

INTERNACIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. CASO AUGUSTO PINOCHET^{*}

SUMARIO: I. *Liminar*. II. *El caso de Augusto Pinochet y la internacionalización de la justicia*. III. *El problema del delito de genocidio*. IV. *Apreciación crítica*. V. *Verdaderas limitantes de la Convención de la ONU contra el Genocidio*. VI. *El crimen de genocidio y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales*. VII. *La decisión de la Cámara de los Lores de 1998*. VIII. *Sentencia del 24 de marzo de 1999*. IX. *Principio de universalidad*. X. *Aut dedere, aut punire*. XI. *La decisión del 15 de abril de 1999*. XII. *Posibilidad de arbitraje o Corte Internacional de Justicia*. XIII. *Tribunal Penal Internacional*. XIV. *Sentencia del Tribunal de Bow Street del 8 de octubre de 1999*. XV. *Razones humanitarias*. XVI. *Conclusión*. XVII. *Apéndice*.

I. LIMINAR

Decía Albert Camus que el siglo XVII fue el siglo de las matemáticas; el siglo XVIII, el siglo de las ciencias; el siglo XIX, el siglo de la biología, y el siglo XX, el siglo del miedo, el terror y la violencia.

Los crímenes de la excelsa civilización son ciertamente más aberrantes que aquéllos de los tiempos más remotos, por el hecho mismo de su “atroz refinamiento”. Tal parecería, que la “excelsa civilización”, estaría engendrando la extrema barbarie y la extrema crueldad.

Ante la incoherencia de la naturaleza humana, el hombre parece haberse decidido por escoger el retroceso y la sinrazón, rindiendo pleitesía a la violencia con rasgos modernos, esto es, una violencia planificada, gélida y matemática.

* Trabajo publicado en el libro *Extradición en el derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Esta violencia, como valor axiológico también se acompaña de la total indiferencia del que la ejerce, y de esta suerte la deshumanización del hombre moderno queda consumada.

Para Adolf Eichmann, no hay gran diferencia entre masacrar a cientos de seres humanos, o la de cuidar con todo sigilo a un grupo de niños; como tampoco hay incoherencia para Himmler, en el hecho de regresar a su casa al final de una laboriosa jornada, por la puerta trasera para no despertar de su apacible sueño, a su canario favorito.

Para Eichmann... “la vida ha dejado por completo de ser nada vivo. Él organiza; y organizar se le convierte en un fin en sí mismo, trátase de muelas de oro o de pelo de gente exterminada, o de ferrocarriles y toneladas de carbón. Para él, todo es completamente indiferente” (E. Fromm).

II. EL CASO DE AUGUSTO PINOCHET Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

El que los sangrientos dictadores sean llevados a juicio, es un anhelo de toda persona que considere tener un mínimo de conciencia, es un reclamo de elemental justicia y ciertamente una esperanza de racionalidad, en las relaciones internacionales. No es posible que los Duvalier de Haití; los Stroessner del Paraguay; los Mengistu de Etiopía (17 años sangrientos); los Idi Amin de Uganda (más de 300,000 torturados y asesinados en la década de los setenta); los Videla de Argentina (hasta hace poco en “arresto domiciliario”); los Pol-Pot de Cambodia, pudieran cometer las peores e inimaginables atrocidades, principalmente contra sus propios nacionales, y luego quedar brillantemente arropados con toda impunidad, disfrutar de fortunas incalculables, y ser lujosamente asilados en la Riviera francesa (Baby-Doc Duvalier), en Brasilia (Stroessner), en Arabia Saudita (Idi Amin) etcétera. “El artesanado de terror” (Gluckman) no tiene fronteras, y para prueba, Europa lo reedescubre, pero ahora personificado por Slobodan Milosevic, y su abominable “limpieza étnica” masacrando a sus habitantes y calcinando sus pueblos.

1. *La detención de Augusto Pinochet*

El 16 de octubre de 1998, Augusto Pinochet Ugarte es despertado en una clínica de Londres por detectives de Scotland Yard, vía Interpol, para informarle que desde ese momento quedaba detenido, en cumplimiento

de la orden de interrogatorio judicial enviada por el juez español Baltasar Garzón, solicitando su extradición.

Desde el momento que asumió el poder en 1973 mediante un sangriento golpe de Estado respaldado por los Estados Unidos, el señor Pinochet, estableció una serie de barreras legales para protegerse en el futuro, de cualquier suceso desagradable.

Sus fuerzas armadas que torturaron, asesinaron y “desaparecieron” a más de 3,000 personas gozan de una Ley de Amnistía dictada en el año de 1978, por presión del mismo Pinochet, para que en cualquier eventualidad futura, él y sus fieles verdugos, estuvieran protegidos de todo intento de enjuiciamiento (Decreto Ley 2191).

En el año de 1990, por el cambio y presión del entorno internacional, el mandatario chileno trató de dar un matiz democrático a su dictadura, realizando un plebiscito para someter a la opinión pública su permanencia al frente del gobierno, sin embargo, no pensó jamás que dicho plebiscito le sería desfavorable. Como consecuencia de esto, Pinochet se vio obligado a dejar el poder, pero no sin antes negociar un acuerdo que le permitiría continuar como comandante en jefe del ejército chileno.

A principios de 1998, se acoge al retiro, se asegura antes que se le confiera el título de *Senador Vitalicio* para protegerse nuevamente de cualquier intento de juicio, esto de conformidad con la Constitución de Chile de 1980, elaborada por él mismo y su camarilla más cercana.

El 16 de octubre de 1998, Baltazar Garzón quien girara la orden de interrogatorio, amplió —tres días más tarde— la orden de detención con los cargos de tortura y genocidio.

El 26 de octubre de 1998 comenzó en Londres el “juicio de apelación” contra la detención preventiva de Pinochet. Este mismo día la policía federal de Suiza solicitó a Gran Bretaña la detención de Pinochet para fines de extradición.

El 28 de octubre, el alto tribunal británico (*High Court of Justice*) presidido por lord Thomas Bingham, declaró ilegal la detención de Pinochet y le concedió la “...inmunidad como antiguo jefe de Estado en los procesos criminales y civiles en los tribunales británicos”.

El 30 del mismo mes, la Audiencia Nacional española ratificó que la Judicatura de España es jurídicamente competente para juzgar al ex mandatario. Unos días después (3 de noviembre), la Fiscalía de París envía a Londres una petición de arresto provisional en contra del general Augusto

Pinochet. Algo similar realizará el Tribunal Supremo de Alemania el 19 del mismo mes y año.

El 4 de noviembre, cinco jueces de la Comisión Judicial de la Cámara de los Lores, iniciaron la audiencia para estudiar el recurso del fiscal en contra del reconocimiento de inmunidad soberana.

El día 11 de noviembre, España entregó la solicitud formal de extradición del ex dictador al Ministerio de Interior de Gran Bretaña.¹

Por su parte, el Parlamento Europeo debatió en Bruselas el caso Pinochet, resolviendo “resaltar la unidad de todos nuestros pueblos y gobiernos en la lucha contra esa forma de terrorismo internacional que son las dictaduras, el genocidio y la crueldad con la que el general Pinochet ha actuado contra su pueblo, y contra casi un centenar de europeos asesinados por él”.²

Las primeras críticas en contra de la detención de Augusto Pinochet, se basaban principalmente en el alegato de “que no existía un respeto legal por su alta investidura”. La ironía era muy hiriente, como sostuvo el *Washington Post*, pues se trataba de un argumento que se aplicaba al responsable de derribar un gobierno que había sido democráticamente elegido, y culpable de la detención, tortura y muerte de miles de personas entre 1973 y 1990.³

1 Véase *El País*, 17, 18 y 19 de octubre de 1998; *El Financiero*, 21 de octubre de 1998; *Le Figaro*, 21 de octubre; *Pinochet Embarrasse Washington*, este último destaca la intransigencia de Washington a propósito de Pol-Pot o de Saddam Hussein, pero sólo expresa silencio político a propósito de A. Pinochet. El caso del ex líder de la Junta Militar argentina, Jorge Videla, sentenciado primero a cadena perpetua y al poco tiempo amnistiado, volvió a ser acusado a principios de 1998 en su país, por ser responsable del delito específico de secuestro de niños —no contemplado en la Ley de Amnistía—, consistente en mantener presas a mujeres embarazadas, el tiempo suficiente para que dieran a luz, después de lo cual, eran asesinadas, y sus bebés entregados a familias de militares.

Véase *Newsweek*, 4 de noviembre de 1998, en particular el “Reportaje especial” de Brook Larmer pp. 12-15.

2 Véase *El País*, 21 de octubre de 1998, p. 3. La propuesta mayoritaria del Parlamento Europeo instaba a Madrid a tramitar la extradición, basándose en que los tratados de Maastricht y Amsterdam establecen obligaciones específicas de colaboración en la lucha contra la delincuencia internacional. *Ibidem*, “Garzón lo que hace es aplicar la Ley. No es una Ley con oportunidad política ni de coyuntura histórica, es simplemente la Ley, la Ley esencial: la defensa de la humanidad y de los derechos humanos. Europa debe demostrar... que habla seriamente cuando afirma que no hay prescripción para los crímenes contra la humanidad”. Véase *Le Monde*, 20 de octubre de 1998, página editorial.

3 *Washington Post*, 21 de octubre de 1998. A principios del mes de septiembre de 1998, fueron desclasificados varios “documentos secretos”, gracias al grupo *National Security Archive*, en donde se revela que Richard Nixon y Henry Kissinger (Premio Nobel de la Paz), tuvieron un papel muchísimo más activo de lo que se sabía en el apoyo al golpe de Pinochet en 1973. En una reunión con la CIA, H. Kissinger se expresó de la manera siguiente: “No veo por qué tenemos que dejar que un país

2. *Auto de solicitud de extradición firmado por el magistrado juez, señor don Baltasar Garzón Real*

En el auto de solicitud de extradición de Pinochet del 3 de noviembre de 1998 (Madrid), en la parte relativa a los “razonamientos jurídicos”, se asienta que los hechos relatados en la Resolución pueden ser constitutivos, respecto del imputado Augusto Pinochet Ugarte, *de un delito de genocidio*, que se integraría por una serie de detenciones ilegales, seguidas en unos casos de asesinato o desaparición de las personas y víctimas que se relacionan y, que según los testimonios y datos obrantes en la causa fueron precedidos de torturas en cada uno de los casos. Todos éstos tipificados como delitos en el Código Penal español vigente en el momento de ocurrir los hechos.

Por lo demás, la calificación jurídico-penal de los hechos se apoya, de acuerdo al Auto de Solicitud, en las siguientes normas de carácter internacional:

a) La Declaración de Moscú de 1945, suscrita por el Reino Unido de Gran Bretaña, Estados Unidos y la Unión Soviética sobre crímenes contra la humanidad.

b) El Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945, suscrito por el Reino Unido.

c) La Resolución del 16 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobando los principios de los Estatutos y de la Sentencia de Nüremberg.

d) El Convenio de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1948 contra el genocidio.

e) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU del 16 de diciembre de 1966.

f) La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 1973 sobre Persecución de Crímenes Contra la Humanidad.

g) La Convención contra la Tortura de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1984.

h) La Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre la Desaparición Forzada de personas de 1992.

se haga marxista tan sólo porque su pueblo sea irresponsable”. Estos documentos confirman también que Pinochet fue la figura central en la *Operación Cóndor*, en la que varios regímenes militares sudamericanos se ayudaron mutuamente para eliminar a opositores. *Idem*.

i) El Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo del 27 de enero de 1977.

Según tales disposiciones, aplicables igualmente en el Reino Unido, los crímenes de esta naturaleza son imprescriptibles, sus responsables no disfrutan de inmunidad diplomática ni pueden obtener estatuto de refugiado ni asilo político, y todos los Estados del mundo están obligados a perseguirlos y a colaborar en la persecución que de tales crímenes hagan otros *Estados*.

Igualmente en este Auto de Solicitud de Extradición, se asienta que en Chile se creó una organización armada, aprovechando la estructura militar y la usurpación del poder por Augusto Pinochet, para institucionalizar, con impunidad, un régimen terrorista que subvirtió en sí mismo el orden constitucional para desarrollar el plan de desaparición y eliminación sistemática de miembros de grupos nacionales, imponiéndoles desplazamientos forzosos, secuestros, torturas, asesinatos y desapariciones.⁴

III. EL PROBLEMA DEL DELITO DE GENOCIDIO

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, y en vigor a partir del 12 de enero de 1951, consagra que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional, que las partes se comprometen a prevenir y a sancionar.

En el artículo II de esta Convención de 1948, se encuentra la tipificación jurídica del delito de genocidio en los siguientes términos:

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

4 Véase Texto íntegro del *Auto de solicitud de extradición de Pinochet, procedimiento: Sumario 19/97 P. S. Terrorismo y Genocidio*, Madrid, Juzgado Central de Instrucción Número Cinco - Audiencia Nacional, 3 de noviembre de 1988, <http://www.elpais.es/p/d/temas/pinochet/auto/htm>. Hay que recordar que Pinochet llegó a Inglaterra el 21 de septiembre de 1998 en una "misión oficial" de la que nadie sabía nada a ciencia cierta, y con una vigencia de inmunidad del pasaporte diplomático hasta el día 9 de octubre. Una semana después fue detenido, y los esfuerzos del gobierno de Chile para tratar de ampliar la vigencia del estatus diplomático con efecto retroactivo, no encontraron receptividad alguna en el *Foreign Office*. Véase *The Guardian*, 22 de octubre de 1998.

- b) Lesión grave a la integridad física y mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Más adelante esta Convención establece que toda persona que cometa genocidio, asociación para cometerlo, instigación directa y pública, tentativa o complicidad en el genocidio, deberá ser castigada, ya sea que se trate de gobernantes, funcionarios o particulares (artículos III y IV).⁵

Para efectos de extradición, el genocidio, o su asociación, instigación, tentativa o complicidad, no serán considerados como delitos políticos, y las partes se comprometen a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes (artículo VII).

