

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EX JEFES DE
ESTADO. EL CASO PINOCHET**
Cuaderno de Trabajo N° 10

José Burneo Labrín
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

Abril, 2009

Décimo Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“Jurisdicción Universal y Ex Jefes de Estado. El caso Pinochet”

© José Burneo Labrín

© Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2009-03416
ISBN: 978-9972-659-84-3

Impreso en Perú
Abril, 2009

JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EX JEFES DE ESTADO. EL CASO PINOCHET.

*José A. Burneo L.**

En la historia del derecho, el primer caso en el que se ha aplicado el principio de la jurisdicción universal a un ex Jefe de Estado es el relativo al ex-dictador chileno Augusto Pinochet Ugarte, quien gobernara su país durante diecisiete años (1973-1990). Detenido en Londres un 16 de octubre de 1998, el ex-dictador fue declarado extraditable a España por la justicia del Reino Unido (sentencia de fecha 24 de marzo 1999), la que consideró conforme a derecho el pedido de extradición formulado por un juez español radicado en Madrid. La novedad jurídica y política radica, en sentido estricto, en el hecho que la declaración de extradición se fundamentó en la comisión de crímenes internacionales, los que, según la sentencia precitada expedida por la Cámara de los Lores, no están cubiertos por la inmunidad que consuetudinariamente el derecho internacional otorga a los ex Jefes de Estado.

Como es sabido, por razones de humanidad, el Gobierno de su Majestad británica decidió autorizar el retorno del declarado extraditable a su país (marzo del año 2000). Esta autorización permitió solucionar un punto de conflicto entre Inglaterra y Chile, cuyas históricas relaciones de amistad ambos Estados tenían seguramente interés en preservar ¹.

Para el ex-dictador, sin embargo, su caso no terminó al pisar territorio patrio, todo lo contrario. Luego de que durante el período 1990-1998 no fuera inquietado por la justicia local, pese al Informe de la Comisión de la Verdad chilena publicado el año 1991, su situación jurídica cambió pronta y radicalmente. Así es como, pocos días después de su retorno, se le notificó una

***El autor es profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Lima, donde enseña los cursos de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional. Enseña también en las maestrías de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de San Martín de Porres, ambas en Lima. Cursó estudios de derecho en la PUCP ; de maestría (D.E.A.) en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Católica de Lyon (Francia) ; se graduó de Doctor en derecho en la Universidad Católica de Lovaina (LLN, Bélgica). E-mail : jburneo@pucp.edu.pe**

Las citas en inglés que se han incluido en el texto, correspondientes a algunas sentencias emitidas por la justicia inglesa en el caso Pinochet, figuran traducidas al español en notas a pie de pagina. La traducción ha sido gentilmente realizada por Grismi Bravo A, Asistente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP; a ella nuestro especial agradecimiento.

¹ El entonces Senador Vitalicio había viajado a Londres premunido de un pasaporte diplomático expedido por el Gobierno Democrático presidido entonces por el democristiano Eduardo Frei. Según el Embajador Jaime Lagos, en la época Director de Asuntos Jurídicos de la Cancillería de Chile en Santiago, el Ministerio de Relaciones Exteriores dicta el Decreto No. 1.505, de fecha 2 de septiembre 1998, comisionando, desde el 21 del mismo mes hasta el 5 de noviembre, al Senador a fin de que se dirija al Reino Unido como Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en Misión Especial del Gobierno vinculada a la adquisición de equipos militares británicos para Chile. Cf. Jaime Lagos, *El "caso Pinochet" ante las Cortes británicas*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1999, págs. 109 y 238.

denuncia penal por crímenes cometidos durante su gobierno dictatorial. A su vez, el Consejo de Defensa del Estado, encargado de representar los intereses del Estado chileno, intervino en el proceso y se pronunció en el sentido que “*del análisis sumario de las denuncias formuladas era posible establecer la hipótesis de la participación del senador Pinochet en la comisión de los crímenes en ellas mencionadas*”² (Burneo 2000 T : 67). Finalmente, el camino de la investigación criminal quedó despejado cuando, luego del trámite correspondiente, la Corte Suprema le levantó la inmunidad que tenía en tanto Senador Vitalicio, cargo creado por la Constitución Política que él se había encargado de hacer aprobar en 1983.

Si bien no puede afirmarse que influenciara sobre ella, la actividad de la justicia chilena coincidió con el cambio de gobierno que se produjo el 11 de marzo del mismo año 2000 en Chile, fecha en que asumió sus funciones como Presidente de la República el señor Ricardo Lagos, dirigente del Partido Socialista chileno. Esto es, de la misma filiación política que tuvo Salvador Allende, depuesto por el ex-dictador un aciago 11 de septiembre de 1973.

Es de remarcar que los crímenes cometidos por la dictadura militar fueron objeto de una exhaustiva investigación realizada por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1990-1991), la cual fue creada el mismo año del retorno a la democracia por el entonces presidente (1990-1995) Patricio Alwin, miembro del Partido Demócrata Cristiano. El Informe Final de la Comisión de la Verdad chilena, que en el corto plazo aparentemente no tuvo consecuencias para los principales responsables de los crímenes allí reseñados, fue adquiriendo creciente importancia internamente e internacionalmente. Así es como tiene actualmente un importante papel en los procesos penales que, pese al tiempo transcurrido, se siguen realizando en Chile, pero también en diversos países, a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos perpetradas durante la dictadura de Pinochet. Uno de los casos más recientes, sentencia expedida en Chile el año 2008, es el caso Prats, quien fuera asesinado juntamente con su esposa, mediante un “coche-bomba”, el año 1974 en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, donde se habían refugiado. Es de remarcar que además del crimen de Buenos Aires (1974), la dictadura del general Pinochet perpetró otros importantes crímenes: en Roma (1975), contra el senador demócrata cristiano B. Leighton y su esposa, ambos de nacionalidad chilena, y en Washington D.C. (1976), mediante también un “coche-bomba”, contra el ex - canciller chileno Orlando Letelier y una ciudadana estadounidense; en todas estas ciudades se han desarrollado o están todavía en curso otros tantos procesos penales³.

² BURNEO LABRÍN. *Le Crime contre l'humanité et le crime de génocide: généalogie et étude de deux cas emblématiques latino-américains*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Louvain: Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit. Vol 1, 2000, p.67.

³ Sobre los crímenes antes mencionados puede verse el *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación* (Primera edición 1991), Santiago de Chile, Reedición de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996. En adelante: CVR-Chile. Complementariamente véase E. Ahumada, J.L. Egaña y otros, *Chile la memoria prohibida*, 3 Tomos, Santiago, Pehuén, 1989.

Esta somera presentación del caso Pinochet no puede concluir sin mencionar que los procesos penales seguidos en su contra, sobre violación de derechos humanos, fueron sobreesidos en un primer momento por decisión (2001) de la Corte de Apelaciones de Santiago, decisión que, en julio de año 2002, quedó firme al pronunciarse en tal sentido la Corte Suprema de Justicia (Guzmán 2005: 201-202). Se fundamentó esta decisión nuevamente en razones de humanidad, considerando que el encausado no estaba en condiciones de recordar hechos materia del proceso y de contribuir a su defensa adecuadamente, en otros términos era inhábil mentalmente. Sin embargo, cuando algún tiempo después (2004) se descubrió que mantenía cuentas secretas por varios millones de dólares en un Banco estadounidense, la justicia chilena dio curso a un proceso penal por corrupción en contra del ex-dictador y autorizó, consecuentemente, su juzgamiento en casos de violaciones de derechos humanos antes sobreesidos. En este contexto, el inculpado falleció cuando tales procesos penales no habían concluido; es de relieves que el proceso sobre corrupción prosigue su curso toda vez que involucra a miembros de su familia⁴.

En el presente artículo, deseamos abordar algunos temas o problemas jurídicos relevantes vinculados a la aplicación de la jurisdicción universal y la declaración de extradición mencionados al inicio. Haremos referencia, en cuanto pudiera ser útil para aclarar los temas que se analizan, a jurisprudencia conexas expedida por los tribunales de justicia de Chile y de otros países así como por tribunales internacionales. Hemos organizado nuestra exposición de la siguiente manera. Una primera parte (I) versará sobre el proceso penal, seguido contra el ex dictador en España, que dio lugar al proceso de extradición; una segunda (II) se referirá a lo actuado ante las cortes de justicia británicas, y, una tercera (III), finalmente, hará un breve análisis sobre el comportamiento del Estado chileno en relación a este caso. A modo de epílogo, presentaremos algunas conclusiones (IV).

I. EL CASO PINOCHET EN ESPAÑA.

En esta parte nos referiremos (1) al inicio y desarrollo del proceso penal, luego (2) a la posición divergente existente entre, de una parte, el Juez de Instrucción y la Audiencia Nacional, y, de otra parte, el Ministerio Público de España, sobre la cuestión siguiente: ¿puede ser procesado penalmente en España un ex jefe de estado extranjero en virtud de la jurisdicción universal?

1. Dos procesos y no sólo uno. El ex - dictador estaba enterado del proceso en su contra.

Si bien la detención del ex dictador se produjo en octubre de 1998 por disposición del Juez Baltasar Garzón Real, se trata en realidad de dos procesos penales finalmente unificados (octubre 1998), los cuales se habían iniciado dos años antes. Carlos Castresana Fernández (Madrid, marzo de 1996) y Miguel

⁴ Sobre las cuentas del ex - dictador en el Riggs Bank de Washington véase: Informe de derechos humanos del primer y segundo semestre de 2004, publicación semestral del Arzobispado de Santiago, Fundación Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad (en adelante, Funvisol). Disponibles en: www.archivovicaria.cl. (revisado el 4 de marzo del 2009)

Miravet Hombrados (Valencia, julio de 1996), ambos en nombre de la asociación privada Unión Progresista de Fiscales (España), presentaron sendas denuncias en relación a graves violaciones de los derechos humanos ocurridas en Argentina (dictadura militar 1976-1983) y Chile (dictadura de Pinochet 1973-1990). Luego del sorteo correspondiente, la primera de las denuncias fue asignada al Juzgado de instrucción No. 5 perteneciente a la Audiencia Nacional, Juez Baltasar Garzón, quien inició el proceso correspondiente con fecha 10 de junio del mismo año. La segunda denuncia, relativa a Chile, recaería luego del sorteo respectivo, en el Juzgado de instrucción No. 6 de la misma Audiencia, Juez Manuel García Castellón⁵.

