> persiguen por medio de tales «agrupaciones delictivas». El legislador ha querido separar la asociación que se mueve en torno a la delincuencia común, de aquella agrupación armada que actúa inmersa en el mundo del terrorismo, aunque expresamente, y desde el punto de vista gramatical, banda armada y organización terrorista sean conceptos distintos pero parejos. …La banda y la organización tienen una mayor entidad en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derrocación del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado, su presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implican la finalidad expresa de «infundir terror» a todos los niveles.» [157]

En todo caso, parece claro que la afirmación de que organizaciones que pretendan *defender* el orden constitucional por medios violentos no podrían ser calificadas de terroristas no podrá repetirse; pues ya el Código de 1995 se refería en los delitos de terrorismo (art. 571 CP) a bandas, organizaciones o grupos «cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional *o alterar gravemente la paz pública*». Esta definición del legislador de 1995 debía, desde esta perspectiva, afectar a la interpretación del concepto[158], facilitando la inclusión en el concepto de terrorismo de los grupos paraestatales. A día de hoy, tras la LO 2/2015, con la redacción tan amplia contenida en el tipo mixto alternativo del art. 573 CP que define las finalidades terroristas, hay aún menos problemas de subsunción formal: un grupo de *guerra sucia*, puede, desde luego, «desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado», o «provocar terror» en una parte de la población.

Sin embargo, la conclusión de que este tipo de actuaciones «conservadoras» del sistema jurídico-constitucional entra de lleno en el ámbito de las infracciones de terrorismo no deriva (sólo) de una mera interpretación aislada de la noción de «alteración grave de la paz pública» o de los demás términos que utiliza el Derecho positivo para describir la proyección estratégica propia del terrorismo. Se infiere del significado político que corresponde a la existencia de grupos de acción violenta dentro de las estructuras del Estado: es en extremo subversivo que quienes ejercen funciones públicas ejerzan el terror. En cambio, una organización criminal de corte mafioso —como las que con frecuencia se constituyen para la distribución internacional de sustancias estupefacientes— puede generar, sobre todo en el contexto de un conflicto con otro grupo, series de delitos gravísimos que pueden producir un verdadero sobresalto público, y, sin embargo, no es *terrorista*. Ello se explica por el contexto de la regulación: ni esa mera dimensión cuantitativa de las infracciones, ni su gravedad individual, pueden transmutar la organización en terrorista, y la razón de ello está en que la proyección estratégica *política* de la organización debe concebirse en un sentido *político.*

Sin embargo, parece claro que, por ejemplo, los grupos de *guerra sucia* que puedan surgir de la propia estructura del Estado —normalmente, de las organizaciones armadas del mismo—, precisamente por su pertenencia a la estructura del Estado, sí expresan una finalidad política: la de cambiar una piedra angular de la estructura del Estado, la neutralidad de la Administración pública, para combatir con los medios violentos propios de las infracciones de terrorismo a determinados grupos, sean políticos,

[157] STS de 12 de marzo de 1992, sin subrayado en el original; v. sobre este supuesto en particular — caso Amedo y Domínguez— sólo el análisis crítico de LAMARCA PÉREZ, ADPCP 1993, pp. 535 y ss., 547 y ss.; la sigue CAPITA REMEZAL, Análisis, 2008, pp. 47 y s.; la STS 785/2000, de 30 de abril ha apreciado en esa organización posteriormente la condición de «banda armada».

[158] Cfr. esta argumentación ya en CANCIO MELIÁ, en: Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro (dir.), Comentarios al Código Penal, 1997, p. 1287.

insurgentes o terroristas. Este factor —el aprovechamiento de las estructuras personales y materiales del Estado— domina de modo tan intenso sobre los demás aspectos de la configuración de los grupos en cuestión que incluso puede afirmarse la concurrencia de los elementos de proyección estratégica típicos en bandas parapoliciales que se dedican —como sucede, por ejemplo, con especial intensidad en algunas grandes ciudades de Brasil— a campañas de exterminio de «delincuentes» comunes, y sólo a eso. Una organización armada de servidores públicos siempre es una organización política en el sentido de los delitos de terrorismo. Dicho de otro modo: una banda parapolicial no pretende «conservar» el orden constitucional actualmente establecido, sino que siempre lo subvierte. La argumentación contraria contenida en la resolución de la Audiencia Nacional antes mencionada —la idea de que se «defiende» el orden constitucional de un Estado como el español también *en las cloacas*, también con sangre en las manos— es completamente intolerable en un orden constitucional legítimo. Es evidente, entonces, en el plano de la exégesis de los términos definitorios de la proyección estratégica de los grupos y organizaciones definidos, que este concepto jurídico-penal de terrorismo engloba los grupos que actúan desde el mismo Estado[159].

b) Subsunción

Desde esta perspectiva, la resolución aquí comentada, como se ha dicho, acierta al afirmar la condición terrorista de los asesinatos enjuiciados. En todos los sistemas de incriminación relevantes —las normas vigentes en España y en El Salvador en 1989, y las actualmente en vigor en España—, cabe interpretar que los delitos de terrorismo en sentido estricto exigen que concurran los tres elementos que antes se mencionaban: en primer lugar, la existencia de una organización que vehicule, lidere u organice la actividad delictiva; en segundo lugar, que se haga uso del terror en sentido estricto (intimidación masiva), esto es, que se ataque violentamente a determinadas personas por el hecho de formar parte de una categoría de sujetos definidos como enemigos, esto es, una violencia simbólica para generar terror en la ciudadanía; finalmente, en tercer lugar, que la actividad terrorista persiga un fin de índole político (sobre todo: subvertir el orden constitucional).