De conformidad con la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1968 (y en vigor a partir del 11 de noviembre de 1970),⁶ consagra textualmente en el artículo 1o., inciso b, al delito de genocidio definido en la Convención de 1948, como “crimen imprescriptible”, al igual que los crímenes de lesa humanidad, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido (Resolución 3074 (XXVIII) de 1973).

Ahora bien, entre los motivos del recurso interpuesto a fines de octubre de 1998 por el Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción número seis, que mantenía la competencia de la jurisdicción española para la continuación del sumario se rechazaba que los hechos, objeto del sumario, constituyeran “delito de genocidio”.

Esta impugnación se basaba en el hecho de que la represión en Chile durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973, no se había efectuado, según esto, contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso, tal y como se establece en la Convención de Naciones Unidas de 1948.

5 Véase Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General mediante su Resolución (260) A (III), 9 de diciembre de 1948, *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Naciones Unidas, ST/HR/1/Rev. 3, pp. 143-147.

6 Esta Convención de 26 de noviembre de 1968, fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante Resolución 2,391 (XXII). Véase texto de la Convención en *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, cit., nota 5, pp. 147-151.

Ante esto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, argumentó que en los hechos imputados en el sumario estaba presente, de modo ineludible, la idea del exterminio de grupos de la población chilena.

Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión, como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar del 11 de septiembre, contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud de grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes... No fue una actuación al azar.⁷

Más adelante, en este mismo Auto, se afirma que los anteriores hechos relatados constituyen “delito de genocidio”, advirtiendo que si bien en la Convención de 1948 no se confirma el término “político” o las voces “u otros”, este silencio no equivale a “exclusión indefectible”.

Y en forma explícita razona sobre este punto como sigue:

El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen, “grupo formado por personas que pertenecen a una misma Nación”, sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo e integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio... impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder, o por una banda, de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado.... Esta concepción social de genocidio... no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Conve-

⁷ Véase *Rollo de Apelación 173/98, sección primera, Sumario 1/98*, Madrid, Juzgado Central de Instrucción número seis, 5 de noviembre de 1998, pp. 8 y 9.

nio de 1948 que afloran del texto (*sic*), no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos de diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros... y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio... En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos, se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabrían en el proyecto de reorganización nacional, a quienes practicaban la persecución, estimaban que no cabrían... Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integran un grupo diferenciado en la Nación, que se pretendió exterminar.⁸

Así pues, con fecha 5 de noviembre de 1998, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, acordó desestimar el recurso, y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

La jurisdicción española se deriva, de conformidad al Auto mencionado, del *principio de persecución universal* de determinados delitos internacionales, acogidos por su propia legislación interna, poseyendo además un *interés legítimo* en el ejercicio de dicha jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en autos.⁹

IV. APRECIACIÓN CRÍTICA

Si bien el término “genocidio”, proviene del griego *genos* (raza), y del latín *caedere* (matar, exterminar), fue utilizado por el jurista Raphael Lemkin en el año de 1933 al presentar ante la Sociedad de Naciones en

8 Véase *Rollo de Apelación 173/98, Sumario 1/98, cit.*, nota 7, pp. 9 y 10. En cuanto al artículo 23 (4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no tipifica o penaliza ninguna acción u omisión; se limita a proclamar la jurisdicción de España. “El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito... cuando su ocurrencia; que la pena que puede ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”. *Idem*.

9 En cuanto al punto del artículo 6o. de la Convención de 1948, motivo entre otros del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, en el sentido que debía inhibirse la jurisdicción española para conocer del delito de genocidio, por no haberse cometido el mismo en territorio nacional, fue un punto igualmente desestimado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. “Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno... es que el artículo 6o. del Convenio... impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un *Estado* debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional”. *Idem*.

Ginebra un memorial en el que solicitaba la elaboración de una convención internacional que prohibiera las ejecuciones en masa, no fue sino hasta 1945 que adquiriría carta de naturalización, al ser introducido en el *Sumario* contra los principales criminales de guerra del III Reich en el Proceso de Núremberg, al ser calificados los crímenes de barbarie como “genocidio deliberado y metódico, es decir, el exterminio de grupos raciales y nacionales de la población civil de ciertos terrenos ocupados, con el fin de aniquilar determinadas razas y partes de naciones y pueblos, grupos raciales y religiosos, en particular judíos, polacos, gitanos, entre otros”.¹⁰

Nosotros estamos también de acuerdo en que la definición de “delito de genocidio” debe ser revisada y actualizada, pero el problema específico es que hasta el día de hoy la definición dada por la Convención de 1948, no ha sufrido modificación, y en derecho no podemos introducir nuestra *desiderata* sin más y dar por sentada otra normatividad que la actualmente aceptada por la comunidad internacional.

Lo que tipifica al delito como “crimen de genocidio” es la “intención” de destruir un grupo, en forma total o parcial, pero no cualquier grupo sino, de acuerdo a la Convención de 1948, solamente a un tipo de grupo: *nacional, étnico, racial o religioso*.

Sostener que la intención de los redactores de la Convención era no limitativa es simplemente una falacia, pues basta acercarse a los trabajos preparatorios — que es éste uno de los elementos de interpretación de los

10 Véase Osmañczyk, Edmund Jan, *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 2003 y 2004. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional, comúnmente llamado Estatuto de Núremberg, se encontraba como Anexo del Acuerdo de Londres del cual formaba parte integrante. La jurisdicción del Tribunal establecida en el artículo 6o. del *Estatuto*, que el Tribunal sería competente para juzgar y castigar a toda persona que hubiera cometido, individualmente o a título de miembros de alguna organización, cualquiera de las tres categorías consagradas, esto es a) Crímenes contra la humanidad, b) Crímenes contra la paz y c) Crímenes contra la guerra. El Estatuto preveía igualmente, en su artículo 7o. que la situación oficial de los acusados, ya fuere como jefes de Estado o como funcionarios de alto rango, no sería considerada ni como una excusa absolutoria, ni como una circunstancia atenuante. Véase Descheemaeker, Jacques, *Le tribunal militaire international des grands criminels de guerre*, prefacio de Vespasie V. Pella, París, A. Pédone, 1947, Anexos I y II, pp. 89-100. En noviembre de 1998 la Cámara de los Lores, en funciones de Tribunal Supremo, escuchó por parte de la abogada Clare Montgomery, que la tortura se podía o no justificar, pero que en todo caso, en Chile había constituido “un acto gubernamental: y que de acuerdo a la *State Immunity Act* de la Gran Bretaña, no había limitaciones a la inmunidad, que ésta era «absoluta»”.

Cuando lord Steyn preguntó si la barbarie hitleriana de la “solución final” estaría protegida por la inmunidad, la respuesta de la defensa de Pinochet fue afirmativa, ya que sostuvo que al conceder los tribunales británicos “inmunidad absoluta”, Hitler quedaría protegido por la inmunidad británica, aunque ello pudiera ser lamentable desde un punto de vista moral. Véase Ekaizer, Ernesto, “El Núremberg de Pinochet”, *El País*, 15 de noviembre de 1998.

tratados— para darnos cuenta de que las escasas propuestas para incluir en la Convención, la mención de otros grupos, en particular “grupos políticos” o “grupos económicos”, no fueron recogidas por la Sexta Comisión, la cual se basó en que dichos grupos no eran grupos permanentes, y que su eventual inclusión en una convención, ya de por sí compleja, tendría el efecto de inhibir a varios *Estados* de llegar a ser partes de la misma.¹¹

De igual manera, la Convención no recogió el delito de “genocidio cultural”, el llamado “etnocidio”, pues se adujo que no había precisión jurídica en el concepto referido y que por lo demás había que convenir en la evidente y gran diferencia, entre una “exterminación masiva”, y la privación a un grupo de sus supuestos derechos culturales.¹²

Por otro lado, habría que recordar que la Corte Internacional de Justicia, en su *Opinión Consultiva* del 28 de mayo de 1951, precisó que si bien era cierto que la Convención contra el Genocidio había sido finalmente aprobada por unanimidad, también era cierto que la misma fue el resultado de una serie de votos adoptados por mayoría.

Los principios que sustenta la Convención son reconocidos por las naciones y pueblos soberanos, como principios que obligan a los *Estados*, independientemente de todo vínculo convencional. De la misma suerte, dijo la Corte, esta Convención pretende un alcance universal, condenando al genocidio como un “flagelo odioso” del cual debe liberarse la humanidad.¹³

Más adelante la Corte en esta Sentencia de 1951 añade:

La Convención fue manifiestamente adoptada con una finalidad puramente humanitaria y civilizadora. Difícilmente se puede concebir una Convención que en mayor grado posea ese doble carácter, ya que apunta, por un lado, a salvaguardar la existencia misma de ciertos grupos humanos, y por otro lado, a confirmar y sancionar los principios de moral más elemental. En una Convención de esta naturaleza, *los Estados contratantes no poseen intereses propios*; éstos poseen, todos y cada uno de ellos, un interés común, aquél de preservar los intereses superiores que son la *raison d'être* de la Convención. De ello resulta que en convenciones de este tipo, no se podría

11 Véase Lemkin, Raphael, “Genocide as a Crime in International Law”, *American Journal of International Law*, Washington, D. C., vol. 41, 1947, pp. 145 y ss.

12 Véase *ibidem*, pp. 145 y ss. Tampoco prosperaron, en aquél entonces, los pocos intentos por introducir dentro de la definición de genocidio, el delito contra el medio ambiente, *i. e.*, “el ecocidio” como destrucción ambiental.

13 Véase Corte Internacional de Justicia, “Réserve a la Convention pour la Prevention et la Répression du Crime de Génocide”, *Avis Consultatif du 28 mai 1951, Recueil des Arrêts*, 1951, pp. 22 y 23.

hablar de ventajas o desventajas individuales de los *Estados*, ni tampoco de un exacto equilibrio contractual que deba mantenerse entre los derechos y los deberes.¹⁴

Esta Opinión Consultiva, sin lugar a dudas es actualmente concebida como declaratoria de derecho internacional consuetudinario, y la prohibición del crimen de genocidio posee además carácter de norma imperativa que no admite acuerdo en contrario, esto es, que tiene carácter de norma de *ius cogens*. En este mismo sentido estaríamos frente a obligaciones *erga omnes*; cualquier *Estado* podría invocar la violación, y consecuentemente la responsabilidad y nulidad; existiría aquí una especie de *actio popularis*.¹⁵

V. VERDADERAS LIMITANTES DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU CONTRA EL GENOCIDIO

Para el profesor de Florencia, Antonio Cassese, las verdaderas limitantes graves a la Convención contra el Genocidio de 1948, no están en las lagunas referentes al exterminio de grupos políticos, ni del genocidio cultural, sino que se encuentran en el requisito de la existencia del “dolo”, y en la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía.¹⁶

Los actos de genocidio deben ser *perpetrados con la intención* de aniquilar un grupo, como requisito esencial que debe exigirse siempre para que se tipifique el delito. Este elemento es el que ha ofrecido una

14 *Ibidem*, p. 23, párrafo 2 (énfasis añadido).

15 Véase Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 180-201. “*Erga omnes* rights are not necessarily identical with *ius cogens* rights, however; despite a degree of overlap, the latter set of rights is narrower than the former... *Erga omnes* obligations concern significant and gross violations, rather than individual or sporadic breaches”, *op. cit.*, p. 194.

Probablemente podría pensarse en una reelaboración de la definición de genocidio como crimen internacional, tomando en cuenta la noción del artículo II de la Convención del 9 de diciembre de 1948, y añadiéndole a ésta la destrucción total o parcial de un grupo determinado, a partir de cualquier otro criterio arbitrario, como el ideológico o el de “costumbre”, y en ejecución de un plan previamente concertado. Véase en un sentido semejante la definición de “genocidio” en el nuevo Código Penal de Francia de 1992 (artículos 211-1). Por su parte, el Código Penal español vigente reproduce en su artículo 607 la definición de la Convención de 1948. No aparece ya el término “social” del antiguo artículo 137 bis, se sustituye por el término “racial”. En México, el Código Penal, en su artículo 149 bis, reproduce la definición de la Convención de 1948 contra el genocidio, añadiendo, y tipificando también el delito de genocidio, a aquel que: “...impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo”.

16 Véase Cassese, Antonio, “La communauté internationale et le génocide”, *Mélanges Michel Virally*, París, A. Pédone, 1991, pp. 183-195.

cómoda escapatoria para los *Estados*, que niegan haber cometido actos de genocidio, sosteniendo precisamente que no existía el “elemento de la intencionalidad”. Como ejemplo, por citar sólo algunos, Antonio Cassese recuerda las repetidas masacres de “armenios” de parte de Turquía; la acción de la armada de Pakistán en 1971, la cual masacró a los habitantes del Bangladesch actual, antes Pakistán oriental; entre 1975 y 1978, en Cambodia, los *Khmers rouges* del Pol-Pot, exterminaron alrededor de dos millones de personas, entre los cuales, grupos étnicos o religiosos, como los Chams (minoría islámica), y los monjes budistas; en 1988, la armada de Irak, ejecutó terribles actos de genocidio en contra de los “kurdos”; en una sola noche (del 16 al 17 de septiembre de 1982), tropas “falangistas cristianas” realizaron una matanza de aproximadamente de 2,800 palestinos, en los campos de Sabra y Chatila (Líbano), gracias a la complicidad criminal de la armada israelita; los falangistas penetraron en los dos campamentos bajo la autorización del comando militar israelita. Esto último quedó plenamente corroborado por la Comisión Internacional de Investigación presidida por M. S. Mac Bride.¹⁷

La otra limitante verdaderamente grave e imperdonable que ve Cassese en la Convención de 1948, se refiere a la ineficacia absoluta de los mecanismos de garantía, es decir, de esos mismos mecanismos que deberían asegurar el respeto de las prohibiciones planteadas en la Convención. Esto es consecuencia del hecho, que la mayoría de los *Estados* que elaboraron la Convención prefirieron privilegiar el momento de la “soberanía nacional”, en detrimento de la exigencia de castigar a los autores de crímenes atroces.