Diversas organizaciones de derechos humanos argentinas, chilenas y españolas se incorporaron luego a esos dos procesos que, unificados, se siguen en Madrid hasta la actualidad.

Durante la investigación inicialmente llevada al cabo separadamente por ambos jueces, el vínculo apareció entre los dos procesos : las dictaduras militares de ambos países habían concertado un plan criminal para ayudarse mutuamente, creando el denominado “Plan Cóndor”, en el que además participaron en la época los gobiernos dictatoriales instalados en Brasil y Paraguay así como el gobierno civil-militar de Uruguay ⁶.

Órdenes de detención a nivel internacional habían sido expedidas, antes de la detención en Londres, por el juez Baltasar Garzón el año 1997; ellas concernían a miembros de la junta militar argentina, entre los cuales se encontraba un ex-jefe de Estado –el general Leopoldo Galtieri. Ese año 1997, ordenó también el mismo juez la detención provisional, la cual se hizo entonces efectiva, del ex-capitán de la Marina argentina Adolfo Francisco Scilingo, quien había confesado, ante el Despacho del juez madrileño, su participación en los asesinatos de más de treinta personas detenidas en su país durante los años de dictadura antes mencionados. Se trataba de la operación conocida como los “vuelos de la muerte”, los cuales consistían en arrojar al mar a las víctimas previamente drogadas y aún con vida desde una aeronave perteneciente a la armada nacional⁷.

Paralelamente, en el proceso sobre el caso Chileno a su cargo, el juez Manuel García recibió el 3 de octubre 1997, en Madrid, la visita del Auditor general del

⁵ Sobre el inicio de los procesos penales en España véase: N. Bermúdez y J. Gaparini, *El testigo secreto*, Buenos Aires, Vergara, 1999. Además: Planeta S.A., editor, *El caso de España contra las dictaduras chilena y argentina*, Madrid, Planeta, 1998; E. Martín de Pozuelo y S. Tarín, *España acusa*, Barcelona, Janés, 1999.

⁶ Sobre la Operación Cóndor véase la sección correspondiente en la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, de fecha 22 de septiembre de 2006, párrafos 61.5 a 61.14. Además véase: A. Carrió, *Los crímenes del Cóndor. El caso caso Prats y la trama de conspiraciones entre los servicios de inteligencia del Cono Sur*, Buenos Aires, Sudamericana, 2005.

⁷ Sobre el caso Adolfo Scilingo, véase la sentencia expedida por la Audiencia Nacional de España de fecha 19 de abril de 2005.

Ejército de Chile, general Fernando Torres Silva, quien se presentó a fin de manifestarle que en Chile durante el gobierno dictatorial no se habían perpetrado violaciones de derechos humanos y que, en todo caso, su juzgado carecía de competencia para conocer lo sucedido fuera de España. Empero, el juez solicitó información con fecha 15 de septiembre 1998 a las autoridades chilenas sobre la existencia de procesos penales contra el ex-dictador y, de ser el caso, la materia de los mismos⁸.

Si bien al iniciarse ambos procesos (1996) el Ministerio Público español se mostró conforme con ellos, variando su posición, interpuso un primer recurso de apelación el 19 de mayo 1998 y un segundo el 1ro de octubre del mismo año, respecto del caso argentino y chileno, respectivamente; las apelaciones cuestionaban, *inter alia*, la competencia de la justicia española para juzgar violaciones de derechos humanos ocurridas en Chile. La apelación fue resuelta por la instancia superior, esto es, la Audiencia Nacional con sede en Madrid. Vista la indudable conexión entre los dos casos, decidió la Audiencia Nacional examinarlos en la misma fecha, el 29 de octubre 1998. Decidió también, considerando la importancia internacional que ellos revestían -el ex-dictador estaba ya detenido en Londres-, que se realizara la vista de la causa en sesión plenaria de la Sala Penal, compuesta de doce magistrados. Al día siguiente, la Sala hizo públicos ambos fallos: confirmó a la unanimidad las decisiones adoptadas por los dos jueces antes mencionados. Como declaró la misma Sala Penal, el contenido de los dos fallos es jurídicamente idéntico, variando sólo las referencias fácticas propias de la realidad nacional de cada país⁹.

Una vez hecha pública la declaración de la Audiencia Nacional de España confirmando con fecha 30 de octubre de 1998 la competencia de la justicia del Estado español para, en virtud de la jurisdicción universal, conocer casos de violaciones de derechos humanos ocurridos en Chile, el gobierno español demandó al Reino Unido, el 6 de noviembre del mismo año, la extradición de Pinochet.

La demanda española de extradición ante el Reino Unido fue inmediatamente seguida de otras dos: la de Suiza y la de Francia, presentadas el 11 y el 13 de noviembre de 1998, respectivamente. En Bélgica, además, un grupo de ciudadanos solicitó, con fecha 1ro de noviembre de 1998, al Juez de instrucción en el tribunal de primera instancia de Bruselas, una orden de detención contra el ex dictador así como el consiguiente pedido de extradición¹⁰.

⁸ Cf. P. Rojas et alt., *Pinochet face à la justice espagnole*, Paris, L'Harmattan, 1999.

⁹ Véase el texto de las sentencias en Plantea S.A. editor, loc. cit.

¹⁰ El texto de la Ordenanza belga puede verse en Juge d'instruction à Bruxelles, 6 novembre 1998, en *Revue de Droit pénal et de criminologie*, Février 1999, pages 274 et ss.

2. La justicia española y la jurisdicción universal.

Los problemas jurídicos resueltos por la Audiencia Nacional son de orden material y procesal. De una parte, debía resolver si, como argumentaba el Ministerio Público, existía error en la calificación jurídica de los hechos, toda vez que los titulares de los juzgados mencionados habían afirmado que tales hechos debían tipificarse como delitos de Genocidio, de Terrorismo y de Tortura. De otra parte, consideraba el Ministerio Público que la justicia nacional no era competente para ejercer la jurisdicción universal en relación al delito de Genocidio ni tampoco en relación al delito de Tortura, no debiendo en consecuencia darse curso a los procesos penales antes mencionados.

A fin de realizar una exposición ordenada, dedicaremos un primer apartado a la argumentación jurídica formulada en la denuncia original relativa al caso de la dictadura chilena ; un segundo apartado versará sobre la calificación jurídica de los hechos en tanto crimen de Genocidio, calificación efectuada por el Juez Baltasar Garzón titular del Juzgado No. 6, y, finalmente, un tercer apartado presentará la argumentación jurídica expuesta por la Audiencia Nacional tanto sobre la calificación jurídica en cuestión como sobre la jurisdicción universal impugnada.

a. El crimen de genocidio según el Fiscal Miguel Miravet¹¹.

En su denuncia de fecha 4 de julio 1996, relativa a las violaciones de los derechos humanos en Chile (1973-1990), el Fiscal Miguel Miravet afirmó que los hechos denunciados constituían delito de genocidio y de terrorismo, previstos ambos en el ordenamiento jurídico español. Nos limitaremos, por razones de oportunidad, al delito de genocidio, toda vez que tiene una particular importancia en el presente caso y mereció un desarrollo especial por parte de la justicia española. Según el querellante:

“PRIMERO: Los hechos pueden ser, en primer lugar, constitutivos de delito de genocidio, previsto y penado en el art. 607 del Código Penal (art. 137 bis del Código anterior) que castiga con la pena de prisión de quince a veinte años, o la pena superior en grado, en su caso, a quienes, con el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, causaren la muerte de algunos de sus miembros”.

El querellante no consideró las víctimas como pertenecientes a un determinado “grupo político” sino como formando parte del “grupo nacional”, toda vez que la Convención de las Naciones Unidas precitada, taxativamente sólo incluye a “un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Así:

“El concepto de “nación” o “nacionalidad” no es unívoco en nuestro derecho, y basta recordar las polémicas que desde antes de la redacción de la vigente Constitución ha suscitado. Los hechos denunciados se refieren **al exterminio** de

¹¹ Cf. Texto de la denuncia de Miravet en www.derechos.org/nizkor (revisado el 14 de enero del 2009)

un grupo nacional; a aquel que era identificado por los autores de los hechos con **la parte de la Nación Chilena que había apoyado al Gobierno Constitucional. No existía un denominador común de contenido político entre las víctimas: los niños, ancianos, adolescentes o amas de casa exterminados no militaban en ningún grupo político. Sin embargo, si existía una intencionalidad política: en los responsables del delito**". (Resaltado por nosotros). "Podría afirmarse que la única interpretación posible del enunciado "destruir total o parcialmente a un grupo nacional" sea la de eliminar a personas en atención a su nacionalidad. Sin embargo, parece que tal enunciado puede también venir referido a un grupo social dentro de una nación; especialmente, porque se contempla de manera expresa la destrucción "parcial". También es genocidio la destrucción de una parte de los individuos de una nación si se comete en atención a una serie determinada de características que los agrupa y distingue del resto.

"Parece obvio que la protección que el texto legal otorga a los ciudadanos, lo es en la medida en que estos puedan ser víctimas de una eliminación colectiva; es decir, que la violencia ejercida contra ellos sea consecuencia, no de sus circunstancias personales e individuales, sino en virtud de aquellas características que les incardinan, por su voluntad o no, en un grupo.

"El colectivo de miles de personas exterminado en Chile constituía un **"grupo social"**. Dice el Informe Rettig citado (pág. 23): «La Comisión sí ha podido convencerse de que había detrás una voluntad de exterminio, dirigido sistemáticamente y por motivaciones políticas, en contra de ciertas categoría de personas». Las características que compartían, que les singularizaban **dentro de la Nación Chilena**, eran variadas: en su mayoría, o pertenecían a las clases sociales más desfavorecidas, trabajadores manuales, o eran estudiantes, o eran familiares de los anteriores. En otros casos, era su actividad profesional, considerada peligrosa por los denunciados, lo que les aglutinaba: es el caso de los numerosísimos trabajadores, médicos, abogados o periodistas asesinados." (Resaltado por nosotros).