Como va indicando el Tribunal, no hay dudas de que estos tres elementos concurren.

En primer lugar, se trata de un colectivo el que organiza la actividad: no exactamente las instituciones civiles y militares de gobierno de las fuerzas armadas de El Salvador —ni el Alto Mando del que partió la orden de matar a Ellacuría—, sino, como ya se ha señalado, un grupo, un colectivo bien definido de corte mafioso —la promoción de oficiales de las Fuerzas Armadas de El Salvador conocida como *La Tandona*—, representado por distintas personas en los órganos del Estado. Entre estas personas

[159] También incluyen expresamente, con base en diversas argumentaciones, los grupos dedicados al *terrorismo de Estado* en las organizaciones típicas de la regulación española, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, La Ley 1998-6, p. 2274; DE PRADA SOLAESA, JpD 1996, pp. 73, 74, aunque parece pensar —en contra de lo acabado de exponer— que la definición de la proyección estratégica del CP 1995 dificulta la inclusión en el ámbito del terrorismo estas conductas; MUÑOZ CONDE, en: Losano/Muñoz Conde, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, 2004, p. 166; REBOLLO VARGAS, en: Córdoba Roda/García Arán, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, II, 2001, p. 2448; CARBONELL MATEU, en: Gómez Colomer/González Cussac, Terrorismo y proceso penal acusatorio, 2006, p. 50 (denominándolo «terrorismo de poder»); GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo, 2008, p. 25; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Estudios Constitucionales 13 (2015), pp. 203 y ss.; es discutible, al menos, la afirmación de que sería opinión dominante la posición contraria a la inclusión de las actividades provenientes del Estado en la noción de terrorismo (así GONZÁLEZ CUSSAC, en: Gómez Colomer/González Cussac: Terrorismo, p. 75). V. también, respecto de los sucesos en torno a la organización parapolicial denominada GAL PORTILLA CONTRERAS, LH Barbero Santos, 2001, pp. 500 y ss.

se contaba, de modo destacado, el acusado, como uno de los sujetos que integraba (al margen y más allá de su rango oficial como viceministro de seguridad pública y de su pertenencia al Alto Mando de las Fuerzas Armadas) el nivel de decisión (un grupo llamado *los compadres*) del grupo *infiltrado* en esos organismos (FJ 1, 3, 7)[160]. El colectivo presenta una acusada diferenciación funcional, con tareas y competencias delimitadas y una jerarquía claramente definida: el instrumento concreto usado para ejecutar los hechos por los sujetos de ese nivel de mando del grupo *La Tandona* fue una unidad de combate irregular, los comandos del Batallón de Respuesta Rápida especial *Atlacatl*, esto es, una unidad militar sometida a la cadena de mando, atribuyéndose el mando *ad hoc* para los asesinatos en la UCA al entonces Director de la Escuela Militar[161]. Más allá de que — como se ha indicado ya en el texto[162] — esta estructura es la que da lugar a que el tribunal haga uso de la noción de coautoría mediata a través de un aparato organizado de poder para fundar la condena, su existencia además muestra bien a las claras que concurre el elemento organizativo-colectivo propio del terrorismo.

En segundo lugar, es evidente que los asesinatos puestos en marcha por el colectivo infiltrado en el ejército de El Salvador perseguían en un primer plano un efecto de intimidación colectiva. Se trataba de hacer ver a aquellas personas que —como promovía de modo muy destacado, desde su posición académica, Ignacio Ellacuría— defendían la conveniencia de iniciar un proceso de diálogo para acabar con la guerra civil que pasaban a ser objetivo a eliminar por parte de las Fuerzas Armadas. Como señala la sentencia[163] los asesinatos formaban parte, en este sentido, de una campaña de comunicación —la emisora del ejército había señalado a Ellacuría días antes como miembro o encubridor intelectual del FMLN— de las Fuerzas Armadas —decidida por la cúpula de *La Tandona*— para evitar un cese de la actividad armada y promover una opción por la continuación de las hostilidades que convenía a sus intereses corporativos.

Finalmente, en tercer lugar, como es obvio, la finalidad de los integrantes de *La Tandona*, entre ellos, el acusado, de pretender tomar las decisiones sobre la conducción de la guerra civil en El Salvador a la que acaba de aludirse, al margen de todo procedimiento constitucional, mediante el asesinato, supone una finalidad política de carácter subversivo en el sentido que antes se ha expuesto: se trataba de sustituir las leyes de la República por el gobierno violento de un grupo mafioso.

Recebido: 25/07/2023

Aprovado: 17/09/2023

[160] Cfr. el análisis de lo sucedido también en el informe elaborado por AGUDELO MANCERA/GARCÍA BARRIGA/MARTÍNEZ ABREU/POZA MIGUEL/PENA GONZÁLEZ/TORRES, Revista Penal 42 (2018), pp. 288 y ss.
[161] Sentencia HP, primero a tercero.
[162] V. *supra*, 5.
[163] HP tercero y FJ cuarto.