Por ello, concluye Antonio Cassese, y a pesar de los méritos de la Convención de 1948, ésta permanece en numerosos aspectos bajo un “ejercicio diplomático”, viciado de una profunda hipocresía.¹⁸

Afirmar que las personas acusadas de genocidio, deberán ser “juzgadas por un tribunal competente del *Estado* en cuyo territorio el acto fue cometido” (artículo VI); se trata claramente de una garantía puramente platónica, por la sencilla razón de que normalmente el genocidio es perpetrado por las autoridades en el poder, directamente o con su asentimiento, y esos funcionarios logran —como dice Cassese— “neutralizar” fácilmente a los tribunales y en general a todo el aparato gubernamental.

17 Véase Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 16, pp. 184-187 y Cassese, Antonio, *Violence et droit dans un Monde Divisé*, París, PUF, 1990, pp. 117-132.

18 Véase Cassese, Antonio, *op. cit.*, nota 16, pp. 184-193.

Esto es precisamente lo que, casi con plena seguridad, sucedería en el caso de aquellos que piensan que el general Pinochet podría ser enjuiciado en su país. No solamente se deberían de abrogar y/o derogar varias leyes, entre ellas la muy importante Ley de Amnistía, o desaforar además al Augusto senador vitalicio, sino también, como sostuvo el antiguo presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona (juez Antonio Doñate) a su regreso de la misión en Chile en marzo de 1999:

Los militares tienen todo bien atado para no juzgar a Pinochet... Escoja usted una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Si el acusado es un militar, se ha de integrar la Sala que tiene tres ministros, con un “auditor militar”. Vea usted el Pleno de la Corte de Apelaciones. Hay 25 ministros, pero si se ha de enjuiciar un militar se agrega un “auditor militar”. Y si usted examina el Pleno de la Corte Suprema, verá que a los 21 ministros que son miembros se añadirá, en el caso de un acusado de las Fuerzas Armadas, un “auditor militar”... Además, la mayor parte de los integrantes de la Corte Suprema los ha designado Pinochet. Y los nuevos nombramientos... llevan la marca de la fidelidad a ciertas reglas de juego que no deben modificarse.¹⁹

VI. EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y EL PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONALES

La Comisión de Derecho Internacional en su 34 periodo de sesiones, en 1982, nombró al señor Doudou Thiam, como relator especial para el tema relativo a la preparación de un Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacionales.

¹⁹ Véase Ekaiser, Ernesto, “Entrevista a Antonio Doñate: miembro de jueces para la democracia”, *El País*, martes 23 de marzo de 1999, p. 8. Por otro lado, es de sumo interés resaltar la opinión individual emitida por el eminente juez Elihu Lauterpacht, a propósito del “Caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio”, fallado por la Corte Internacional de Justicia el 13 de septiembre de 1993. En este caso entre Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia (Serbia y Montenegro), el profesor Lauterpacht sostiene, en relación a la Convención contra el Genocidio de 1948, que ésta crea dos obligaciones distintas que consisten en: la “obligación de prevenir”, y la “obligación de sancionar”. Luego entonces una violación de sus obligaciones, puede derivar, ya sea únicamente del hecho de que el crimen no fue “prevenido” o ya sea del simple hecho que el mismo no fue castigado. No hay necesidad de que exista a la vez, carencia de prevención y carencia de sanción. Los Estados quedan investidos de una “competencia universal”. Véase Order, 13 de septiembre de 1993, I. C. J. *Reports*, numeral 108-115, pp. 121-124.

En su 48 periodo de sesiones en 1996, la Comisión de Derecho Internacional aprobó el texto del Proyecto de Código antes mencionado y en su artículo 17 al tipificar el “crimen de genocidio”, reproduce la misma disposición contenida en el artículo II de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, por ser ésta... ampliamente aceptada y reconocida generalmente como la definición autorizada de ese crimen... Esta definición consta de dos elementos importantes: el requisito de la intención (*mens rea*) y el acto prohibido (*actus reus*)... El acto prohibido debe cometerse contra una persona por razón de su pertenencia a un grupo determinado... Es la pertenencia de la persona a un grupo determinado y no la identidad de esa persona, el criterio decisivo para definir a las víctimas inmediatas del crimen de genocidio... La intención debe ser la de destruir al grupo “como tal”, lo que significa como entidad separada y distinta... El crimen de genocidio, por su propia naturaleza, requiere la intención de destruir al menos una parte considerable de un grupo determinado.

Como puede verse, la Comisión de Derecho Internacional, órgano codificador por excelencia del derecho internacional dentro del Sistema de Naciones Unidas, lejos de ampliar o enmendar la noción de genocidio previsto en la Convención de 1948, recoge la propia definición del artículo II en forma textual, sin añadir ni quitar un ápice a la misma. En forma idéntica se reproduce la disposición de la Convención en los *Estatutos* de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.²⁰

La Comisión misma reconoce que se decidió utilizar los términos del artículo II de la Convención, para que no hubiera duda de que la lista de actos prohibidos por el artículo 17 del Proyecto era una lista de carácter exhaustivo, y que de ninguna manera pudiera interpretarse como meramente enunciativa.

De esta suerte no se incluyen tampoco aquí, en la definición de genocidio, a los “grupos políticos”, pues de igual manera no se consideró a

20 Véase “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48 periodo de sesiones*, Asamblea General, Documentos Oficiales, 51 periodo de sesiones, suplemento núm. 10 (A/51/10) ONU, Nueva York, 1996, pp. 94-96.

Por otro lado véase el excelente estudio de la profesora de Essex, Hampson, Françoise J., “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Reluctant Witness”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, enero de 1998, pp. 50-74.

este tipo de grupos como “suficientemente estable” a los efectos del crimen de genocidio.

Sin embargo, la persecución dirigida contra miembros de un grupo político podría constituir un crimen contra la humanidad en el sentido del artículo 18 de este mismo proyecto.

Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes:

- a) Asesinato,
- b) Exterminio,
- c) Tortura,
- d) Sujeción a esclavitud,
- e) Persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos.

De acuerdo con esto,

El acto inhumano de persecución puede adoptar muchas formas cuya característica común es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas sin distinción, como reconocen la Carta de Naciones Unidas (artículos 1o. y 55) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2o.). La presente disposición, se aplicaría a los actos de persecución en que no existiera la intención específica que requiere para el crimen de genocidio el artículo 17.²¹

VII. LA DECISIÓN DE LA CÁMARA DE LOS LORES DE 1998

El 25 de noviembre de 1998, los jueces del Comité Judicial de la Cámara de los Lores, en funciones de Tribunal Supremo, decidieron por mayoría de tres contra dos, revocar la inmunidad al general Augusto Pinochet, concedida el pasado 28 de octubre por el alto tribunal de justicia de Inglaterra, por considerar fundamentalmente que los crímenes contra la humanidad —genocidio, terrorismo y tortura— de que era acusado por el juez español Baltasar Garzón, no quedaban bajo el amparo de la legislación británica.

²¹ Véase *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48 periodo de sesiones, cit.*, nota 20, pp. 100-106, y “Symposium, War Crimes: Bosnia and Beyond”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, núm. 2, 1994, *passim*.

El razonamiento legal en contra de la inmunidad del general A. Pinochet, sostenido por los jueces lores del más alto tribunal británico (lord Donald Nicholls, lord Johan Steyn, lord Leonard Hoffman) podría resumirse, en su parte fundamental, de la siguiente manera: La apelación concernía al alcance de la inmunidad de un ex jefe de *Estado*, contra un Auto Provisional emitido a petición del gobierno español, de acuerdo con la sección 8 (b) (i), de la Ley de Extradición de 1989, para el arresto del señor Pinochet.

Para lord Nicholls, lord Steyn y lord Hoffman, un jefe de *Estado*, de acuerdo a la Ley de Inmunidad del *Estado* de 1978 (sección 20), goza de inmunidad absoluta durante el ejercicio de su cargo frente a procesos civiles o penales ante los tribunales británicos. Al haber dejado de ser jefe de *Estado*, el señor Pinochet, no puede alegar inmunidad frente al proceso de extradición en curso.

“Asumiendo como ciertas las alegaciones de hecho contenidas en el auto judicial y en la petición de extradición, la cuestión principal es si aquellos hechos deben considerarse como actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones por un jefe de *Estado*”. El presidente del Tribunal, lord Gordon Slymn, se preguntó respecto a este punto, dónde estaría el límite legal, y concluyó que incluso en actos de tortura, la inmunidad del ex jefe de *Estado* debería prevalecer... Con base en lo anterior, decía por su parte lord Johan Steyn, que prácticamente no sería posible trazar línea divisoria alguna. Este razonamiento conduciría inexorablemente, a sostener que cuando el jefe de *Estado* del *III Reich*, ordenó la llamada “solución final”, su actuación debería considerarse como un acto oficial derivado del ejercicio de sus funciones.

Apenas es necesario afirmar que el ordenar prácticas de tortura contra sus propios nacionales o contra extranjeros, no puede ser considerado como una función de un jefe de *Estado*, de conformidad con la legislación internacional positiva.

Teniendo en cuenta el desarrollo del derecho internacional y su codificación después de la Segunda Guerra Mundial, sería muy difícil, si no imposible, sostener que la comisión de crímenes tan graves, como el genocidio, la tortura, el asesinato a gran escala, y la toma de rehenes, pudieran ser considerados como actos realizados en el desempeño de las funciones de un jefe de *Estado*.²²

22 Véase “Histórica decisión judicial: los cinco fundamentos de una sentencia inédita”, *El País*, 26 de noviembre de 1998, pp. 6 y 7.

A raíz de esta decisión de la Cámara de los Lores, el 9 de diciembre de 1998, el ministro británico del Interior, Jack Straw, resolvió autorizar “el procedimiento de extradición” del general Augusto Pinochet, a solicitud del gobierno español, que había tramitado la iniciativa del juez Baltasar Garzón.

El ministro del Interior consideró, que de acuerdo al Convenio Europeo de Extradición (parte III de la Ley de Extradición de 1989) existían bases suficientes para autorizar el inicio del procedimiento de extradición, ya que Pinochet era acusado en España por delitos equivalentes a los que en el Reino Unido son los de intento de asesinato, conspiración para asesinar, torturar, conspiración para torturar, secuestro de rehenes y conspiración para secuestro de rehenes.

En lo relativo al supuesto “delito de genocidio”, la resolución del ministro Straw hacía observar que la petición española no reunía los requisitos de la definición, ya que de acuerdo a la Ley británica (*Genocide Act*), el delito de genocidio solamente se tipificaba si era cometido en el territorio del Reino Unido, no pudiendo por lo tanto, en esta hipótesis, ser perseguido bajo el concepto de extraterritorialidad.²³

El razonamiento de lord Anthony Lloyd, para desestimar la apelación, es probablemente uno de los más sorprendentes y contradictorios:... “Mantengo que el senador Pinochet goza de inmunidad como ex jefe de *Estado* respecto de los crímenes que se le imputan, de acuerdo con principios plenamente establecidos del derecho internacional consuetudinario, principios que forman parte del *common law* de Gran Bretaña... Un ex jefe de *Estado* disfruta de inmunidad continuada respecto a los actos de gobierno que llevó a cabo como jefe de *Estado*, porque en ambos casos, estos actos se atribuyen al propio *Estado*... En mi opinión, estamos ante un asunto en el que incluso si no existiera una demanda de inmunidad soberana, tendríamos que ejercitar ‘autocontención judicial’, renunciando a nuestra jurisdicción (sic)”, *idem*. Por lo que toca específicamente al papel de la Cámara de los Lores en general, se puede estar de acuerdo con el profesor Harold Link en el sentido de que “Por muchas reformas que se hagan, no parece probable que la Cámara de los Lores reconquiste la influencia que tuvo antaño en el Reino Unido”.

Con todo, el rol desempeñado en épocas recientes dista mucho de ser insignificante. “...Ha sido la caja de resonancia de los grandes problemas nacionales... La discusión de los aspectos importantes de la política nacional llega, en la Cámara de los Lores a una penetración y profundidad poco frecuente...”.

La influencia de estos debates en la formación de la opinión pública es notable. Véase Zink, Harold, *Los sistemas contemporáneos de gobierno*, versión española de Andrés M. Mateo, México, Libreros Mexicanos Unidos, Limusa-Wiley, 1965, pp. 148-150. Cfr. la obra clásica de Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Londres, Oxford University Press, 1867, reimpr. 1974, pp. 107 y 108.

²³ Véase Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, 6a. ed., Londres, Herper Collins Academic, 1991 (en especial capítulo 8: “Jurisdiction”), pp. 104-110). De conformidad con el derecho inglés, la extradición requiere necesariamente una autorización previa que debe emanar del Parlamento (*Act of Parliament*), pues de lo contrario se estaría cometiendo un delito grave (*serious offence*), de acuerdo a la “Ley de Enmienda del *Habeas Corpus*” del año de 1679. La Ley

En realidad, la resolución del ministro Jack Straw era, por decirlo de alguna manera, la primera eliminatoria del torneo. Straw únicamente se limitó a dar la autorización a fin de que se examinara el fondo del caso de extradición.

Lo que ahora procedería de acuerdo al derecho inglés, era la consideración por parte de un tribunal, de decidir, en el sentido de si la petición española sería jurídicamente correcta, y si existía materia delictiva que pudiera ser objeto de extradición.