Según el denunciante existe un vínculo entre grupo social y grupo nacional, en el sentido que, afirma en esta misma sección, las víctimas **"eran un grupo social, dentro del colectivo nacional"**. La referencia a un grupo social, de otro lado, adquiere relevancia, toda vez que habiendo devenido, el año 1968, España Estado Parte en la Convención sobre Genocidio precitada,

"la Ley 44/1971 de 15 de Noviembre incluyó en el Código Penal el artículo 137 bis. Pero cabe apreciar una circunstancia esencial: en la descripción de los tipos, el legislador español, apartándose de la dicción literal del Convenio, (y teniendo en cuenta, sin duda, los antecedentes de la elaboración del mismo, en cuya discusión se contempló, considerándola una modalidad de genocidio, la conducta dirigida contra "grupos sociales"), **incluyó entre las modalidades de genocidio, la de destrucción de un "grupo social"**. (Resaltado por nosotros).

"Algunos sectores de la doctrina evaluaron esta modificación como un mero error gramatical (se habría incluido "social" en lugar de "racial"). Sin embargo, esta interpretación abonaría la tesis de que el legislador, tanto español como internacional, incurre en una reiteración innecesaria, al castigar la eliminación

de un grupo "étnico" y de un grupo "racial", conceptos que en castellano son sinónimos.

"Por lo tanto, puede sostenerse que en el Código Penal español se incluyó deliberadamente la represión de un "grupo social" como constitutiva de genocidio. Esta redacción estaba vigente a partir de 1971 y hasta 1983, durante el período en que se produjeron la mayoría de los hechos denunciados".

"El art. 137 bis fue modificado por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de Junio de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal. La extensa Exposición de Motivos no hacía referencia alguna al delito de genocidio, respecto del que se refundían en dos los tres números anteriores, se eliminaban las referencias a la pena de muerte, y se sustituía el término "social" por "racial". ¿Pretendió el legislador algo más que adaptar el precepto a la literalidad del texto de Nueva York? ¿Se propuso eliminar la punición del exterminio de los grupos sociales?. Estimamos que, con toda probabilidad --ya que lo contrario hubiera requerido alguna explicación en la Exposición de Motivos-- no hubo intención de disminuir la extensión del bien jurídico protegido; así pues, es defendible que la protección brindada expresamente desde 1971 a 1983 al "grupo social" por el legislador español, como consecuencia de las intenciones manifestadas por las Altas Partes Contratantes de 1948, persiste en el ordenamiento vigente, dentro de la mención "grupo nacional" (ya que tampoco se hace modificación alguna al respecto en el Código de 1995)". (Resaltado por nosotros).

De acuerdo con la denuncia, el grupo social, protegido expresamente desde 1971 hasta 1983, persiste en el ordenamiento español vigente puesto que forma parte del grupo nacional. Este grupo social, si bien no tiene un denominador político común, no eran parte de un determinado grupo político, eran diferenciados a partir del hecho de constituir *"la parte de la Nación Chilena que había apoyado al Gobierno Constitucional"*.

En cuanto a la jurisdicción universal, el querellante sostiene que el delito de Genocidio está, desde su tipificación en 1971, comprendido entre los delitos a los que les es aplicable el principio de jurisdicción universal, de conformidad con Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 23.4.a).

b. El crimen de genocidio según el Juez del Juzgado de Instrucción No. 5.

El Juez titular del Juzgado Central de Instrucción No. 5 de la Audiencia Nacional de España, magistrado Baltasar Garzón, si bien calificó los hechos también como delitos de Genocidio, no siguió exactamente la argumentación efectuada por el querellante. En efecto, él sostiene la tesis según la cual, tanto en Argentina como en Chile, hubo un genocidio contra un *"grupo nacional"* ; este concepto, sin embargo no incluye el de *"grupo social"* ni el de *"grupo político"*. Afirmó así : *"el concepto de "grupo nacional" que aquí se defiende es ajena al de "grupo político" e incluso "social", que ha desaparecido del artículo 607 del Código Penal español"* ¹².

¹² Acápito Octavo de la sección intitulada Razonamientos jurídicos de la resolución relativa a la extradición de A. Pinochet, de fecha 3 de noviembre 1998. Texto en Planet S.A. editor, loc. cit.

El concepto de grupo nacional, según el magistrado, implicó necesariamente que el agresor y la gran mayoría de sus víctimas compartieran la misma nacionalidad, es decir, se trata de un “auto-genocidio”. En efecto: *“la definición de grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo transgresor, es decir, los supuestos de “auto-genocidio” como el caso de los asesinatos masivos de Kampuchea”* ¹³.

Ahora bien, puesto que se trata de un genocidio, la víctima debe ser seleccionada, no en virtud de una determinada -real o supuesta- responsabilidad individual derivada de su comportamiento individual, sino por su simple pertenencia a determinados “sectores o grupos” existentes al interior del grupo nacional:

*“se elabora todo un plan de “eliminación selectiva” o por sectores de población integrantes del pueblo, de modo que puede afirmarse que la selección no fue tanto como personas concretas, ya que hicieron desaparecer o mataron a miles de ellas sin ningún tipo de acción política o ideológica, como por su integración en determinados colectivos, sectores o grupos de la nación (Grupo Nacional) a los que en su inconcebible dinámica criminal consideraban contrarios”*¹⁴. (Subrayado añadido por nosotros).

Podría objetarse, desde nuestro punto de vista, al enunciado anterior, que esta noción de “grupo nacional”, salvo hubieran sido las víctimas eliminadas al azar en los casos de Argentina y de Chile, tesis que no es posible de sostener, ellas debían tener un elemento diferenciador al interior del “grupo nacional”, lo que en definitiva permitía seleccionarlas, identificarlas. Es decir, se les elimina o afecta, en realidad, no por ser parte de un “grupo nacional” sino por poseer al interior de éste, real o supuestamente, el elemento diferenciador que permite ubicarlos como parte de “determinados colectivos, sectores o grupos” cuya destrucción se ha decidido. Lo que determina la eliminación de las víctimas es entonces su pertenencia real o supuesta a “determinados colectivos, sectores o grupos”.

Lo anterior, empero, no excluye que los motivos del agresor sean políticos. Como acertadamente se expone en el mismo auto que comentamos:

*“Esto no significa que quedara al margen del genocidio la destrucción de grupos por motivos políticos. Mucho más precisamente lo que esto significa es que esos motivos políticos tienen que concretarse en un grupo nacional, étnico, racial o religioso para que la conducta de su destrucción total o parcial pueda ser constitutiva de genocidio”*¹⁵.

Siguiendo el razonamiento anterior, es pertinente añadir que los motivos políticos pueden concretarse no sólo en un grupo nacional, étnico, racial o

¹³ Acápito Séptimo, loc. cit.

¹⁴ Acápito Octavo, último párrafo, loc. cit.

¹⁵ Ibidem.

religioso, sino también en un grupo político, o en un grupo determinado de personas consideradas enfermas o con deficiencias físicas o mentales, o disfuncionales al tipo de sociedad que se quiere construir, etc. En otras palabras, los motivos políticos pueden concretarse en cualquier tipo de grupo humano que el agresor selecciona en base a determinadas características constitutivas del grupo víctima y que lo diferencian de los otros grupos existentes en una sociedad determinada, sin que deba en consecuencia el grupo víctima ser incluido al interior del "grupo nacional" toda vez que tendría una entidad diferenciada. El grupo así seleccionado es eliminado no por su pertenencia al "grupo nacional" sino en razón de sus características que lo particularizan ; así, teniendo como referencia el genocidio ocurrido en Kampuchea y calificado por algunos como "auto-genocidio", se argumenta en el sentido que :

"Lo anterior se expone para expresar para decir que, por una parte el concepto de "grupo nacional" que aquí se defiende no es esencialmente idéntico al de "grupo político", pero por otra que no excluye la inclusión del "grupo político" en la formación de ese concepto" ¹⁶.

Y abundando en esta argumentación, se concluye:

"En conclusión, si, no puede eliminarse la motivación política cuando esa acción genocida es por razones étnicas o religiosas con mayor razón, no puede prescindirse de la calificación como genocidio cuando la base de la acción delictiva está formada por la motivación política y el objeto de la agresión es exactamente el mismo grupo de personas (grupo nacional, al que pertenece también el agresor, como sector predominante por el uso de la fuerza), a través de los mismos medios comisivos, -muertes, secuestro seguido de desaparición, torturas, agresiones sexuales, o desplazamientos forzosos- y con la misma finalidad de eliminar la discrepancia ideológica y de oposición política, que en todo caso se manifiesta en uno y otro supuestos. Por tanto, **los partidos políticos**, como elementos básicos de convivencia y de integración de la democracia (art. 6 en relación con el art. 1 de la Constitución Española) **son parte integrante del grupo Nacional** en el que desarrollan su función constitucional, y, por ende toda agresión a los mismos y, especialmente al liderazgo que se ejerce ataca a la propia identidad del grupo. En idéntico sentido cabe hablar de los demás sectores ideológicos que forman el concepto de grupo nacional para lo cual no debe acudirse exclusivamente a aspectos territorialistas de ubicación del grupo sino también a lo que le da una identidad real, cultural, profesional, social y política determinadas".¹⁷ (Subrayado por nosotros).

El concepto de grupo nacional así extendido, y que se enuncia en los autos que reseñamos, deviene en una suerte de "mega grupo" en cuanto potencialmente los incluye a todos. Este concepto, en consecuencia, no desconoce que otros

¹⁶ Acápites Cuarto de la sección Razonamientos jurídicos, auto de fecha 10 de diciembre 1998, loc. cit.

¹⁷ Ibidem.

grupos con identidad propia, tal como los partidos políticos están incluidos en el concepto que se propugna.

c. La Audiencia Nacional de España y el crimen de genocidio.

Los casos relativos a violaciones de derechos humanos perpetradas durante los regímenes dictatoriales que gobernaron Argentina (1976-1983) y Chile (1973-1990), según vimos anteriormente, venían siendo conocidos, originalmente, en forma separada por los Jueces de los Juzgados Centrales de Instrucción No. 5 y No. 6. Vista la conexión entre ambos procesos, el segundo resolvió, con fecha 20 de octubre de 1998, inhibirse a favor del primero, éste último a cargo del magistrado Baltasar Garzón¹⁸. Ambos jueces, en su oportunidad, se habían declarado competentes para conocer los hechos denunciados, competencia que había sido cuestionada por el Ministerio Público, el cual interpuso los recursos de apelación respectivos. Llegados éstos a la instancia superior, la vista de la causa fue efectuada por el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España, y tuvo lugar en forma conjunta para ambos casos el 29 de octubre de 1998; el recurso fue deliberado y votado, por unanimidad, al día siguiente, comunicándose el mismo día a las partes y hecho público: el Pleno de la Sala Penal confirmó la atribución de la jurisdicción de España para el conocimiento de los hechos objeto de ambos procedimientos¹⁹.

Entre los diversos temas abordados y resueltos por el Pleno de la Sala Penal, destacan tres de ellos vinculados al delito de genocidio y la cuestión de la jurisdicción universal, temas que analizaremos seguidamente.

En primer lugar se encuentra el tema relativo al *“alcance de la disposición contenida en el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”*²⁰, toda vez que dicho artículo era invocado por el Ministerio Público en el sentido que no autorizaría la aplicación del principio de la jurisdicción universal por parte de la justicia española. Es el caso que, en virtud del principio mencionado, ambos Jueces se habían declarado competentes para conocer los hechos calificados como genocidio.

Luego de recordar la Sala que el Convenio sobre Genocidio había entrado en vigor para España el 12 de diciembre de 1968 y que el delito de genocidio se incorporó al Código Penal desde el año 1971, esto es, con anterioridad a la comisión de los hechos, pasó a argumentar en el siguiente sentido:

¹⁸ Véase al respecto la resolución de fecha 3 de noviembre 1998, loc. cit.

¹⁹ El auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, notificado a las partes y al Juzgado Central de Instrucción No. 5, con fecha 4 de noviembre 1998, y, con fecha 5 de noviembre 1998 al Juzgado Central de Instrucción No. 6. El contenido de ambos autos es idéntico, salvo en las referencias concretas relativas a cada país. Véase ambos textos en Planet S.A. editor, loc. cit.

²⁰ Auto de fecha 6 de noviembre 1998, Pleno de la Sala Penal, Fundamentos de Derecho, Segundo. El texto del artículo VI del Convenio sobre genocidio reza así: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, 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.”

“Que las Partes contratantes no hayan acordado (en el texto del Convenio) 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 comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 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 (...). Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio del 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 (...)”²¹.

Se hace la salvedad en el mismo apartado, de otro lado, que la jurisdicción universal tiene carácter subsidiario, en otros términos, *“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.”* No existiendo entonces respecto de los justiciables, ningún proceso penal sobre los hechos denunciados, ni en los países donde ocurrieron ni en un tribunal penal internacional, nada impide que España ejerza su jurisdicción extraterritorial en los casos antes mencionados²².

Despejado el primer obstáculo, la Sala Penal precisó, en segundo lugar, que la jurisdicción universal se encuentra establecida en su ordenamiento jurídico – artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-, y que, tratándose de una norma de carácter procesal, *“ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales”*, por lo que eventualmente no viola el principio de legalidad. En efecto, *“este principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) impone que los hechos sean delito (...) 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”*²³.

²¹ Fundamentos de Derecho, Segundo, Auto del Pleno de la Sala Penal.

²² En relación al delito de tortura, la cuestión de la jurisdicción universal se fundamenta en la Convención de las Naciones Unidas, de fecha 10 de diciembre de 1984, contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes : *“España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5 de la Convención mencionada, pro como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación del sumario”*. Ello por cuanto, teniendo *“España 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”*. Auto del Pleno de la Sala, Fundamentos de Derecho Séptimo.

²³ Auto del Pleno de la Sala Penal, Fundamento de Derecho, Tercero.

El tercer asunto a resolver y que tiene mayor densidad jurídica se refiere *“a si los hechos imputados en el sumario son susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, de delitos de genocidio (...)”*. Es un asunto de puro derecho toda vez que 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”*²⁴.

El aspecto central de la cuestión planteada tiene que ver con el contenido mismo de la noción jurídica de genocidio. Para la justicia española, y particularmente en relación con el presente caso, lo anterior debe realizarse teniendo en consideración los cambios ocurridos en su Código Penal respecto de la definición del delito de Genocidio. En efecto, al incorporarse por primera vez el tipo penal de genocidio el año 1971 se definió (artículo 137 bis) en relación *“a un grupo nacional étnico, social o religioso”*. Esta definición tuvo una primera modificación en el año 1983 -*“se sustituiría en el artículo 137 bis citado la palabra “social” por “racial”, aunque subsistirá la falta de la coma entre “nacional” y “étnico” (...)”*. La segunda y última modificación es la establecida en el Código Penal vigente, el cual *“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”*²⁵.

De acuerdo con el Pleno de la Sala Penal, la interpretación del Convenio de 1948 debe realizarse, de una parte, de modo que se respete el objeto y fin del mismo, esto es, *“responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional”* y, de otra, de una manera dinámica. Ello por cuanto *“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.”* Ambas perspectivas determinan 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 (...) 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”*²⁶.

²⁴ Auto del Pleno de la Sala Penal, Fundamento de Derecho, Cuarto.

²⁵ Auto del Pleno de la Sala Penal, Fundamento de Derecho, Quinto.

²⁶ Auto del Pleno de la Sala Penal, Fundamento de Derecho, Quinto.

Explícitamente el Pleno de la Sala Penal opta por una noción extensa de “grupo nacional”, lo que permite proteger no sólo los cuatro grupos nominalmente incluidos en el Convenio de 1948 sino todo grupo humano en general. Esta protección, declara la Sala, es acorde con el objeto y fin del referido Convenio, así como con el sentir de los Estados Parte. En síntesis, la noción clásica de “grupo nacional”, esto es, un grupo *“formado por personas que pertenecen a una misma nación”*, debe ser substituida por el de *“una colectividad mayor”* conformada por una diversidad de grupos caracterizados por algo pero integrados en ella. Esta posición asume entonces que, al interior del grupo nacional en tanto colectividad mayor, coexisten diversos grupos poseedores de determinadas características, las cuales permiten a los integrantes de cada grupo reconocerse entre sí pero también ser reconocidos por otros individuos y grupos. Estas características, que singularizan a un determinado grupo al interior del grupo nacional del cual forman parte, son las que permitieron y eventualmente motivaron su selección como grupo víctima de un genocidio en el caso de Chile, según afirmó el Pleno de la Sala Penal:

“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. (...). 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 (...) tendente a destruir a un determinado sector de la población, un grupo, sumamente heterogéneo, pero diferenciado”²⁷.

Sin embargo, se dice en la misma sección del auto precitado, nos encontramos en este punto frente a *“un grupo sumamente heterogéneo pero diferenciado”* cuya identidad o características que lo singularizan no están claras. Se trata así *“de ciudadanos contrarios al régimen militar”*, o simplemente *“contrarios al entendimiento de la identidad de la nación, de los valores nacionales, que era sostenido por los nuevos gobernantes”*, o también *“ciudadanos indiferentes al régimen y a ese entendimiento de lo nacional”*. Pese a esta heterogeneidad, se concluye: *“No fue una actuación al azar, indiscriminada”*. Ahora bien, de la lectura anterior puede concluirse que en realidad las víctimas antes mencionadas no constituyen entre sí un grupo poseedor de características que singularizan al grupo, salvo el hecho de haber sido seleccionadas por sus victimarios por motivos que van de ser considerados de algún modo contrarios o indiferentes al nuevo régimen político. En otros términos, eran más que un grupo en sí y para sí, un grupo que *“fue diferenciado por los artífices de la persecución y el hostigamiento”* según citamos antes.

Esta amplísima noción de “grupo nacional” adoptada por el Pleno de la Sala Penal, incluye a todos los grupos que pueden existir al interior de un Estado y en realidad deviene en sinónimo de la población que habita sobre el territorio

²⁷ Auto de fecha 5 noviembre 1998 del Pleno de la Sala Penal, Fundamentos de Derecho, Quinto.

de un Estado y sometida a su jurisdicción en un momento determinado, como pueden ser los extranjeros residentes. Esta amplísima noción incluye además a aquéllos grupos que pueden ser un grupo en sí, como los grupos políticos, puesto que si bien, recuerda el Pleno de la Sala Penal, se sabe por qué no aparece el término “político” o las voces “u otros” en el Convenio de 1948, de acuerdo con los criterios expuestos en el auto mencionado, este “silencio no equivale a su exclusión indefectible”²⁸.

Es posible entonces concluir que, de acuerdo con la noción establecida en el auto que comentamos, todos los otros grupos expresamente protegidos por el Convenio de 1948 formarían parte del “grupo nacional”: éste comprende todo tipo de grupo existente al interior del territorio de un Estado y sometido a su jurisdicción. Por ello, seguramente, el Pleno de la Sala Penal no mencionó al genocidio en contra de un grupo religioso y de un grupo étnico que encontramos en las resoluciones emitidas por el Juez del Juzgado Central de Instrucción No. 5²⁹.

II. EL CASO PINOCHET EN LONDRES³⁰.

La sentencia definitiva y de más alto nivel expedida en Inglaterra sobre el caso del ex-dictador Augusto Pinochet fue la dictada, con fecha 24 de marzo 1999, por el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores integrado por siete magistrados ³¹. El Comité resolvió entonces, por seis votos contra uno, “que el Senador Pinochet puede ser extraditado” a España. Sin embargo, casi un año después (3 de marzo de 2000), el Ministro del Interior británico, haciendo uso de sus atribuciones legales en esta materia, atendiendo según manifestó a razones humanitarias dado el estado de salud del declarado extraditable, le permitió a éste abandonar Gran Bretaña a fin de que retorne a Chile, lo que tuvo lugar de inmediato, según reseñamos en la introducción de este artículo.