Contra esta decisión cabría recurso ante la *High Court*; y una vez agotados estos recursos, la Cámara de los Lores debería pronunciarse de nuevo, pero ahora, sobre la procedencia o improcedencia de la extradición; su decisión del 25 de noviembre de 1998 únicamente versaba sobre el problema de la detención, legal o ilegal del general Pinochet.

Al final de todo este laberinto de decisiones, recursos y apelaciones (en caso de que se haya llegado hasta este punto), el ministro del Interior deberá, ahora sí como última instancia, pronunciarse sobre si accede o no accede a extraditar al presunto responsable, al gobierno requirente, esto es al gobierno de España.²⁴

Esta decisión judicial del 25 de noviembre de 1998, por la cual no se le reconocía inmunidad a Augusto Pinochet, significaba un precedente valiosísimo en derecho internacional. Sin embargo, el 17 de diciembre de 1998, un tribunal de cinco jueces lores, adoptó por unanimidad la resolución insólita de anular el fallo por “conducta impropia” del juez lord Hoffmann.

El presidente del Tribunal, lord Browne-Wilkinson, expuso que el juez lord Hoffman, debió haberse excusado de conocer del caso, ya que

más importante a este respecto es la *Extradition Act* de 1870, que faculta a la Corona para adoptar “Ordenes en Consejo”, para dar efecto a los tratados de extradición. *Ibidem*, p. 109.

Jack Straw (Home Secretary) sostuvo: “The Secretary of State has also proceeded on the basis that Senator Pinochet does not enjoy any immunity in relation to the offences in question... Nor does it appear to him that Senator Pinochet is entitled to diplomatic immunity or protection as the head of a special mission”, United Kingdom Home Secretary: response of the Majesty’s Government Regarding the Spanish Extradition Request, diciembre 9 de 1998, *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999, pp. 489-492.

24 Véase Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, capítulo XIX, pp. 291-313. “...No general rule forbids surrender, and this is lawful, unless on the facts it constitutes complicity in conduct harmful to human rights or in crimes under international law, for example, acts of genocide. Much of the material on extradition depends on questions of internal and particular of constitutional law and the effect of treaties on municipal rules”, *ibidem*, p. 307.

era presidente y *Chairperson* de la Fundación *Amnesty International Charity Limited* y que su esposa era además funcionaria de Amnistía Internacional desde hacía más de 20 años. Al no haberse revelado estos hechos en el procedimiento, había un conflicto de intereses (según la petición de anulación de la defensa de Pinochet), y por lo tanto lord Hoffman no debió haber formado parte del Comité de Apelación. Por lo tanto se dejaba sin efecto, por cinco votos a favor (unanimidad), el fallo del 25 de noviembre de 1998.

El punto medular de todo esto es que la organización de derechos humanos, Amnistía Internacional, obtuvo permiso para intervenir en el recurso de apelación ante la Cámara de los Lores, elevó alegatos escritos, y estuvo representada mediante abogados propios.

La mera “aparición de parcialidad”, según esto, vulneraba el fundamento de la función jurisdiccional. En 150 años, no había existido en la Cámara de los Lores, un caso semejante.²⁵

VIII. SENTENCIA DEL 24 DE MARZO DE 1999

El 18 de enero de 1999, se reiniciaron las sesiones destinadas a reexaminar todo el proceso en la Gran Bretaña. Siete jueces lores fueron designados para conocer en esta nueva etapa en calidad de nuevo Comité de Apelación: lord Browne-Wilkinson, lord Millet, lord Saville, lord Goff, lord Philipps, lord Hutton y lord Hope.

El 24 de marzo de 1999 la Cámara de los Lores, última Corte de Apelaciones del Reino Unido, decretó por segunda ocasión que A. Pinochet podía ser extraditado a España, reafirmando así el veredicto anterior, que denegaba al ex dictador la inmunidad jurídica anteriormente invocada por la defensa.

25 En esta decisión del 17 de diciembre de 1998, los cinco jueces lores, nunca acusaron a lord Hoffmann de parcialidad (*bias*) jurídica, *stricto sensu*, sino más bien lo descalificaban, en razón de un posible “conflicto de intereses”. Lord Browne-Wilkinson sostuvo: “... *Once it is shown that the judge is himself a party to the cause, or has a relevant interest in its subject matter, he is disqualified without any investigation into whether there was a likelihood or suspicion of bias... I will call this «automatic disqualification»*”. Por su parte lord Nolan, se sumó a los razonamientos de sus colegas y únicamente añadió una frase: “*I would only add that in any case where the impartiality of a judge is in question the appearance of the matter is just as important as the reality*”.

Véase “U. K. House of Lords: In Re Pinochet” Reasons filed, 15 enero de 1999, *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, marzo de 1999, pp. 430-446 (*op. cit.*, pp. 437-442, respectivamente). “The Law-Lords and Pinochet”, *The Economist*, Londres, 19 de diciembre de 1998. Véase “Los lores obligan a repetir el proceso para decidir sobre la inmunidad de Pinochet”, *El País*, Madrid, 8 de diciembre de 1998.

Sin embargo, en esta segunda decisión (6 a 1) los jueces lores, redujeron drásticamente los cargos válidos para su extradición a tres cargos relacionados con casos de tortura ocurridos durante los últimos quince meses de su mandato.

Los lores consideraron que el Reino Unido sólo estaba comprometido a facilitar la persecución internacional de la tortura a partir de 1988, fecha en la cual este país se adhirió a la Convención Internacional contra la Tortura de 1984; aunque hay que decir que tanto para España como para Inglaterra, la tortura era considerada como delito desde mucho antes, pero no con efectos de extraterritorialidad.²⁶

Para la catedrática Mercedes García Arán, profesora de derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, esta última decisión de la Cámara es muestra de una filigrana jurídica alumbrada por el proverbial pragmatismo anglosajón. “...Se combina la inmunidad con la irretroactividad de las normas penales, lo que resulta al menos discutible. La inmunidad sirve para proteger frente a un proceso judicial... Eliminado el problema formal —la inmunidad— es en el proceso donde debía considerarse el fondo: si la ley es o no retroactiva y si los hechos son o no punibles”. Con esta decisión los lores “...impiden la persecución del delito admitiendo que existe, y como en toda discusión sobre el fuero y el huevo, el primero termina por condicionar al segundo y así queda impune el periodo más siniestro de la dictadura.”²⁷

Con esta segunda decisión los jueces lores cambiaron la interpretación anterior, y sostienen ahora, que los delitos de tortura imputados a Pinochet, para ser considerados como delitos susceptibles de extradición, tendrían

26 Véase Convención contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación o adhesión por la Asamblea General mediante su Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, y en vigor desde el 26 de junio de 1987. Misma fecha de entrada en vigor para México, quien la ratificó el 23 de enero de 1986. La Convención en su artículo 1o. entiende por “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero: información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en algún otro tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a investigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

27 Véase García Arán, Mercedes, “Ganó la humanidad”, *El País*, 27 de marzo de 1999. Con todo, esta catedrática no deja de reconocer que con esta decisión se confirmaba que la jurisdicción internacional frente a estos crímenes no era una quimera, y ya no se podría echar mano de la “aberrante interpretación” de que la tortura podía llegar a considerarse como un acto de gobierno, como acto de Estado, no susceptible de enjuiciamiento. *Idem*.

que haber sido considerados como una conducta criminal *perseguable extraterritorialmente* en el Reino Unido, en el momento en que ocurrieron en Chile.

De ahí que hayan decidido que el “principio de doble criminalidad” (delito en España y delito en el Reino Unido), no estaba vigente con anterioridad, sino sólo a partir del 8 de diciembre de 1988, lo que entonces permite a Pinochet, no responder penalmente por los crímenes de tortura y conspiración para torturar, anteriores a dicha fecha.²⁸

Esto es distinto a la interpretación que hizo lord Bingham, presidente del alto tribunal de justicia, el 28 de octubre de 1998, en el sentido de que lo que se requería era que en el momento de la petición formal de la extradición, el delito fuera una conducta calificada como “criminal” dentro de Gran Bretaña.

Tras la segunda decisión de los lores, el juez español Baltasar Garzón comenzó de inmediato a estudiar y analizar una lista de alrededor de 100 personas que habían sido torturadas a partir de diciembre de 1988.

Ahora bien, dado que el ministro del Interior, Jack Straw, no revocó su propia autorización y decidió seguir adelante con el procedimiento de extradición, en lo que se refiere a los únicos delitos de tortura y conspiración para torturar a partir del 8 de diciembre de 1988, se abrió el llamado

28 “Igualmente no se efectúa la extradición del individuo reclamado cuando el supuesto hecho delictivo no constituye un delito tipificado, tanto dentro del *Estado* requirente, como dentro del *Estado* requerido (*principio de doble tipicidad*). Aquí, sin embargo, ...los tribunales del *Estado* requerido no tienen competencia para analizar el fondo del asunto, sino simplemente averiguar si los testimonios aducidos justifican, *prima facie*, el procedimiento judicial contra el acusado”. Véase *supra*, p. 16.

Véase el texto íntegro Sentencia de los Law Lords de Gran Bretaña, 24 de marzo de 1999. “United Kingdom House of Lords: Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others E parte Pinochet”, *International Legal Materials*, vol. XXXVIII, núm. 3, mayo de 1999, pp. 581-663.

Es interesante resaltar que para lord Millet (pp. 643-652), todo *Estado* posee facultades para ejercer jurisdicción extraterritorial en relación con los crímenes contra el derecho internacional, que comportan una especial gravedad; esto está avalado por el derecho internacional consuetudinario. En este sentido, lord Millet se refirió a un fallo del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (*Prosecutor v. Anto Furundzija*, 1o. de diciembre de 1998), en el que se sostuvo que una de las consecuencias del carácter de *jus cogens* conferido por la comunidad internacional sobre la prohibición de la tortura, estriba en la facultad de todo *Estado* para juzgar, castigar o extraditar, a las personas acusadas de tortura, que se encontraran en un territorio bajo su jurisdicción.

Para lord Millet, el uso sistemático de la tortura en gran escala como instrumento de política estatal, constituye un crimen internacional sujeto a jurisdicción universal mucho antes de 1984: “*The Convention against torture (1984) did not create a new international crime. But it redefined it... Whereas previously states were entitled to take jurisdiction in respect of the offence wherever it was committed, they were now placed under an obligation to do so*”. *Op. cit.*, p. 650.

proceso de revisión judicial, interpuesto por la defensa del ex dictador ante el alto tribunal de justicia.

Este recurso paralizaría completamente todo el procedimiento de extradición hasta su resolución. Si el alto tribunal de justicia rechazaba finalmente, tras varios meses, la revisión judicial, se estimaba que el procedimiento de extradición no se daría antes de septiembre u octubre de 1999, lo que en efecto ocurrió.

En este proceso divinamente endiablado y lleno de toda clase de vericuetos, si el magistrado a cargo del procedimiento resuelve por fin extraditar al señor Pinochet a España, el ex dictador podrá recurrir ante el alto tribunal de justicia, mediante un recurso de *habeas corpus*. El resultado de éste, a su vez, puede ser apelado por defensa y acusación ante la Cámara de los Lores.

Si el caso retorna al ministro del Interior, éste debe comunicar a la defensa de su intención de extradición, y aquí, pueden resurgir otros cursos y recursos para impedir el envío de Pinochet a España.²⁹

El 6 de abril del año 1999, el juez Baltasar Garzón entregó al abogado representante de la Fiscalía británica, Alun Jones, una ampliación de la petición de extradición del ex dictador chileno Augusto Pinochet, en la que detallaba 11 nuevos casos de tortura cometidos después del 28 de septiembre de 1988, con lo que para entonces sumarían un total de 50 casos.

La carrera contra reloj que estaba llevando el juez Garzón era con el fin de demostrar, lo más fehacientemente posible, que estos casos de tortura, fueron consecuencia de una política de represión sistemática, generalizada y continuada, utilizada por el senador Pinochet y sus partidarios para hacerse del poder y aferrarse al mismo.

29 Véase Surrey, "Prestidigitación judicial", *El País*, 28 de marzo de 1999. Es interesante hacer notar que durante los debates y trabajos preparatorios de la Convención contra la Tortura de 1984, solamente Argentina y Uruguay mantuvieron hasta el final su oposición a la inclusión del principio de "jurisdicción universal". El delegado de Estados Unidos defendió la inclusión de la jurisdicción universal en los siguientes términos: "Replying to the Argentine delegation he stated that such jurisdiction was intended primarily to deal with situations where torture is a State policy and, therefore the State in question does not, by definition, prosecute its officials who conduct torture.

For the international community to leave enforcement of the Convention to such a State would be essentially a formula for doing nothing. Therefore in such cases universal jurisdiction would be the most effective weapon against torture which could be brought to bear. *It could be utilized against official torturers who travel to other States, a situation which was not at all hypothetical...*"

Véase Burgers, Herman y Danelius, Hans, *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht/Boston/Londres, Maritnus Nijhof Publishers, 1988, pp. 78 y 79 (énfasis añadido).

Mientras confirmaba el procedimiento de extradición, el mismo 6 de abril se conoció la apertura de otro frente judicial contra Pinochet, por parte de 7 víctimas de la dictadura, ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

La demanda en realidad se enderezaba contra Inglaterra por violación a la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que al limitar la persecución de los delitos a partir de 1988, implicaba la completa impunidad de todos los delitos cometidos, contra los siete demandantes, y uno de los propósitos de la Convención Europea, consistía en la protección de la víctima a la no impunidad del agresor, por lo que se solicitó que se diera curso a la emisión de “medidas cautelares” para el hipotético caso de que el ministro del Interior decidiera denegar la extradición a España.³⁰

IX. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

España había invocado, independientemente de otros tratados, el llamado “principio de universalidad”, y que consiste en que cualquier *Estado* puede llegar a poseer una jurisdicción válida respecto del enjuiciamiento y castigo de una determinada categoría de delitos.