La sentencia antes mencionada, en realidad, fue la segunda que en el mismo caso emitieron los Lores de la Ley. En efecto, la primera se pronunció con fecha 25 de noviembre 1998 y estuvo conformado el Comité de Apelación por cinco

²⁸ Auto de fecha 5 noviembre 1998 del Pleno de la Sala Penal, Fundamentos de Derecho, Quinto.

²⁹ Véase auto de fecha 3 de noviembre 1998 expedido por el Juez del Juzgado Central de Instrucción No.5 de la Audiencia Nacional No. 5, loc. cit.

³⁰ La citas de la jurisprudencia británica, en su versión castellana, se han tomado del texto cuyo autor es J. Lagos, *El “caso Pinochet” ante las Cortes británicas*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1999. Las citas en Inglés correspondientes a la High Court, *The Queen v. Nicholas Evans et al. Ex parte Augusto Pinochet Ugarte*, judgement 28/10/98, No. 63, se han tomado de <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/amicus.html> (revisado el 16 de junio de 2009) Y, respecto de las sentencias emitidas por la Cámara de los Lores, las citas corresponden a House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm (revisado el 12 de junio de 2009)

³¹ El máximo tribunal de apelación en el Reino Unido, en los casos civiles y criminales, son los “Lores de la Ley” (Law Lords), instancia integrada por doce lores nominados de por vida ; de esta instancia forma parte el Comité de Apelación arriba citado. “Esta corte está presidida por el Lord Chancellor (Lord Canciller, que a la vez es miembro del gabinete ministerial y Presidente (Speaker) de la Cámara de los Lores)” (Lagos 1999: 27).

miembros, de los cuales tres se pronunciaron a favor de la extradición y dos en contra. Empero, el fallo fue anulado, lo que motivó el segundo y definitivo pronunciamiento de la misma instancia³².

1. La Alta Corte de Londres.

El caso del ex-dictador A. Pinochet llegó en apelación ante la Cámara de los Lores porque, habiendo con fecha 28 de octubre de 1998 la Alta Corte de Londres declarado no extraditable al detenido, interpuso de inmediato el correspondiente recurso de apelación el Ministerio Público de Inglaterra (Fiscalía de la Corona).

La extradición no sería procedente porque, según la Alta Corte de Londres, los actos imputados, aunque constituyeran violaciones de derechos humanos, habían sido realizados por el detenido en el ejercicio de sus funciones, y, en consecuencia, un Tribunal de justicia británico ni ningún otro equivalente de otro Estado tenía competencia para juzgarlo. El fundamento de esta afirmación estaría dado por el principio de derecho internacional en virtud del cual *“un Estado soberano no puede someter a proceso a otro en relación con sus actos soberanos”*, pudiendo en consecuencia únicamente ser sancionado el detenido si el proceso fuera llevado al cabo por *“tribunales internacionales establecidos en virtud de acuerdos internacionales”*³³.

La materia en debate ante la Alta Corte versaba entonces no sobre la veracidad de los hechos imputados, toda vez que éstos no eran impugnados por la defensa del detenido, sino sobre una cuestión de puro derecho. La defensa sostuvo así la tesis de la inmunidad, tesis declarada fundada en esta instancia como señalamos supra, por cuanto argumentó aquella: *“luego que un Jefe de Estado cesa en su calidad de tal, deja de gozar de toda inmunidad respecto de actuaciones personales o privadas, pero continúa gozando de inmunidad respecto de sus actuaciones públicas realizadas como Jefe de Estado, esto es respecto del ejercicio por su parte de un poder soberano en tal capacidad”*³⁴. Según remarcó entonces la Alta Corte, al detenido *“no se le acusa de torturar o asesinar personalmente a víctimas o de causar personalmente su desaparición, sino que (sic) de usar con dicho propósito el poder del Estado del cual era jefe. Es importante enfatizar que, en lo que concierne a*

³² El primer fallo de los Lores de la Ley fue anulado por la misma Cámara, la que declaró fundada la impugnación formulada por la defensa del ex-dictador. Consideró la Cámara de los Lores que el vínculo alegado entre uno de los Lores y Amnistía Internacional, institución *“que había lanzado una poderosa campaña en contra del Senador Pinochet y había intervenido en la audiencia anterior para abogar porque Pinochet fuera extraditado para ser juzgado por los actos que supuestamente habría cometido, eran tan fuertes que la confianza pública en la integridad de la administración de justicia se vería menoscabada de permitirse que su decisión se mantuviera firme”*, todo ello dejando en claro que el Lor implicado no había actuado en forma parcial por lo que no hubo sanción alguna en su contra. Fallo de la Cámara de los Lores de fecha 17 de diciembre 1999 (Lagos 1999: 189-200).

³³ Alta Corte de Londres, en Lagos 1999: 159.

³⁴ Alta Corte de Londres, en Lagos 1999: 154.

esta corte, ella no expresa opinión sobre la verdad o falsedad de tales acusaciones y que ella no tiene competencia alguna para resolver dicha cuestión"³⁵.

La Alta Corte fundamentó su decisión en que, de conformidad con las normas británicas e internacionales, *"un ex Jefe de Estado tiene claramente derecho a inmunidad en relación con actos criminales cometidos en el curso del ejercicio de funciones públicas"*, en otras palabras, *"[N]o se puede sostener por consiguiente que cualquier desviación de las sanas prácticas democráticas está fuera del manto de la inmunidad"*³⁶. Y si fuera el caso, tampoco es de aplicación el argumento esgrimido por la Fiscalía de la Corona contra el detenido, *"en cuanto a que crímenes como el genocidio tienen un peculiar carácter de horror"*, toda vez que el artículo 4 (responsabilidad de los gobernantes) de la Convención para la Prevención y Supresión del crimen de Genocidio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, no es de aplicación en el Reino Unido al no haber sido incluido en la Ley de Genocidio de 1969 ³⁷.

En coherencia con lo argumentado supra, se entiende lo sostenido también por la Alta Corte de Londres: no existe en derecho internacional la jurisdicción universal, al menos no en Inglaterra, porque *"los Tribunales del Reino Unido sólo tienen jurisdicción para someter a proceso a un demandado que ha cometido homicidio fuera del Reino Unido si éste es un ciudadano británico, sin importar de qué nacionalidad sea la víctima"*³⁸. Es decir, según la Alta Corte de Londres, el crimen de Estado goza de impunidad en derecho internacional; así, Hitler habría podido vacacionar en Londres sin ser inquietado judicialmente por la eliminación de millones de judíos durante la Segunda Guerra Mundial o incluso de prisioneros de guerra británicos, en la medida que tales crímenes se hubieran perpetrado fuera del territorio británico.

La posición de la Alta Corte de Londres, y de la defensa del ex-dictador, corresponde a una concepción anacrónica propia del Derecho Internacional tradicional o clásico que imperaba hasta antes de la Segunda Guerra Mundial. Como veremos luego, al contrastar esta posición tradicional con la asumida por la Cámara de los Lores, ya no es de recibo en Derecho Internacional contemporáneo y no es conforme con el nuevo ordenamiento jurídico internacional que emerge y se desarrolla a partir de la Carta de las Naciones Unidas desde 1945. Una tesis central del derecho tradicional era que cada Estado tenía soberanía plena en los asuntos relativos a violaciones de derechos fundamentales de los seres humanos en tanto, tales violaciones, fueran perpetradas como política del Estado en su territorio y contra sus ciudadanos, aunque fueran actos criminales repudiables y de gran escala. En virtud de esta soberanía estatal tradicional, el Estado tenía soberanía exclusiva y dominio reservado en lo que era sólo un asunto interno, doméstico, no pudiendo en consecuencia otro Estado inmiscuirse en asuntos cubiertos por la inmunidad e

³⁵ Alta Corte de Londres, en Lagos 1999: 155 y 156.

³⁶ Alta Corte de Londres, en Lagos 1999: 158.

³⁷ Alta Corte de Londres, en Lagos 1999: 158.

³⁸ Alta Corte de Londres, en Lagos 1999: 147.

impunidad otorgados por el Derecho Internacional tradicional hasta 1945. La Cámara de los Lores, como dijimos antes, será de otra opinión según analizaremos a continuación.

2. La sentencia de 24 de marzo 1999 expedida por el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores.

El Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, al declarar extraditable al ex-dictador, debió basar su decisión, de una parte, en la pertinencia de la jurisdicción universal invocada por la justicia del Reino de España, y, de otra, en que los actos imputados constituían delitos extraditables. En ambos casos subyace la cuestión de la existencia en derecho internacional de crímenes internacionales cuya persecución puede efectuarse no sólo mediante la jurisdicción internacional ejercida en ciertos casos por un Tribunal internacional sino también por la justicia de cualquier Estado.

La sentencia que comentamos consta de un texto resumen, elaborado por el Lord presidente del Comité de Apelación, y de las opiniones separadas de los siete Lores que integran este comité. Salvo referencia expresa a las opiniones separadas, las citas de la sentencia se refieren al denominado texto resumen .

a. Exclusión del delito de genocidio.

En lo que se refiere a los delitos extraditables, su determinación se rige por el principio llamado de doble incriminación. Esto es, según afirmó el Comité de Apelación, “[N]adie puede ser extraditado a un país extranjero, a menos que el acto que se le imputa constituya un crimen conforme a la legislación del país extranjero y la legislación del Reino Unido”. Es necesario advertir al respecto que el Comité excluyó en su análisis el delito de genocidio –alegado por la justicia del Reino de España- y se limitó a los “cargos de tortura y conspiración para cometer tortura”³⁹. La exclusión la encontramos empero tanto en las órdenes de detención dictadas originalmente a mediados de octubre 1998 por el Tribunal de Primera Instancia-Área Metropolitana (Londres), como en la Autorización para proceder dictada por el Ministro del Interior británico, considerando éste que, conforme a la Ley de su país, no podía calificarse al delito de genocidio, en el Reino Unido, un delito extraditable⁴⁰. Esto explicaría el hecho que ulteriormente la sentencia de la Cámara de los Lores no efectuó a su vez ninguna referencia al delito de genocidio.

³⁹ Comité de Apelación-CL, en Lagos 1999: 204.

⁴⁰ Las dos órdenes de detención del Tribunal de Primera Instancia-Área Metropolitana (Inglaterra) dictadas el 16 y 22 de octubre de 1998, respectivamente, difieren en su contenido. Así, la primera da cuenta que la acusación se basa en el hecho que el ex-dictador “asesinó a ciudadanos españoles en Chile”, mientras que la segunda se refiere a actos de asesinato, de tortura, detención ilegal y de conspiración para cometer dichos actos sin hacer mención a víctimas de nacionalidad española; ambas órdenes pues no mencionan al delito de genocidio (Lagos 1999: 125-130). La Autorización para proceder del Ministro del Interior de fecha 9 de diciembre 1998 consideró que “el Senador Pinochet está acusado en España de delitos equivalentes en el Reino Unido a asesinato frustrado, conspiración para cometer asesinato, tortura, conspiración para torturar, secuestro y conspiración para secuestrar”, y excluyó expresamente el delito de genocidio por no estar conforme a la Ley británica de extradición (Lagos 1999: 182). Sin embargo, las dos órdenes internacionales de detención, dictados por el Juez Baltasar Garzón con fecha 16 de octubre y 18 de octubre 1998, respectivamente, califican los hechos como Genocidio,

b. La tortura como delito extraditable en aplicación de la jurisdicción universal.

El cumplimiento de la regla extradicional básica --doble incriminación--, respecto del delito de tortura, tuvo por efecto restringir el ámbito temporal a considerar y, consecuentemente, redujo drásticamente los hechos imputados al acusado. En efecto, según en el resumen de la sentencia que efectuó Lord Browne-Wilkinson, Presidente del Comité de Apelación:

“Las imputaciones contra el Senador Pinochet se relacionan, principalmente, con cargos de tortura y conspiración para cometer tortura fuera del Reino Unido. La tortura fuera del Reino Unido no constituyó crimen en conformidad con la legislación del Reino Unido sino hasta que el artículo 134 de la Ley de Justicia penal de 1988 entró en vigencia el 29 de septiembre de 1988. En el fallo de hoy, seis miembros del Comité sostienen que, en virtud de la ley ordinaria de extradición, el Senador Pinochet no puede ser extraditado para responder a los cargos de tortura ocurridos antes del 29 de septiembre de 1988, dado que hasta esa fecha no se cumplía con el principio de doble incriminación.

El resultado de este fallo es eliminar la mayoría de los cargos formulados en contra del Senador Pinochet por el gobierno de España. (...). Los únicos cargos que subsisten y constituyen crímenes extraditables son un cargo aislado de tortura posterior al 29 de septiembre de 1988, ciertas conspiraciones para cometer tortura durante el período comprendido entre el 29 de septiembre de 1988 y enero de 1990 y ciertos cargos de conspiración en España para cometer asesinato en España”⁴¹.

La cuestión que deben resolver entonces los Lores del Comité de Apelación, respecto de este reducido número de cargos susceptibles, desde el punto de vista temporal, de ser calificados como delitos extraditables, es si el acusado tiene inmunidad respecto de tales cargos.

La conclusión a que llegaron fue, prosigue el Presidente del Comité de Apelación, que “seis miembros del Comité de Apelaciones sostienen que no tiene derecho a inmunidad por los cargos de tortura” si bien expresó “nuestras razones varían un poco”; variaciones empero que no afectan la conclusión central, esto es, que el ex -dictador “no tiene derecho a la inmunidad por los cargos de tortura”. En efecto, en palabras del Lord Presidente:

“Aun cuando el razonamiento varía en detalles, proposición básica de todos nosotros con excepción de lord Goff de Chieveley es que la tortura es un crimen internacional respecto del cual el derecho internacional y las partes de la Convención contra la Tortura han otorgado jurisdicción universal a todos los

Terrorismo y, añade sólo la segunda, Tortura; esta trilogía de delitos se mantiene en los autos expedidos por el mismo Juez con fecha 3 de noviembre 1998 (pedido de extradición) y 10 de diciembre 1998 (Declara procesado al ex-dictador). Tal como se expresa en los autos precitados del Juez Baltasar Garzón, se trata de víctimas constituidas por “ciudadanos y residentes en ese país”, y, en consecuencia, la competencia no se justifica en el hecho que se trata de víctimas de nacionalidad española, sino en virtud de la jurisdicción universal reconocida por el ordenamiento jurídico español. Ver textos del Juez español en Planet S.A., loc. cit., nota supra.

⁴¹ Texto en Lagos 1999: 204-205.

tribunales, independientemente del lugar donde hubieran ocurrido los actos de tortura”⁴².

Y, frente al argumento esgrimido por la Alta Corte de Londres y la defensa del ex-dictador, en el sentido que los actos de tortura, cuando eran perpetrados como una política de Estado y haciendo uso del poder soberano de éste, estaban cubiertos por la inmunidad, afirmaron todos los Lores del Comité con excepción de uno de ellos:

“Un ex Jefe de Estado no puede pretender que cometer un crimen internacional es una función cubierta por la inmunidad otorgada por el derecho internacional. (...). Por consiguiente, la mayoría considera que el Senador Pinochet puede ser extraditado, pero únicamente por los crímenes extraditables de tortura y conspiración para cometer tortura que se habrían cometido con posterioridad al 8 de diciembre de 1988”⁴³.

Hasta aquí con el denominado texto resumen de la sentencia pronunciada por el Comité de Apelación y presentado por Lord Browne-Wilkinson, Presidente de dicho Comité. A continuación reseñaremos los diversos razonamientos contenidos en cuatro opiniones emitidas en el presente caso por otros tantos Lores magistrados miembros del Comité de Apelación, al declarar extraditable al ex-dictador. Estos diversos razonamientos tienen una indudable importancia toda vez que permiten apreciar las diversas aproximaciones jurídicas que sobre una materia poco frecuente, la tortura en tanto crimen internacional, se han realizado en sede judicial.

c. Opinión de Lord Browne-Wilkinson.

Según Lord Browne – Wilkinson, antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura, la práctica de la tortura era un crimen internacional y, en general, autoriza, no obliga, a que cualquier Estado ejerza la jurisdicción universal. Empero, la Convención crea un sistema de represión que obliga a los Estados a extraditar o a juzgar al torturador en virtud de una jurisdicción universal de naturaleza convencional que se sintetiza en el adagio *aut dedere aut judicare*:

“The jus cogens nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed. International law provides that offences jus cogens may be punished by any state because the offenders are «common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and prosecution»: *Demjanjuk v. Petrovski* (1985) 603 F. Supp.1468; 776 F. 2d. 571.

It was suggested by Miss Montgomery, for Senator Pinochet, that although torture was contrary to international law it was not strictly an international

⁴² Texto en Lagos 1999: 205.

⁴³ La fecha 8 de diciembre de 1988 se fijó teniendo en consideración que, afirma el Lord Presidente, “*el Senador Pinochet sólo perdió su inmunidad cuando la Convención contra la Tortura entró en vigencia en España, el Reino Unido y Chile. Ello ocurrió el 8 de diciembre de 1988 cuando el Reino Unido ratificó la Convención.*” (texto en Lagos 1999: 205).

crime in the highest sense. In the light of the authorities to which I have referred (and there are many others) I have no doubt that long before the Torture convention of 1984 state torture was an international crime in the highest sense"⁴⁴.

Y en relación a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Tortura expresó:

"The Torture Convention was agreed not in order to create an international crime which had not previously existed but to provide an international system under which the international criminal –the torturer- could find no safe haven"⁴⁵.

d. Opinión de Lord Millet.

Es sumamente pertinente lo sostenido por Lord Millet en relación a la noción misma de crimen internacional sancionado por una norma consuetudinaria así como a la jurisdicción universal que le acompaña:

"In my opinion, crimes prohibited by international law attract universal jurisdiction under customary international law if two criteria are satisfied. First, they must be contrary to a peremptory norm of international law so as to infringe a *jus cogens*. Secondly, they must be so serious and on such a scale that they can justly be regarded as an attack on the international legal order. Isolated offences, even if committed by public official, would not satisfy these criteria"⁴⁶.

Se está refiriendo Lord Millet en la cita precedente a los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad, no pudiendo calificarse como tal ciertamente "Isolated offences".

⁴⁴ La naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional de tortura justifica que los Estados ejerzan Jurisdicción Universal sobre este crimen en cualquier lugar en donde haya sido cometido. El Derecho Internacional señala que las violaciones a normas de *ius cogens* pueden ser castigadas por cualquier Estado porque los perpetradores son "enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen igual interés en su aprehensión y procesamiento": *Demjanjuk v. Petrovski* (1985) 603 F. Supp.1468; 776 F. 2d. 571.

Se ha sugerido por Miss Montgomery, en representación del Senador de Pinochet, que si bien la tortura era contraria al Derecho Internacional, no se trataba estrictamente de un crimen internacional en el sentido más alto. A la luz de las autoridades a las cuales me he referido (y hay muchas otras más) no tengo dudas de que desde mucho antes de la Convención contra la Tortura de 1984, este crimen era uno de Derecho Internacional en el sentido más alto". (Traducción Libre). Lord Browne – Wilkinson, Sentencia de 24 de marzo 1999, sección "The charges which allege extradition crime – Torture".

⁴⁵ "La Convención contra la Tortura no fue concebida para crear un Crimen Internacional que antes no existía, sino para establecer un sistema internacional bajo el cual el perpetrador de este crimen-torturador- no pudiera encontrar ninguna zona segura". (Traducción Libre). *Ibidem*.

⁴⁶ "En mi opinión, según la costumbre Internacional, los crímenes prohibidos por el derecho internacional acarrear jurisdicción universal si se cumplen dos criterios: Primero, deben ser contrarios a una norma imperativa de derecho internacional, es decir, infringir una norma de *jus cogens*. Segundo, deben ser tan graves y de tal magnitud que puedan ser considerados como un ataque al orden jurídico internacional. Los delitos aislados, incluso si han sido cometidos por un funcionario público, no satisfarían estos criterios". (Traducción Libre). Lord Millet, Sentencia de 24 de marzo 1999.