El sustrato fundamental de este “principio de universalidad” consiste en sostener que existen ciertos delitos de tal gravedad, que ello provoca que se vean afectados los intereses de todos los demás *Estados*. Son delitos cometidos en contra de la humanidad: *delicti iuris gentium*.

Todo *Estado* está autorizado, bajo esta hipótesis, a perseguir y apresar al presunto culpable, enjuiciarlo e imponerle una sanción en nombre de la comunidad internacional (genocidio, torturas, terrorismo).

Uno de los argumentos más fuertes en los que se basó la Corte de Israel para condenar a Adolf Eichmann (responsable de la “Solución final”), después de ser secuestrado en 1960 en territorio argentino, fue precisamente el “principio de universalidad”.

Según el Tribunal de Israel, el derecho internacional autoriza a todos y cada uno de los *Estados* a ejercer una “jurisdicción universal” en contra de todos los actos y conductas criminales que constituyan *delicta iuris gentium*.³¹

30 Véase Yoldi, J. y Cuadra, B. de la, “Siete víctimas anteriores a 1988 impugnan el fallo de los lores en el Tribunal de Estrasburgo”, *El País*, 7 de abril de 1999, p. 12.

31 Véase *supra*, pp. 19-21 y 79-82.

La “jurisdicción universal” ciertamente está establecida por el derecho consuetudinario y el derecho convencional o de tratados. Desde el principio del derecho internacional, tal y como se le conoce ahora, el “delito de piratería”, por ejemplo, siempre ha sido considerado como un crimen sujeto al principio de universalidad; a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, este principio cobró más fuerza, referido principalmente a los crímenes internacionales.

X. *AUT DEDERE, AUT PUNIRE*

El 7 de abril del año de 1999, el juez Baltasar Garzón envió un escrito al Ministerio del Interior inglés, invocando el principio *aut dedere, aut punire*, que los jueces lores habían definido el 24 de marzo del mismo año como “extraditar o castigar” al general Pinochet por delitos de tortura y conspiración para torturar.

El juez Garzón, en este mismo escrito, reitera el caso de los 1,198 desaparecidos, que considera como tipificando el delito de “tortura” para sus familiares, y ésto con base no sólo en resoluciones emitidas por Naciones Unidas, sino también en varios precedentes fallados en ese sentido por la Corte Europea de Derechos Humanos.³²

El recurso a la extradición como institución jurídica, por el cual se entrega al Estado requirente al supuesto responsable o inculpado, tiene su base en un tratado o acuerdo internacional, bilateral o multilateral, pudiendo ser concertado con antelación —a la petición concreta de un caso de extradición— o bien en el momento preciso de la petición para extraditar.

En general la extradición es para fines de proceso en causa criminal, o bien, para fines de ejecución de sentencia de la autoridad judicial del *Estado* requirente. La realización del *ius puniendi* es sin duda lo que podríamos considerar como la *ratio legis* que fundamenta la extradición en derecho internacional.

La Convención Interamericana sobre Extradición del 25 de febrero de 1981 establece que:

El Estado requerido podrá denegar la extradición cuando sea competente, según su propia legislación, para juzgar a la persona cuya extradición se solicitó por el delito en que se funda el requerimiento. Si por este motivo la

32 Véase Ekaizer, Ernesto, “Garzón invoca ante Straw el deber del Reino Unido de ‘extraditar o castigar’ a Pinochet”, *El País*, 8 de abril de 1999, p. 13.

extradición es denegada por el *Estado* requerido, éste someterá el caso a sus autoridades competentes y comunicará la decisión al *Estado* requirente” (artículo 2o., párrafo 3).

Así pues, de existir un impedimento fundado en derecho para extraditar, se aplica el principio generalmente reconocido por el derecho internacional: *aut dedere, aut judicare* que es, por supuesto, más restrictivo que el viejo principio grociano de *aut dedere, aut punire*.

Debe quedar claro que lo anterior no quiere decir que el *Estado* estaría frente a una disyuntiva en el sentido de ser libre para escoger entre entregar al inculpado o juzgarlo. En realidad el *Estado* requerido asume la jurisdicción del *Estado* requirente, sólo *excepcionalmente*.³³

XI. LA DECISIÓN DEL 15 DE ABRIL DE 1999

El secretario al frente del Ministerio del Interior (*Home Office*) de Gran Bretaña, Jack Straw, emitió el día 15 de abril de 1999 una nueva autorización para impulsar el proceso de extradición a España del general Augusto Pinochet, al considerar como “delitos graves” las acusaciones de tortura y conspiración para torturar, a partir del 8 de diciembre de 1988, únicos delitos por los cuales puede ser extraditable de conformidad con el fallo del Comité de siete jueces lores, adoptado el 24 de marzo del mismo año.

El ministro del Interior fue de la opinión de que el *senador vitalicio*, Augusto Pinochet, no gozaba del privilegio de “inmunidad soberana”, y que si bien el ámbito temporal de las indagaciones judiciales había quedado sensiblemente reducido, la Convención Europea de Extradición del 13 de diciembre de 1957 (*Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1982) y el tratado de Extradición entre España y el Reino Unido del 22 de julio de 1985 (*Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986), hacían obligatorio para Inglaterra el proceso de extradición, y fundamentaban la competencia de los tribunales españoles para llevar a cabo el enjuiciamiento por los crímenes de lesa humanidad. El principio de la soberanía estatal no puede prevalecer en el derecho internacional vigente frente al principio de jurisdicción universal, cuando se trata de crímenes contra la humanidad con rango indiscutible de *ius cogens*.³⁴

³³ Véase *supra*, pp. 8-13.

³⁴ Véase Texto del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, *Boletín Oficial del Estado*, 8 de junio de 1982; Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición del 17

Hay que añadir que en estricto sentido, el ministro del Interior, se basó principalmente para autorizar que se siguiera el juicio de extradición, en la Convención Europea de Extradición de 1957, y no tanto en el Tratado Bilateral de Extradición de 1986, ya que la primera estipula que:

1) El presente Convenio abroga, en lo que concierne a los territorios en los cuales se aplica, las disposiciones de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales que regulen la materia de la extradición entre dos partes contratantes. 2) Las partes contratantes no podrán concluir entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales más que para completar las disposiciones del presente Convenio para facilitar la aplicación de los principios contenidos en éste... (artículo 28, párrafos 1 y 2).³⁵

XII. POSIBILIDAD DE ARBITRAJE O CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El 23 de abril de 1999 el ministro de Asuntos Exteriores de Chile anunció la decisión del ejecutivo chileno, de considerar la posibilidad de someter a un arbitraje, a la Corte Internacional de Justicia, por el diferendo generado a raíz de la detención del general Augusto Pinochet y la subsecuente decisión de la Cámara de los Lores (24 de marzo de 1999) y del ministro británico, Jack Straw (15 de abril), dando luz verde para que se prosiguiera con el proceso de extradición.

La República de Chile estaría fundamentándose, nada más ni nada menos que en el mecanismo de solución de controversias contemplado por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984, específicamente en su artículo 30, párrafo 1, que dispone:

de marzo de 1978, *Boletín Oficial del Estado*, 11 de junio de 1978. Véase “Acuerdo entre los Estados Miembros de las Comunidades Europeas relativo a la Simplificación y a la Modernización de las Formas de Transmisión de las Solicitudes de Extradición”, 26 de mayo de 1989, *Service Juridique*, E. P. C. Véase “Convenio establecido sobre la base K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea firmado en Bruselas el 10 de marzo de 1995, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 30 de marzo de 1995.

³⁵ El Tratado Bilateral de Extradición entre España y Gran Bretaña, 4 de junio de 1978, fue denunciado por el gobierno español, por “voto verbal”, 13 de abril de 1978 (*Boletín Oficial del Estado*, 4 de noviembre de 1978). En su lugar se celebró el Tratado de Extradición entre Gran Bretaña y España, 22 de julio de 1985, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986.

Las controversias que surjan entre dos o más *Estados* Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la presente Convención, que no puedan sancionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje, las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el *Estatuto* de la Corte.³⁶

XIII. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

En las II Jornadas Universitarias sobre Derechos Humanos en la ciudad de Granada, España (abril de 1998), el juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, se mostró “pesimista” respecto a la Corte Penal Internacional creada el 17 de julio de 1998 mediante el Estatuto de Roma, al término de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas.

Si algún día esta Corte entrara en vigor, el Estatuto del Tribunal presentaría dificultades de tipificación, según Baltasar Garzón, y “raquitismo a la hora de definir, por ejemplo, delitos como el de genocidio”, que retoma *sic et simpliciter*, la definición del artículo II de la Convención de 1948 contra el Genocidio.

Además, decía Garzón, se presenta el problema de que esta Corte Penal se fundamenta en un “principio de irretroactividad” sobre delitos que a juicio del juez no se justifican, ya que dichos delitos están tipificados por tribunales y decisiones anteriores.

Otro de los señalamientos importantes que hizo resaltar el mencionado jurista consiste en que, en su opinión, no es adecuado que el Tribunal Internacional sólo pueda actuar a instancias de su “fiscalía”, y no por otros organismos colectivos de agrupaciones de ciudadanos, lo que obviamente le va a restar eficacia, y más aún si se tiene en cuenta que en las

36 Véase Texto de la Convención contra la Tortura adoptada y abierta a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, 10 de diciembre de 1948, y en vigor a partir del 26 de junio de 1987, en el volumen *Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, pp. 211-225. No deja de llamar la atención que el gobierno de Chile formuló una “reserva” expresa a dicho artículo 30, y que ahora viene a retirar para que ésta quede sin efecto. Jurídicamente el decreto chileno para dejar sin efecto la “reserva” es intachable, ya que así lo prevé la misma disposición en su párrafo 3: “Todo *Estado* Parte que haya formulado la reserva prevista... podrá retirarla en cualquier momento, notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas”. Independientemente de este nuevo canal y de lo que pueda suceder, es obvio que ello no afecta al proceso de extradición en sí mismo, éste sigue su curso.

actuaciones de la Corte Penal Internacional pueden quedar paralizadas por decisión del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas.³⁷

Hay que resaltar aquí, que la competencia de la Corte se circunscribe a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

La Corte (artículo 5o.) tendrá competencia de conformidad con el presente *Estatuto*, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio (artículo 6o.).
- b) Los crímenes de lesa humanidad (artículo 7o.).
- c) Los crímenes de guerra (artículo 8o.).
- d) El crimen de agresión (el *Estatuto* reenvía la definición de este crimen a la Conferencia de Revisión que tendrá lugar en 7 años).

En lo que respecta al ejercicio de su competencia, el juez Garzón no deja de tener razón, ya que el *Estatuto* prevé:

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo cinco, de conformidad con las disposiciones del presente *Estatuto* si:

- a) Un *Estado* parte remite al fiscal, de conformidad con el artículo catorce, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite el fiscal, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes, o
- c) El fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de este tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo quince.

Por último habría que señalar que, si bien el fiscal puede iniciar investigaciones de su propia iniciativa, esto es de oficio, la “Sala de cuestiones preliminares” debe otorgar su aval a fin de que el fiscal prosiga con la investigación (artículo 15). Pero lo más delicado de todo esto es que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede ordenar al fiscal, por medio de una resolución adoptada en el marco del capítulo VII de la Carta de la ONU, suspender sus investigaciones por un periodo de 12 me-

³⁷ Véase Rome Statute of the International Criminal Court”, 17 de julio de 1998, U. N. Doc. A/CONF. 183/9; *International Legal Materials*, XXXVII, 1999 (1998). Véase Arias, Jesús, “El juez Garzón duda de la eficacia del futuro Tribunal Penal Internacional”, *El País*, 24 de abril de 1999.

ses, el cual puede ser renovado una y otra vez (*Deferral of Investigation or Prosecution*, artículo 16).

Este podría haber sido el caso si, por ejemplo, antes de la firma de los Acuerdos de Dayton, ya existiera la Corte Penal Internacional, y hubiere pretendido ésta perseguir a Slobodan Milosevic.

Con todo y sus limitantes y artículos controvertidos, no cabe duda que la creación de una Corte Penal Internacional, es un paso más en favor de una jurisdicción penal internacional con vocación universal.³⁸

XIV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE *BOW STREET* DEL 8 DE OCTUBRE DE 1999

En este endemoniado proceso de extradición, pero importantísimo para los derechos humanos, el último desarrollo del mismo se daría con la esperada sentencia del 8 de octubre (1999) dictada por el magistrado presidente del Tribunal Penal de *Bow Street*, Ronald Bartle.

El magistrado presidente sostuvo que ya existían suficientes tratados internacionales que "...representan la creciente tendencia de la comunidad internacional para combatir la ilegalidad de delitos que son aborrecibles para la sociedad civilizada, ya sean cometidos por individuos, grupos terroristas, o por gobiernos no democráticos contra sus propios ciudadanos".

Pero además, el juez Bartle abrió un nuevo campo de actuación judicial al mencionar la posibilidad de que sean equiparados los tristemente famosos "desaparecidos" que suman un total de 1,198 casos pendientes, con el delito de "tortura" en relación con los familiares de los "desaparecidos", al configurarse una terrible e inconcebible "tortura mental".

En un pasaje de gran lucidez jurídica, el magistrado presidente establece:

Nunca se subrayará demasiado que estos procedimientos (de extradición), no están encaminados a decidir la culpabilidad o inocencia del senador Pinochet, con respecto a las alegaciones que se han presentado en su contra, ni un fallo por mi parte de que la demanda de España debe cumplirse, sería

38 Véase "War Crimes Tribunals: The Record and the Prospects", *American University International Law Review*, vol. 13, núm. 6, *passim*. La Conferencia de Roma concluyó adoptando el texto del *Estatuto* de la Corte Penal Internacional con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. México se abstuvo por considerar que era una Corte más política que jurídica. ¡Ojalá no hayamos pecado, como en otras ocasiones, de un alto grado de "juridicismo estéril!"

una indicación en ningún sentido, de que me hubiese ya formado una opinión sobre su culpabilidad o inocencia.