Afirmó, además, que el crimen internacional consuetudinario en la modalidad de tortura -de lesa humanidad en la modalidad de tortura, diríamos a la luz del Estatuto de Roma-, tiene existencia propia y precede a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre Tortura (1984):

“In my opinion, the systematic use of torture on a large scale and as an instrument of state policy had joined piracy, war crimes and crimes against peace as an international crime of universal jurisdiction well before 1984. I consider that it had done so by 1973”⁴⁷.

Completando su razonamiento, Lord Millet entiende que los actos aislados de tortura están expresamente incluidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre Tortura y constituyen un delito internacional, bien que de carácter convencional y limitado por tanto a los Estados Parte en la convención, sólo a partir de ésta. En el marco del tratado es de obligada aplicación entonces la jurisdicción universal prevista en el mismo, siendo así que fuera del tratado la jurisdicción universal consuetudinaria es una potestad no una obligación de los Estados. Veamos ahora literalmente sus afirmaciones :

“The Convention against Torture (1984) did not create a new international crime. But it redefined it. Whereas the international community had condemned the widespread and systematic use of torture as an instrument of state policy, the Convention extended the offence to cover isolated and individual instances of torture provided that they were committed by a public official. I do not consider that offences of this kind were previously regarded as international crime attracting universal jurisdiction. The charges against Senator Pinochet, however, are plainly of the requisite character. The Convention thus affirmed and extended an existing international crime and imposed obligations on the parties to the Convention to take measures to prevent it and to punish those guilty of it. As Burgers and Danielus explained, its main purpose was to introduce an institutional mechanism to enable this to be achieved. Whereas previously states were entitled to take jurisdiction in respect of the offence wherever it was committed, they were not placed under an obligation to do so. Any state party in whose territory a person alleged to have committed the offence was found was bound to offer to extradite him or to initiate proceeding to prosecute him. The obligation imposed by the Convention resulted in the passing of section 134 of the Criminal Justice Act 1988”⁴⁸.

⁴⁷ “En mi opinión, la practica sistemática de la tortura a gran escala y como parte de una política estatal se unió a la piratería, los crímenes de guerra y crímenes contra la paz como un crimen internacional de jurisdicción universal mucho antes de 1984. Considero que este fenómeno se había producido desde 1973”. (Traducción Libre). Lord Millet, Sentencia de 24 de marzo 1999.

⁴⁸ “La Convención contra la Tortura (1984) no creó un nuevo crimen internacional. Pero si lo redefinió. Mientras que la Comunidad Internacional había condenado la práctica generalizada y sistemática de la tortura como parte de una política estatal, la Convención incluyó además aquellos casos de tortura aislados e individuales en donde los actos de tortura fueran cometidos por un funcionario público. No pienso que este último tipo de delitos hayan sido considerados, antes de la Convención, como crímenes internacionales sometidos a jurisdicción universal. Sin embargo, los cargos contra el Senador Pinochet, reúnen claramente de las características antes mencionadas. De esta manera, la Convención reafirmó y

e. Opinión de Lord Hutton.

El razonamiento de Lord Hutton se refiere al hecho que post 1945 surge netamente la noción de crimen internacional --incluyendo la Tortura-- en virtud de normas internacionales no convencionales, esto es, de *ius cogens*, lo que acarrea su persecución universal, la misma que autoriza el juzgamiento de ex-Jefes de Estado :

“Therefore since the end of the second world war there has been a clear recognition by the international community that certain crimes are so grave and so inhuman that they constitute crimes against international law and that the international community is under a duty to bring to justice a person who commits such crimes. Torture as been recognized as such a crime. (...). As your Lordships hold that there is no jurisdiction to extradite Senator Pinochet for acts of torture prior to 29 September 1988, which was the date on which section 134 of the Criminal Justice Act 1988 came into operation, it is unnecessary to decide when torture became a crime against international law prior to that date, but I am of opinion that acts of torture were clearly crimes against international law and that the prohibition of torture had required the status of *ius cogens* by that date”⁴⁹.

f. Opinión de Lord Hope.

Debemos destacar en la sentencia emitida por Lord Hope la distinción que él efectúa entre, de una parte, la inmunidad *ratione personae*, o absoluta, esto es, la inmunidad que gozan los Jefes de Estado en funciones, no pudiendo entonces ser detenidos en virtud de la jurisdicción universal consuetudinaria o convencional que ejercen los Estados, y, de otra parte, la inmunidad *ratione materiae* o relativa. Esta última modalidad de inmunidad beneficia a los ex Jefes de Estado por todo acto perpetrado en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando no se trate de ciertos actos que constituyan crímenes que lesionan el orden público internacional.

Afirmó así Lord Hope que la práctica sistemática o masiva de la tortura es un crimen de derecho internacional general, esto es, un crimen de lesa humanidad,

extendió un crimen internacional ya existente e impuso la obligación sobre los Estados Parte, a tomar medidas para prevenir este crimen y castigar a los culpables del mismo. Como Burgers y Danielus explicaron, el principal propósito era introducir un mecanismo institucional que permita conseguir este logro. Si bien anteriormente los Estados tenían la potestad de ejercer jurisdicción sobre este crimen en cualquier lugar en donde se haya perpetrado, ahora se encontraban en la obligación de hacerlo. Cualquier Estado Parte en cuyo territorio se encuentre una persona sospechosa de haber cometido el delito, está obligado a ofrecer su extradición o de iniciar el procedimiento para enjuiciarla. Las obligaciones impuestas por la Convención dieron lugar a la aprobación de la sección 134 de la Ley de justicia penal de 1988”. (Traducción Libre). Lord Millet, Sentencia de 24 de marzo 1999.

⁴⁹ “Desde el fin de la segunda guerra mundial existe un claro reconocimiento por parte de la Comunidad Internacional de que ciertos crímenes son tan graves y tan inhumanos que constituyen crímenes contra el orden jurídico internacional y que la Comunidad en su conjunto tiene el deber de someter a la justicia a quien cometa tales delitos. La tortura ha sido reconocida como un crimen de esa índole. (...) como el Tribunal sostiene que no hay jurisdicción para extraditar al senador Pinochet por los actos de tortura ocurridos antes del 29 de septiembre de 1988, fecha en que el artículo 134 de la Ley de Justicia Penal de 1988 entró en vigor, es necesario decidir cuándo la tortura se convirtió en un delito que afecta el derecho internacional antes de esa fecha, pero en mi opinión, los actos de tortura eran claramente crímenes contra el derecho internacional y su prohibición ya había adquirido la condición de norma de *ius cogens* en esa fecha”. (Traducción Libre). Lord Hutton, Sentencia de 24 de marzo 1999.

“a crime which offends against the public order of the international community”. Ahora bien, prosigue en su razonamiento, “[A] head of state [responsable de un crimen de lesa humanidad] is still protected while in office by the immunity *ratione personae*, but the immunity *ratione materiae* on which he would have to rely on leaving office must be denied to him”⁵⁰.

En el caso de especie, concluye Lord Hope, debe denegarse la inmunidad *ratione materiae* al acusado Pinochet porque *“he is said to have been involved in acts of torture which were committed in pursuance of a policy to commit systematic torture within Chile and elsewhere as an instrument of government”*⁵¹

Ahora bien, el hecho que la Convención de las Naciones Unidas de 1984 no estableció expresamente que la jurisdicción universal, allí establecida, debe aplicarse a los ex-Jefes de Estado, no debe considerarse un obstáculo, por cuanto tal aplicación es coherente con la normatividad existente en el Derecho Internacional consuetudinario :

*“the obligations which were recognized by customary international law in the case of such serious international crimes by the date when Chile ratified the Convention are so strong as to override any objection by it on the ground of immunity *ratione materiae* to the exercise of the jurisdiction over crimes committed after that date which the United Kingdom had made available. I consider that the date as from which the immunity *ratione materiae* was lost was 30 October 1988, which was the date when Chile’s ratification of the Torture Convention on 30 septembre 1988 took effect. Spain already ratified the Convention. It did so on 21 October 1987. The Convention was ratified by the United Kingdom on 8 December 1988 following the coming into force of section 134 of the Criminal Justice Act 1988”*⁵².

Importa destacar al término de esta sección los puntos de consenso entre los Lores magistrados integrantes del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores. *En primer lugar*, la existencia de crímenes de derecho internacional – como es el caso del crimen o delito de tortura- que afectan el orden público internacional, esto es, los intereses de la comunidad internacional en su

⁵⁰ “Un crimen atenta contra el orden público de la Comunidad Internacional” *Ahora bien, prosigue en su razonamiento* “Un Jefe de Estado en ejercicio, es protegido por la inmunidad *ratione personae* pero la inmunidad *ratione materiae* en la cual él pudiera ampararse cuando deje el cargo, tendría que serle negada”. (Traducción Libre). Lord Hope, Sentencia de 24 de marzo 1999, párrafo intitulado “The Torture Convention and Loss of Immunity”.

⁵¹ Él ha estado implicado en los actos de tortura que fueron perpetrados como parte de una política sistemática en Chile y en otros países, como un instrumento de gobierno. (Traducción Libre). *Ibidem*.