La finalidad de esta Audiencia, es para que yo, como magistrado, pueda decidir si se dan o no, las condiciones que me obligarían a conminar al senador Pinochet a esperar la decisión del ministro del Interior.

Reconociendo que respecto a la cuestión de “inmunidad”, el Tribunal de *Bow Street* estaba vinculado por la decisión de la Cámara de los Lores, en el sentido de que Pinochet no gozaba de inmunidad respecto a los delitos por los que se solicitaba su extradición, el magistrado presidente del Tribunal Penal londinense sentenció: “...En este sentido, determino que la información que obra en mi poder relativa a alegaciones después del 8 de diciembre de 1998, describe una línea de conducta equivalente a tortura y conspiración para la tortura, por lo que el senador Augusto Pinochet, no goza de inmunidad”.³⁹

XV. RAZONES HUMANITARIAS

En forma un tanto inesperada, el ministro del Interior británico, Jack Straw, anunció el 11 de enero de 2000 que el dictador Augusto Pinochet no estaba en condiciones de someterse a juicio, de conformidad con los exámenes médicos que le fueron practicados en Londres, por lo que no debía de continuarse con el proceso de extradición, resolviendo repatriarlo a su país.

Esta decisión —que parece definitiva—, no deja de ser jurídicamente debatible y éticamente inadmisibile.

En casi todos los países opera una norma de derecho penal según la cual en ningún caso, por razones médicas u orgánicas puede el imputado o procesado sustraerse a la acción de la justicia, salvo en el supuesto de enajenación mental, y sólo si ésta llega a ser irreversible. Esta norma que encontramos en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos internos es igualmente aplicable en derecho internacional como un principio gene-

39 Véase texto de la Sentencia del magistrado Ronald Bartle, *Internet*, <http://www.elpaís.es/p/d/temas/pinochet/bartlei.htm>. (versión original). La decisión del juez R. Bartle puede ser apelada ante la Corte Suprema, y después de nuevo ante la Cámara de Lores. En el caso de que el señor Pinochet no sea eximido de sus cargos, la decisión final respecto a su extradición a España compete al ministro del Interior de Gran Bretaña.

ral de derecho, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁴⁰

Pero además, resulta aberrante pensar que aquél que nunca tuvo el menor rasgo de piedad para sus víctimas, aquel que silenció para siempre a miles de seres humanos de toda edad y condición, aquel que infligió a sus víctimas las más inenarrables torturas, aquél cuya dictadura se caracterizó por el desconocimiento de los más elementales derechos humanos, sea ahora regresado milagrosamente a su país “por motivos humanitarios”, después de una apacible estancia en la suntuosa Villa de Virginia Walters, que no es lo mismo que Villa Grimaldi, de funesta memoria. ¡No cabe duda que la lógica de los derechos humanos parece seguir en desventaja frente a la lógica de los intereses políticos!

XVI. CONCLUSIÓN

Sea cual fuere el desenlace último y definitivo de este proceso de extradición, el mismo constituye ya en sí un gran avance histórico en la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

El principio de “justicia universal” que permite perseguir a los autores de delitos contra la humanidad cometidos en otro país, ha tomado ya carta de naturalización.

Los responsables de crímenes execrables deben ser sometidos a juicio; esto marca ciertamente un parteaguas en la lucha contra la impunidad y contra las “dictaduras”, sean estalinianas o pinochetistas.

La tiranía es siempre tiranía, sea reaccionaria o dizque progresista.⁴¹

“No hay que olvidar que el azar juega un papel importante en nuestras vidas, y aquello que pensamos que no nos puede ocurrir jamás, es posible que un día entre por la puerta de nuestra casa y nos arruine para siempre la existencia” (Pozuelo/Tarín).

40 Véase texto íntegro de los argumentos expuestos por el juez instructor del “Caso Pinochet” y remitidos a Londres, *El País*, 15 de enero de 2000, p. 4. “No debe olvidarse en este punto que no han sido ni son infrecuentes los procesos seguidos contra personas octogenarias que han sido enjuiciadas y sentenciadas. Por poner sólo tres ejemplos, valgan los casos de Maurice Papon, Paul Touvier y Klaus Barbie. En todos ellos los afectados tenían dolencias orgánicas, y sin embargo, se satisfizo el interés de la justicia...”. *Idem*.

41 Véase Fernández Castresana, Carlos, “El general en el laberinto”, *El País*, 27 de septiembre de 1999. Este articulista concluye: “La extradición de un ex jefe de Estado por crímenes contra la humanidad en aplicación de la jurisdicción universal, no conoce precedentes. Pero si queremos que el derecho internacional se desarrolle y se convierta en un instrumento eficaz de protección de los derechos humanos, tenemos que dejar nacer a esos precedentes”.

XVII. APÉNDICE

AUTOS Y SENTENCIAS
DE LA AUDIENCIA NACIONAL ESPAÑOLAAUTO DE EXTRADICIÓN DE AUGUSTO PINOCHET
DICTADO POR EL JUEZ BALTASAR GARZÓN*

Procedimiento: Sumario 19/97-J
Juzgado Central de Instrucción número cinco
Audiencia Nacional
Madrid

AUTO

En Madrid, a tres de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES

Primero: Los días 16 y 18 de octubre se dictaron sendos autos y órdenes de detención internacionales con fines de extradición contra Augusto Pinochet Ugarte en este procedimiento, por los delitos de genocidio y terrorismo internacional, desarrollados a través de múltiples asesinatos, conspiraciones para el asesinato, secuestro, torturas y desapariciones desarrolladas dentro del marco de la actividad represiva violenta que inició con la toma del poder en Chile mediante el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 y que concluyó con el abandono del mismo en 1990. En esas resoluciones se concretaban las fechas de 1976 a 1983, en las que su actividad delictiva en el ámbito internacional, a través de la DINA que dirigió hasta su desaparición en agosto de 1977 y la CNI que la sustituye, se coordinó con las autoridades Argentinas dentro del denominado Plan Cóndor.

El día 16 de octubre de 1998 a las 23:30 hrs. se llevó a efecto la detención, comenzando a partir de ese momento el periodo para reclamar —40 días— la extradición.

* Este Auto se hizo público el 19 de octubre de 1998.

En fecha 18.10.98 se dio traslado a las partes para que informaran lo que a su derecho conviniera sobre la posible propuesta de extradición.

Segundo: El fiscal jefe de la Audiencia Nacional solicita que se dicte resolución comunicando al gobierno de España que no demande de las autoridades británicas la extradición de Augusto Pinochet por entender que no existen motivos para hacerlo:

1. Por no ser firmes los autos de admisión de querrela y prisión.
2. Por la condición de aforado del imputado señor Pinochet Ugarte.
3. Porque, según el señor Fiscal, el Convenio Europeo de Extradición no puede aplicarse con efectos retroactivos a la relación extradicional entre España y Reino Unido por las fechas de ratificación de ambos países de aquel Convenio en 21 de Abril de 1982 y 13 de febrero de 1991 respectivamente.

4. El reclamado señor Pinochet no es de nacionalidad española, no ha cometido delito en España y se ha refugiado en país extranjero.

5. Los hechos no constituyen delito de genocidio.

6. Los demás delitos no pueden ser objeto de extradición —asesinatos, secuestros...

7. La jurisdicción española no es competente.

8. Porque en Chile se están enjuiciando estos hechos.

9. Tampoco cabe solicitarla por delito de terrorismo al no integrar el concepto y no ser perseguible en España, sino a partir de la Ley de 1.7.85 —Ley Orgánica del Poder Judicial—.

10. Hipotéticamente, debería ser el Reino Unido el competente para enjuiciar el delito de terrorismo en aplicación de los artículos 6o. y 7o. del Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo.

11. El criterio de Universalidad del artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial cede ante el criterio de territorialidad prevalente.

12. No existe jurisdicción en España para perseguir los delitos de Tortura cometidos fuera de España por ciudadanos no españoles. Correspondería al Reino Unido la competencia de acuerdo con los artículos 6o. y 7o. del Convenio Europeo de Extradición.

13. A los efectos del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Extradición, Augusto Pinochet Ugarte no es ciudadano español.

14. Que la cláusula de imprescriptibilidad del delito de genocidio ha sido introducida en el Colegio Penal español el 23 de noviembre de 1995 sin efectos retroactivos.

Por otra parte solicita que se incluyan determinadas certificaciones de su dictamen y recursos y normas con la documentación extradicional.

Tercero: Las acusaciones populares y particulares han solicitado sucesivamente se reclame la extradición por los hechos y delitos a los que se refieren los autos de prisión, sin perjuicio de ampliar los hechos en plazo legal.

Cuarto: En fecha 20 de octubre de 1998 el Juzgado Central de Instrucción número 6 se ha inhibido a favor de este procedimiento del Sumario 1/98; inhibición, y, por tanto, competencia aceptada por auto del 21 de octubre de 1998.

HECHOS

Primero: Augusto Pinochet Ugarte —nacido en Valparaíso, Chile, el 25 de noviembre de 1915, Cédula Nacional de Identidad Chilena núm. 1.128.923, casado con Lucía Hiriart y padre de Inés Lucía, Augusto Osvaldo, María Verónica, Marco Antonio y Jacqueline Marie, actualmente detenido a efectos de extradición en Londres— el día 11 de septiembre de 1973, encabezó un golpe militar que dio como resultado el derrocamiento y muerte del presidente constitucional de Chile, Salvador Allende y el inicio de una feroz represión que se extenderá entre aquella fecha y 1990, alcanzando su punto álgido durante los años 1974 y 1975.

El señor. Pinochet Ugarte, desde su posición de mando, pero en una actividad ajena a la función pública como presidente de la Junta de Gobierno, crea y lidera en el interior de su país, en coordinación con otros responsables militares y civiles de Chile, y en el exterior, de acuerdo con Argentina y otros Estados del Cono Sur Americano, una organización delictiva internacional cuya única finalidad será conspirar, desarrollar y ejecutar un plan criminal sistemático de detenciones ilegales, secuestros, torturas seguidas de la muerte de la persona, desplazamientos forzosos de miles de personas y desaparición selectiva de un mínimo de 3.178, con la finalidad de alcanzar una serie de objetivos político-económicos que reafirmen las bases de la conspiración y consigan instaurar el terror en la población.

De esta forma el objetivo principal de los conspiradores es la destrucción parcial del propio grupo nacional de Chile integrado por todos aquellos que se les oponen ideológicamente a través de la eliminación selectiva de los

líderes de cada uno de los sectores que integran el grupo, a través de la detención, secuestro seguido de desaparición, ejecución y torturas que infieren a las víctimas del grupo graves daños físicos y mentales.

La acción criminal se dirige también a la destrucción de dicho grupo por ser contrarios sus miembros al planteamiento religioso oficial de la Junta de Gobierno, como ocurre con los llamados “Cristianos por el Socialismo” que son materialmente eliminados. Así como violentando las creencias no teístas del grupo dominado.

En el desarrollo de esta actividad criminal, ajena a las labores propias del gobierno, recibe el apoyo y colaboración, como ya se ha dicho, de otros responsables militares chilenos, tales como Gustavo Leigh Guzmán, Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo, Raúl Eduardo Iturriaga Newman, alias Luis Gutiérrez, y otros de otros países, en el marco del llamado Operativo (Plan) CÓNDOR, diseñado para la eliminación física de adversarios políticos en cualquier país miembro del Operativo (Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay), o en cualquier otro en el que se hallaran, como por ejemplo España, EE.UU., Portugal, Francia, Italia, México, mediante la acción clandestina o abierta, según el país, de miembros de los Servicios de Inteligencia Chilenos (DINA) o Argentinos (SIDE) o militares especialmente desplazados a tal fin.

Segundo: En el desarrollo de dicho plan criminal, Augusto Pinochet Ugarte, a la sazón comandante en jefe del Ejército el día 11 de septiembre de 1973, junto con otros querellados, bajo amenaza de las armas exige al presidente constitucional de la República de Chile Salvador Allende, hacia las 8.20 horas, la entrega del mando a la autoproclamada e ilegal “Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas de Orden”.

Ante la negativa del jefe del Estado asaltan el Palacio de La Moneda —sede de la presidencia de la República— mediante bombardeo de artillería y aviación, y, hacia las 13:45 h. entra la infantería hallando al presidente muerto.

Ese mismo día por la noche, se constituye la “Junta de Gobierno de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden” que se plasma en el Decreto Ley 1/1973 de fecha 11.9.73, publicado en el *Diario Oficial* el 18 del mismo mes titulándose “Acta de Constitución de la Junta de Gobierno” y aparece designado como presidente de ésta, Augusto Pinochet Ugarte, aunque los poderes efectivos los ostenta la Junta, que resolverá por unanimidad. Esta situación se mantiene con el Decreto Ley 527

del 17 de junio de 1974 publicado el 26.6.74 y hasta el Decreto Ley 806 de 17.12.74 que modifica el artículo 7o. del Decreto Ley 527 en el sentido de que el presidente de la Junta ostentará el cargo de presidente de la República. Todos los hechos que se describen fueron ejecutados al margen de lo que la Ley establecía como competencias propias de un jefe de Gobierno.

El día 11 de septiembre de 1973, Augusto Pinochet, junto con otros querrellados y para dar comienzo al plan trazado, cuyo primer paso se cumple con el levantamiento militar, ordena la detención y posterior desaparición —que permanece hasta el día de hoy—, de las siguientes personas, la mayoría colaboradores del presidente Allende que son sacados del Palacio de La Moneda y conducidos al Regimiento Tacna donde son torturados y posteriormente extraídos, previsiblemente para ser ejecutados.

(Sigue una larga relación de víctimas que ocupa casi dos centenas de páginas).

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: El objeto de esta resolución es el de proponer al gobierno español que solicite la Extradición de Augusto Pinochet Ugarte (artículos 824 y 825 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), contra el que existen sendos autos de prisión por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas en los cuales se incluyen, no sólo las desapariciones, secuestros, muertes y demás actos contra la vida, dignidad y libertad de las personas que se mencionan en los autos de 16.10.98 y 18.10.98, sino todos aquellos que se comprenden en esta resolución y que integran el único delito de genocidio y terrorismo y múltiples de torturas de los artículos 607, 571 y siguientes y 173 y siguientes del Código Penal, en relación con los artículos 139, 140, 163 y 164 que presuntamente perpetró, entre otros, el querrellado señor Pinochet de acuerdo con el plan previamente diseñado de eliminación selectiva y sistemática de opositores políticos, segmentos o sectores concretos del grupo nacional chileno, grupos étnicos o religiosos, con el fin de eliminar cualquier discrepancia ideológica y “purificar” el sistema de vida chileno...

Respecto a la condición de senador, decir que no concurren los requisitos exigidos por la Ley para que le sean de aplicación la especial regulación aforamiento de esa situación...

...El llamado aforamiento que jamás debe ser defendido como privilegio, sino como garantía de determinadas funciones, de aquellas especialmente relevantes y de la propia sociedad y que sirve al bien común, conforme al establecimiento de una serie de reglas especiales de competencia *objetiva ration* persona que determinarán la atribución de la instrucción y/o el conocimiento de un asunto penal a un Tribunal de grado superior al que le correspondería, según las reglas generales, cuando el sujeto imputado ejerce, como acaba de decirse, cargo, oficio, o empleo público que lleva anejo tal aforamiento...

El querrellado señor Pinochet Ugarte no goza de inmunidad de tipo alguno conforme a esa misma normativa internacional y de acuerdo también con la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 a la que se adhirió España el 21 de noviembre de 1967 (BOE 24 de enero de 1968), que en su artículo 14 enumera cuáles son los agentes diplomáticos...

Segundo: Conviene ahora hacer algunas reflexiones sobre cuestión suscitada acerca de la aplicación del principio de “inmunidad soberana” o inmunidad respecto de los hechos...

En primer lugar ha de decirse que dicho argumento —aunque se aceptara a efectos dialécticos— cede ante la evidencia que se refleja en el hecho de que el señor Pinochet no es nombrado presidente de la República de Chile hasta el 17 de diciembre de 1974 en virtud del Decreto Ley 806, de 1974, y, previamente, se constituye en jefe de Gobierno el 11 de septiembre de 1973 por la noche en virtud del Decreto Ley 1/1973, de la Junta de Gobierno. Por tanto, al menos en esos dos periodos no estaría amparado por dicha inmunidad.

En segundo lugar, debe decirse categóricamente que tal inmunidad no existe en el ordenamiento jurídico español...

Cuarto: Para agotar las posibilidades sobre la cuestión de si el querrellado señor Pinochet Ugarte tiene o no derecho a la inmunidad como Jefe de Estado, que impida su extradición a España desde el Reino Unido, es preciso ver algunas consideraciones más:

1) El señor Pinochet se convirtió en jefe de Estado al derrocar por la fuerza a un gobierno democráticamente elegido.

2) Los crímenes que se le imputan son crímenes, contemplados en el derecho internacional.

3) Cuando fueron cometidos estos crímenes también violaron las legislaciones criminales chilenas, aunque fueron posteriormente amnistiados.

4) Si bien un Estado tiene el poder de otorgar amnistías por crímenes cometidos en su territorio o sujetos a su jurisdicción, dichas amnistías no proceden a quien cometió los actos amnistiados de responsabilidad penal ante el derecho internacional si los actos constituyen crímenes bajo el derecho internacional...

Sexto: ...Es llamativo que los hechos que se investigan en esta *causa* no hayan recibido en sede judicial hasta ahora la categoría de presuntos delitos de genocidio y sin embargo, la ONU, consciente de lo que estaba sucediendo, recibió y acogió a todos aquellos que conseguían salvarse y huir de Argentina y Chile como víctimas de un verdadero genocidio.

Décimo: La cúpula militar argentina que en 1975 prepara el golpe de Estado y los que lo ejecutan en marzo de 1976 no sólo tienen como objetivo la destrucción parcial de la nación Argentina (autogenocidio) que ya se ha tratado, sino que su conducta también estuvo guiada por otra finalidad cual es la destrucción sistemática de personas de una determinada ideología por su mera pertenencia a tal grupo ideológico.

En la discusión sobre los grupos objeto de genocidio en la Convención de 1948 se sostuvo por la mayoría de los participantes que los grupos ideológicos o políticos deberían ser tratados igual que los religiosos, pues ambos tienen una idea común —ideología— que une a sus miembros.

Los hechos ocurridos en Argentina entre los años 1976 y 1983 de los que forman parte algunos de los investigadores en esta *causa* y que se imputan a Augusto Pinochet Ugarte en coordinación con sus homólogos argentinos, pueden ser subsumidos además de en la destrucción parcial de un grupo nacional, en la destrucción de un grupo por motivos religiosos, equiparando esta conducta a la destrucción de un grupo religioso.

Destruir a un grupo por su ateísmo o su común no aceptación de la ideología oficial de los genocidas es, también, según esto, destrucción de un grupo religioso, en la medida en que, además el grupo a destruir se comporta técnicamente como objeto de identificación de la motivación o elemento subjetivo de la conducta genocida. Parece, en efecto, que la conducta genocida puede definirse tanto de manera positiva, en función de la identidad del grupo a destruir —musulmán, por ejemplo—, como de forma negativa y, por cierto, de mayores pretensiones genocidas —todos

los no cristianos, o todos los ateos, por ejemplo—. Esta idea concluye pues, que es genocidio de un grupo religioso la destrucción sistemática y organizada, total o parcial de un grupo por su ideología atea o no cristiana, es decir, para imponer una ideología religiosa cristiana determinada.

Decimoprimer: ...Tal como se establece en los autos del 25 de marzo de 1998 y 11 de mayo de 1998 de este Juzgado, y en el auto del 15 septiembre de 1998 del Juzgado Central de Instrucción número 6, confirmados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Pleno, que establece la jurisdicción española para entender, investigar y enjuiciar el delito de genocidio al que se refiere este sumario, la competencia está fuera de toda duda.

Decimosegundo: ...además de lo expuesto conviene recordar que el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya tiene establecido que los principios en que se basa el Convenio para la Prevención y la Represión del Genocidio son principios reconocidos por las naciones civilizadas, como obligatorios para los Estados, incluso al margen de todo vínculo convencional. De tal modo no puede ser contraria al Convenio la decisión del legislador español de instaurar —desde antiguo— el principio de persecución universal porque con ello están dando fiel cumplimiento a todo el conjunto de principios que informan dicho Convenio y que le hacen formar parte del derecho internacional consuetudinario, como resalta el Informe del secretario general de Naciones Unidas del 3 de mayo de 1993.

Decimoséptimo: Vistos los hechos y los razonamientos jurídicos expuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 824 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede proponer al gobierno que solicite la extradición del querellado-imputado —contra el que se han dictado sendos Autos de prisión de fechas 16 y 18 de octubre de 1998— Augusto Pinochet Ugarte, actualmente detenido —a efectos de extradición— en el Reino Unido, al que deberá cursarse la petición de conformidad con el artículo 827 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 12 del Convenio Europeo de Extradición del 13 de diciembre de 1957.

DISPONGO

1. Proponer al gobierno de España que solicite de las autoridades británicas competentes —“Home Secretary”— la extradición de Augusto Pinochet Ugarte —nacido en Valparaíso, Chile, el 25 de noviembre de

1915, como Cédula Nacional de Identidad chilena número 1.128.923, casado con Lucía Hiriart y padre de Inés Lucía, Augusto Osvaldo, María Verónica, Marco Antonio y Jaqueline Marie— imputado en esta *causa* por los hechos descritos en esta Resolución y que integran presuntamente los delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

2. Elevar atento suplicatorio a la excelentísima señora ministra de Justicia, a través del excelentísimo señor presidente de la Audiencia Nacional, acompañando la solicitud para que se le dé curso por vía diplomática, debidamente traducida al idioma inglés.

3. Acompañar, junto con dicha solicitud:

a) Testimonio de los Autos de Prisión de fechas 16 y 18 de octubre de 1998 y las órdenes de detención internacional, debidamente traducidas al idioma inglés.

b) Testimonio del Auto de Extradición, debidamente traducido al idioma inglés, en el que se detallan los hechos y razonamientos jurídicos.

c) Copia de las disposiciones legales que se citan, traducidas al idioma inglés.

Así lo manda y firma el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional, doy fe.

SENTENCIA DEL PLENO DE LA AUDIENCIA NACIONAL
DECLARÁNDOSE COMPETENTE PARA INVESTIGAR
EL GENOCIDIO EN CHILE
(Madrid, 6 de noviembre de 1998)

Rollo de apelación 173/98
Sección Primera
Sumario 1/98
Juzgado Central de Instrucción número seis

AUTO

PLENO DE LA SALA DE LO PENAL

Excmo. Sr. Presidente
Don Siro Francisco García Pérez
Ilmos Sres. Magistrados
Don Francisco Castro Meije
Don Carlos Cezón González
Don Jorge Campos Martínez
Doña Ángela Murillo Bordallo
Don Juan José López Ortega
Don Carlos Ollero Butler
Doña Manuela Fernández Prado
Don José Ricardo de Prada Solaesa
Don Antonio Díaz Delgado
Don Luis Martínez de Salinas Alonso

En Madrid, a cinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el Juzgado Central de Instrucción número Seis, en el sumario número 1/98, se dictó, con fecha 15 de septiembre de 1998, auto con parte dispositiva del siguiente tenor:

DISPONGO

Primero. Se mantiene la competencia de la jurisdicción de este órgano para la continuación de las diligencias de instrucción que se siguen.

Segundo. Líbrese Comisión Rogatoria Internacional a las autoridades judiciales de Santiago de Chile, a fin de que se certifique, a la mayor brevedad posible, si existen abiertas causas penales contra don Augusto Pinochet Ugarte, y en caso afirmativo, número de los mismos y delitos que se le imputan.

Segundo. Contra dicho auto interpuso el Ministerio Fiscal recurso de reforma, que fue desestimado por auto del Juzgado del 1o. de octubre de 1998, contra el que el Ministerio Fiscal recurrió en apelación, que fue admitida en un solo efecto.

Tercero. Fueron elevados los testimonios correspondientes y los emplazamientos a la Sección Primera de esta Sala y, efectuado el trámite de instrucción, al amparo de lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Pleno de Sala acordó por providencia del 22 de octubre de este año que para la vista y deliberación del recurso formasen Sala todos los magistrados de la misma. También que la vista del recurso sería pública, señalándose día y hora para su celebración.

Cuarto. La vista se celebró el pasado día 29 de octubre, informando el Ministerio Fiscal, cuyas funciones ejerció el Ilmo. Sr. Fiscal don Ignacio Peláez como apelante, y el Letrado don Juan E. Garcés Ramón, en defensa de doña Josefina Llidó Mengual, de doña María Alsina y de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, como partes apeladas.

Fue deliberado y votado el recurso en la mañana del día siguiente, 30 de octubre de este año.

Sobre las dos de la tarde, decidió el recurso por unanimidad, se comunicó a las partes y se hizo público el resultado de la votación.

Quinto. Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos Ce-zón González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Motivos del recurso

Los motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Central de Instrucción número seis, que mantiene la

competencia de la jurisdicción española para la continuación del sumario, son los siguientes:

Primero. Se rechaza que los hechos objeto del sumario constituyan delito de genocidio.

Segundo. El artículo 6o. del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio establece la competencia para el conocimiento del delito de genocidio a favor de los Tribunales del país de comisión del delito.

Tercero. Se niega también la calificación jurídica de terrorismo.

Cuarto. Interpretación errónea del artículo 5o. de la Convención contra la Tortura del 10 de diciembre de 1984.

Quinto. Litis pendencia y cosa juzgada.

Segundo

Verdadero alcance de la disposición contenida en el artículo 6o. del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Por razones de sistema, se analizará en primer lugar el segundo motivo del recurso del Ministerio Fiscal, lo que se hará reproduciendo lo que el Pleno tiene ya manifestado en auto de fecha de ayer, dictado en el recurso de apelación rollo número 84/98 de la Sección Tercera (contra auto del Juzgado Central de Instrucción número cinco declarando la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos del sumario 19/97 de ese juzgado, sobre genocidio y terrorismo, por hechos ocurridos en Argentina en los años 1976 al 1983).

El Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es del 9 de diciembre de 1948. España se adhirió al mismo el día 13 de septiembre de 1968, con reserva a la totalidad del artículo 9o. (sobre jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia en materia de controversias entre las Partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución del Convenio, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3o.). El Convenio entró en vigor para España el 12 de diciembre de 1968. El Convenio recuerda que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (1) del 11 de diciembre de 1946, declaró que el genocidio es un delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena (Preámbulo) y dispone que las Partes contratantes

tes se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio, ya cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra (artículo 1o.), ya sean responsables gobernantes, funcionarios o particulares (artículo 4o.), que las Partes contratantes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones del Convenio y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquiera otro de los actos enumerados en el artículo 3o. (artículo 5o.) y que toda parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que éstos tomen, conforme a la carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y a la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3o. (artículo 8o.).

Su artículo 6o. dispone: Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3o. serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

Para los apelantes (sólo el Ministerio Fiscal en el presente recurso), el anterior precepto (integrante de nuestro ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la Constitución española y artículo 1o., apartado cinco, del Código Civil) excluiría para el delito de genocidio la jurisdicción de España, si el delito no fue cometido en territorio nacional.

Discrepa de esta opinión el Pleno de la Sala. El artículo 6o. del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6o. del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave tener el citado artículo 6o. del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comu-

nidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 60. transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 60. del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio.

Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución española y 97 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 60. del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.

Tercero. Aplicabilidad actual del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial como norma procesal ahora vigente

El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera— no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma —tal sucede en este caso—, con independencia de cual fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado

cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9o., apartado tres, de la Constitución española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio —la pena— trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito —conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado— cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

Así que no es preciso acudir, para sentar la jurisdicción de España para enjuiciar un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1973 y siguientes hasta la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial del 15 de septiembre de 1870 —derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1985— que pasó a atribuir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido delito de genocidio desde que este delito se incluye en el Código Penal a la sazón vigente por Ley 47/71, del 15 de noviembre, en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, sin que ninguna relevancia jurídica para la atribución jurisdiccional tenga que el fundamento de la persecución ultraterritorial de los restantes delitos contra la seguridad exterior del Estado se hallase en el principio real o de protección.

Lo expuesto en este apartado es transcripción del apartado tercero de los fundamentos jurídicos del auto del Pleno de fecha de ayer dictado en el recurso de apelación rollo 84/98 de la Sección Tercera, antes citado, con sólo modificación de una referencia temporal ajustada al caso examinado en esta resolución.

Cuarto. Los hechos imputados en el sumario

La resolución del recurso va a exigir constatar si los hechos imputados en el sumario son susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, de delitos de genocidio o terrorismo. No requiere de juicio de verosimilitud, de acreditamiento ni de racionalidad de los indicios de la imputación. No se ha discutido en el recurso sobre el alcance de la incriminación, sobre la consistencia de esos hechos que han de poder ser calificados de genocidio o terrorismo para la atribución jurisdiccional combatida. Las partes de la apelación no han discutido que esos hechos imputados consistan en muertes, detenciones ilegales y torturas por razones de depuración ideológica o de entendimiento de la identidad y valores nacionales, atribuidas a gobernantes y miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad, con intervención también de grupos organizados, actuando todos en la clandestinidad, hechos ocurridos en Chile durante el régimen militar instaurado el 11 de septiembre de 1973.

Quinto. Sobre si los hechos imputados son susceptibles de calificarse, según la Ley penal española, como genocidio

Se pasa a estudiar el primer motivo en este recurso y se acude, también al auto de fecha de ayer citado.

Dispone el artículo 23, apartado cuatro, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, que ser competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fueran del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que el precepto enumera, comenzando por el genocidio (letra a) y siguiendo por el terrorismo (letra b), incluyendo en último lugar cualquier otro delito que “según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España” (letra g).

El genocidio es un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros. Así es socialmente entendido, sin necesidad de una formulación tópica. Es un concepto sentido por la comunidad internacional, individuos, Estados y Organismos Internacionales. El genocidio ha sido sufrido a lo largo de la historia por muchas colectividades y las tecnologías, puestas al servicio de la recuperación fiel del pasado, han permitido que la humanidad pudiese situarse frente a los horrores concretos de la

persecución y holocausto del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial, una vez concluyó la contienda. Se hace, pues, el genocidio, realidad o supuesto conocido, entendido, sentido socialmente. En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución número 96) acepta la recomendación de la VI Comisión y reconoce que el genocidio es un crimen de derecho de gentes, cuyos principales autores y sus cómplices, sean personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado, deben ser castigados.

Lo que caracteriza el genocidio, conforme a la Resolución 96 citada, es el exterminio de un grupo por razones raciales, religiosas, políticas u otras. Este, conforme a un ineludible entendimiento del genocidio que convulsionaba las conciencias.

Sin distingos, es un crimen contra la humanidad la ejecución de acciones destinadas a exterminar a un grupo humano, sean cuales sean las características diferenciadoras del grupo. En la misma línea que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, “crímenes contra la humanidad, es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos...” (artículo 6o.).

En 1948 se abrió a la firma de los miembros de las Naciones Unidas el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio al que nos hemos referido ya en el apartado segundo de estos fundamentos. El Convenio considera el genocidio delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena. Se expresa en el Preámbulo el reconocimiento de que en todos los periodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad y el convencimiento de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional.

El artículo 1o. del Convenio dispone: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”.

Y el artículo 2o. contiene la definición de genocidio, como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”.

Y esos actos realizados con la finalidad de exterminio de un grupo son, según el mencionado artículo 2o. del Convenio a que nos referimos, la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de esos miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Acciones horribles que justifican la calificación de flagelo odioso que se hace en el Preámbulo del Convenio. La descripción de conductas se asocia con esa concepción social —entendida, sentida— de genocidio a la que aludíamos. En las formas de actuación sobre un grupo está ya ínsito el necesario propósito de destruir, total o parcialmente, al grupo.

En 1968, España se adhiere al Convenio, y en 1971, a virtud de la Ley 44/71, del 15 de noviembre, entra el delito de genocidio en el catálogo del Código Penal entonces vigente, en el artículo 137 bis, como delito contra el derecho de gentes, definido en estos términos: “Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes...”. Y continuaba el Código Penal español de la época aludiendo a los actos concretos de genocidio (muertes, lesiones, sometimiento a condiciones de existencia que hagan peligrar la vida o perturben gravemente la salud, desplazamientos forzosos y otros).

Obsérvese ya que el término “social” —en discordancia con la definición del Convenio de 1948— está respondiendo a lo que hemos llamado concepción o entendimiento social del genocidio concepto socialmente comprendido sin necesidad de una formulación típica. Repárese ya en que la idea de genocidio queda incompleta si se delimitan las características del grupo que sufre los horrores y la acción exterminadora. Por los demás, la falta de una coma entre “nacional” y “étnico” no puede llevarnos a conclusiones de limitación en nuestro derecho interno, hasta el Código Penal de 1995, del tipo de genocidio en relación con la concepción internacional del mismo.

En 1983 —reforma parcial y urgente del Código Penal— se sustituiría en el artículo 137 bis citado la palabra “social” y por “racial” aunque subsistiría la falta de la coma entre “nacional” y “étnico”, y en 1995 —penúltima reforma del Código derogado— se penará la apología del genocidio.

El nuevo Código Penal recoge entre los delitos contra la comunidad internacional, en su artículo 607, el genocidio, definiéndolo, conforme al

Convenio de 1948, como caracterizado por el “propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Hasta aquí se han transcrito los primeros párrafos del fundamento jurídico quinto del auto del Pleno de fecha de ayer al que tantas veces se ha hecho mención.

Refiriéndose a los hechos de Chile imputados en el sumario del que dimana el presente recurso, sostiene el Ministerio Fiscal que tales hechos no pueden constituir genocidio, puesto que la represión en Chile durante el régimen militar a partir del 11 de septiembre de 1973 no se efectuó contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso. La acción plural y pluripersonal imputada, en los términos en que aparece en el sumario, es de actuación contra un grupo de chilenos o residentes en Chile susceptible de diferenciación y que, indudablemente, fue diferenciado por los artífices de la persecución y el hostigamiento. Las acciones de persecución y hostigamiento consistieron en muertes, detenciones ilegales, sin que en muchos casos haya podido determinarse cual fue la suerte corrida por los detenidos repentinamente extraídos de sus casas, súbitamente expulsados de la sociedad y para siempre, dando así vida al concepto incierto de “desaparecidos”, torturas y encierros en centros clandestinos o improvisados de detención, sin respeto de los derechos que cualquier legislación reconoce a detenidos, presos o penados en centros penitenciarios, sin que los familiares de los detenidos supiesen su paradero. En los hechos imputados en el sumario está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población chilena, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de persecución y hostigamiento tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado lo formaban aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar del 11 de septiembre, contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes, pero también ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo, sino destruir el grupo por medio de las detenciones, torturas, desapariciones, muertes y amedrentamiento de los miembros del grupo claramente definido identificable para los represores. No fue una actuación al azar, indiscriminada. Según el informe de la Comisión Nacional Verdad y Re-

conciliación, creada por el gobierno democrático de Chile de 1990, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, el número de muertos en el país por agentes del Estado se elevó a 1.068, y el número de desaparecidos fue de 957.

Y podemos ya regresar a la argumentación del auto de fecha de ayer (sobre Argentina).

Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término “político” o las voces “u otros” cuando relaciona en el artículo 2o. las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países parte del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes (en este recurso, un solo apelante) defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de Sida, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado.

Esa *concepción social de genocidio* —sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito— no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las inten-

ciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria.

Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, españoles también. Todas las víctimas, reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar.

Sexto. Sobre la tipificación de los hechos imputados como terrorismo

De nuevo, se acude a los argumentos del auto del Pleno resolviendo el recurso de apelación rollo número 84/98 de la Sección Tercera. Dan respuesta al tercer motivo del presente recurso.

La calificación de los hechos imputados como constitutivos de terrorismo no aportará nada nuevo a la resolución del caso, puesto que los hechos imputados han sido ya tenidos por susceptibles de constituir delito de genocidio y son los mismos hechos los que son objeto de estudio en cuanto a subsunción jurídica. El terrorismo figura también como delito de persecución internacional en el artículo 23, apartado cuatro, de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial y ya se ha dicho (aparado segundo de estos fundamentos) que el precepto, como norma procesal vigente hoy, es aplicable con independencia del tiempo de comisión de los delitos. La Sala, no obstante, debe decir que los hechos imputados en el sumario, susceptibles de tipificarse como constitutivos de delito de genocidio, pueden también calificarse como terrorismo. No estima el Tribunal que la incardinación de los hechos en el tipo del delito de terrorismo haya de quedar excluida, porque, exigiéndose en sus distintas formas por nuestro derecho una finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se pueda encontrar en los hechos imputados tendencia alguna en contra del orden constitucional español. La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del

país en el que el delito de terrorismo se comete, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento táctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, según la Ley penal española, que es exigencia del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por los demás, hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaliéndose de ella. La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada. Como escribía Antonio Quintano Ripollés en los años cincuenta:

Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados crímenes contra la humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo.

Séptimo. Sobre los delitos de tortura

El cuarto motivo del recurso otra vez se sigue el auto de fecha de ayer tan aludido. Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito por tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del artículo 23, apartado cuatro, letra g, de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, puesto en relación con el artículo 5o. de la Convención del 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del artículo 5o., apartado uno, letra c, de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5o. de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario.

Octavo. Cosa juzgada y litis pendencia

Alegó el Ministerio Fiscal litis pendencia y cosa juzgada en su solicitud de conclusión del sumario del 20 de marzo de este año (folio 5.531 de las actuaciones), lo que reiteró en el recurso de reforma previo a este de apelación que se resuelve y también en el acto de la vista del pasado día 29 de octubre. Las razones invocadas son haberse ya juzgado en Chile hechos por los que se sigue esta causa y existencia de procedimientos penales por esos mismos hechos, siguiéndose ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile actuaciones incoadas a virtud de dos querellas por delitos de homicidios múltiples y secuestros contra el ex presidente de Chile Augusto Pinochet Ugarte.

Se está, pues, aduciendo falta de jurisdicción por falta del requisito de la letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena”).

Ha citado expresamente el Ministerio Fiscal los casos de la desaparición de Antoni Llidó Mengual (sacerdote español detenido por agentes de seguridad en Santiago en octubre de 1974 y recluido en un centro de detención, desconociéndose la suerte corrida desde entonces), de la desaparición de Michelle Peña (detenida en Santiago por agentes de la DINA en junio de 1975, siendo llevada a un centro de detención, sin que desde entonces se hayan tenido noticias de ella, desconociéndose el destino que pudo haber tenido el hijo que esperaba, pues se hallaba embarazada cuando su detención) y de la muerte de Carmelo Soria Espinoza (español aco-

gido a la normativa de doble nacionalidad con Chile, detenido en Santiago el 15 de julio de 1976 por agentes de la DINA y hallado muerto al día siguiente) como delitos sobre los que se ha pronunciado la justicia chilena.

En los tres casos se decretó por los Tribunales de Chile el sobreseimiento definitivo de las causas, por aplicación del Decreto-Ley 2.191 de 1978 de la Junta de Gobierno de la República por el que se amnistiaba a responsables de hechos delictivos (salvo excepciones expresas) perpetrados durante la vigencia de la situación de estado de sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontrasen sujetos a proceso o condenados. Constan las resoluciones judiciales a los folios 5.743 y siguientes, 5.752, 5.753 y 5.756 y siguientes del sumario.

También consta en el sumario, a los folios 5.783 y siguientes, que la causa seguida por la muerte del sacerdote español Juan Alsina Hurtos (detenido el 19 de septiembre de 1973 por una patrulla militar del Regimiento Yungay de San Felipe y ejecutado por sus aprehensores en el puente Bulnes sobre el río Mapocho el mismo día) fue sobreseída definitivamente en cuanto a las dos personas inculpadas por aplicación del mismo Decreto-Ley.

Han de tenerse por imprejuizados los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto-Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al *ius cogens* internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible —a virtud de norma despenalizadora posterior— en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado dos del artículo 23 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación de los principios de protección y de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan repetido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los cuatro casos mencionados entre otros muchos semejantes no pueden considerarse juzgados o indultados en Chile y justifican el sostenimiento de la jurisdicción que se combate.

Noveno

El artículo 2o. apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas no es norma jurídica que pudiera hacer, en el caso objeto de estudio, inaplicable el artículo 23, apartado cuatro de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Últimas consideraciones

En conclusión, los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento.

El artículo 2o., apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas (“La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”) no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro, tantas veces aludido en esta resolución.

Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales.

España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos categoría de derecho internacional acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos.

Por todo lo expuesto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acuerda desestimar el recurso y confirmar la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto del procedimiento.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Notifíquese la resolución al Ministerio Fiscal y apelados.

Lo mandan y firman los Magistrados expresados al comienzo.