⁵² “Las obligaciones reconocidas por el derecho internacional consuetudinario, aplicables a casos de graves crímenes internacionales eran tan fuertes al momento en que Chile ratificó la Convención, que no permiten ninguna objeción de chilena, basada en la inmunidad *ratione materiae*, para que el Reino Unido ejerza jurisdicción sobre éstos crímenes cometidos después de esa fecha. Yo Considero que la inmunidad *Ratione materiae* que gozaba el senador Pinochet, fue perdida cuando la Convención contra la Tortura entró en vigor el 30 de octubre de 1988. Chile ratificó este instrumento el 30 de setiembre de ese año, España lo hizo el 21 de octubre de 1987 y el Reino Unido el 8 de diciembre de 1988 después de la entrada en vigor de la sección 134 de la Ley de Justicia Penal”. (Traducción Libre). Lord Hope, Sentencia de 24 de marzo 1999, párrafo intitulado “The Torture Convention and Loss of Immunity”.

conjunto ; en segundo lugar, el ejercicio legítimo por parte de los Estados, si bien de manera supletoria, de la jurisdicción universal consuetudinaria o convencional, ésta última aceptada expresamente por los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas de 1984 sobre la Tortura, y, en tercer lugar, la responsabilidad penal de un ex - Jefe de Estado por la comisión de crímenes de derecho internacional aún cuando tales crímenes hubieran sido perpetrados “en el ejercicio de sus funciones”. La Cámara de los Lores se pronunció entonces, por 6 (seis) votos a favor y 1 (uno) en contra, aun cuando se tratara de un único acto de tortura, en el sentido que el acusado era extraditable. La única manera de impedir una tal declaración era que el Gobierno de Chile, en base a un proceso judicial en contra del acusado, solicitara su extradición al Reino Unido. Pero como precisó el Ministro del Interior, Jack Straw a la época, al expedir la “Autorización para Proceder” de fecha 15 de abril de 1999, luego de la sentencia definitiva de la Cámara de los Lores, Chile no solicitó nunca la extradición:

“Procesos pendientes en Chile

32. Los representantes legales del Senador Pinochet y el Gobierno de Chile argumentaron que el Senador debía ser entregado a Chile, donde podría ser sometido a juicio, y que sería artificial presentar una solicitud de extradición desde Chile considerando que su regreso sería voluntario. Sin embargo, dado que no se ha presentado dicha solicitud, no existe solicitud de extradición por parte del Gobierno de Chile que el Secretario de Estado pudiera considerar conforme al artículo 12 5) de la Ley. Además, en el derecho internacional no existe disposición que excluya la jurisdicción de España en esta materia. El Secretario de Estado no considera que un posible juicio en Chile sea un factor que prime por sobre la obligación del Reino Unido, conforme a la Convención Europea sobre Extradición, de extraditar al Senador Pinochet a España...”⁵³.

No obstante lo anterior, casi un año después de la sentencia de la Cámara de los Lores, el gobierno británico decidió autorizar la salida de su territorio a fin de que retorne a Chile, en consideración a su estado de salud, al declarado extraditable. Esto sucedió el 3 de marzo del año 2000, ocho días antes que asumiera sus funciones como Jefe de Estado quien había sido electo democráticamente Presidente de Chile, Ricardo Lagos.

III. CHILE. DE INTOCABLE A INCULPADO: EL FINAL DE UN EX-DICTADOR.

1. *Tres momentos podemos distinguir en relación a la evolución del caso que nos ocupa.*

Primer momento: un ex - dictador respetado en su país (1990-2000).

Como hemos señalado al inicio de este artículo, cuando Pinochet partió hacia Londres en septiembre de 1998, premunido de un pasaporte diplomático otorgado por el gobierno chileno y acreditado por éste como Embajador

⁵³ Autorización para proceder del Ministro Jack Straw (15 de abril 1999), en Lagos 1999: 233.

extraordinario y plenipotenciario en misión especial, gozaba en su país de la más alta consideración así como de la inmunidad parlamentaria en su calidad de Senador vitalicio. La justicia no había osado hasta entonces solicitar su desafuero a fin de procesarlo penalmente pese al Informe público (1991) de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y a denuncias que se habían presentado, primero sin nombrarlo, sobre graves violaciones de derechos humanos, y, desde enero 1998, directamente en su contra.

Segundo momento: el desafuero y la declaración de inhábil mental como única salida (2000 – 2004).

La situación cambió abruptamente cuando el ex-dictador retornó a su país en marzo del año 2000 luego de su detención en Londres. Fue desaforado mediante fallo de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Defensa del Estado asumió un papel activo y favorable a su juzgamiento, se le abrió proceso penal al encontrársele responsabilidad en el caso “Caravana de la Muerte” y en otros casos de violaciones de derechos humanos ; este contexto, su defensa no encontró otro recurso para evitar lo inevitable que solicitar el sobreseimiento temporal de ese y de cualquier otro proceso penal debido a cierto grado de demencia que lo hacía inhábil mental. Declarado inhábil mental, y obtenido el sobreseimiento confirmado por la Corte Suprema de Justicia (2002), el general Pinochet debió presentar muy a su pesar, mediante carta, su renuncia formal a su escaño de Senador vitalicio, carta que fue no sin alivio aceptada por todas las fuerzas políticas pese a provenir de un “inhábil mental”. Hasta aquí parecía que la situación había encontrado un punto de equilibrio “político” pese a las protestas de las víctimas, de sus familiares y de un sector importante de la sociedad chilena.

Tercer momento: la caída definitiva (2004-2006) por cuentas millonarias en el Riggs Bank de Estados Unidos.

Un hecho inesperado modificó la situación anterior. Entre mayo y julio de 2004, la prensa de Estados Unidos dio a conocer el informe elaborado por el Senado norteamericano dando cuenta que el Riggs Bank de Washington había encubierto cuentas manejadas por Pinochet. Las autoridades chilenas dispusieron la investigación correspondiente: el magistrado a cargo registró ingresos en tales cuentas por un monto total de aproximadamente US\$26'000,000.00 (veintiséis millones de dólares estadounidenses). Entonces fue nuevamente desaforado por la Corte Suprema de Justicia, esta vez en relación a la inmunidad que tenía en calidad de ex-jefe de Estado, tanto respeto de los procesos vinculados al asunto del Riggs Bank como por violaciones de derechos humanos. Fue así prontuariado. Habiendo fallecido en diciembre de 2006, todos los procesos en su contra fueron sobreseídos definitivamente.

2. El Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su aplicación hasta el año 2006.

De una aplicación originalmente irrestricta a la exigencia de una previa identificación en sede judicial del autor del delito amnistiado, y, finalmente, sólo respecto de delitos de realización instantánea.

Es una particularidad del proceso chileno el hecho que, hasta diciembre del año 2006, el Decreto ley de [auto] Amnistía 2.191 expedido el año 1978 por la dictadura militar fue aplicado, por la magistratura y autoridades estatales en general, sin cuestionarse su validez jurídica, esto es, como una norma jurídica vigente y conforme con el ordenamiento jurídico del Estado, sea el dictatorial o el que le sucedió a éste a partir de 1990, el Estado democrático de Derecho. En este período, salvo excepciones previstas en el mismo decreto ley, la auto-amnistía operó plenamente, siendo sobreseída toda denuncia que pretendiera imputar responsabilidad penal a un funcionario por violación de los derechos humanos⁵⁴.

Aunque sin cuestionar la validez jurídica del decreto ley dictatorial, en este período, dos cambios importantes se producen en relación a la aplicación del decreto ley de amnistía una vez que retornó la democracia.

El primer cambio fue promovido por el presidente de la República Patricio Aylwin (1990-1995), quien declaró que el decreto ley de amnistía no impedía se identificara en sede judicial a los autores de delitos contra los derechos humanos a fin de proceder luego a otorgarles la impunidad, esto es, sobreyendo definitivamente el proceso penal correspondiente (Guzmán 2005 : 139).

El segundo cambio se produjo el 20 de enero de 1998 e implicó directamente al general Augusto Pinochet. En efecto, días antes, el 12 de enero, la secretaria general del Partido comunista chileno, Gladis Marín Millie, *“presento una querrela en la Corte de Apelaciones de Santiago contra «todos los autores y cómplices» del secuestro de calle Conferencia, Santiago, y del asesinato de los miembros de la dirección clandestina del partido comunista en 1976. La querrela incluía a su marido, Jorge Muñoz. Se nombraba personalmente a un solo hombre: el general Augusto Pinochet Ugarte”* (Guzmán 2005: 136). El juez encargado de conocer la denuncia (Ministro de fuero, se denomina), Juan Guzmán Tapia, miembro de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la medida que eran no habidos los cadáveres de los desaparecidos, excluyó la calificación de homicidio y calificó los sucedido como secuestro. Como afirma en sus memorias:

⁵⁴ El Decreto Ley No. 2.191, expedido por la dictadura militar el 18 de abril de 1978, otorgó amnistía en los términos siguientes :

“Artículo 1°. Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, 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 encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.”

“Artículo 3°. No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos, violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones ; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario”.

“este crimen continuaba produciendo efectos, porque era imposible probar jurídicamente que esas personas estaban muertas o saber sin sombra de duda, en caso que hubieran muerto, si la muerte se había producido en el lapso que cubría el decreto-ley de amnistía. Los desaparecidos eran víctimas, entonces, de un secuestro permanente (sic) que proseguía hasta la actualidad. Y por esta razón este delito, en las condiciones señaladas, no cabía en la ley de amnistía. El 20 de enero de 1998, fundado en esta interpretación, declaré admisible la querrela de Gladis Marín Millie y le di curso. (...). Por primera vez en Chile una acción pública que apuntaba al general Pinochet iba a ser admitida a tramitación.” (Guzmán 2005: 139-140).

En los días que siguieron una avalancha de nuevas querellas fueron presentadas, siendo una de las más conocidas la que versaba sobre el caso denominado “Caravana de la Muerte” (1973).

La posición asumida por el Ministro del fuero debía, para avanzar, dar lugar a que éste solicitara a la Corte de Apelaciones de Santiago el levantamiento de la inmunidad que beneficiaba al ex-dictador en su condición de Senador vitalicio, solicitud que no se efectuó sino dos años después -6 de marzo del año 2000, tres días después que Pinochet llegara Santiago. Luego, el 5 de junio del mismo año, la Corte de Apelaciones aprobó por mayoría el desafuero (trece votos contra nueve), y, dos meses después, el 8 de agosto de 2000, la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo también por mayoría (14 votos contra seis). Este fallo ordenaba la investigación no sólo respecto de los “secuestros permanentes” sino también respecto de 57 (cincuenta y siete) casos de homicidio ocurridos en el caso Caravana de la Muerte (1973) toda vez que ya se habían encontrado los cadáveres de otras tantas víctimas (Guzmán 2005 : 161-162).

La Corte Suprema de Justicia en su fallo de 8 de agosto del año 2000 afirmó que los secuestros de las personas detenidas desaparecidas escapan a la aplicación del decreto ley de amnistía, según la declaración original del Ministro de fuero Juan Guzmán, y estableció así un precedente de enorme importancia para la sanción penal de estas graves violaciones de los derechos humanos. Afirma la Corte:

“54. [...] nada dice en contra de la posibilidad de configura el secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que esas víctimas hayan sido ultimadas inmediatamente después de haberlas sustraído sin derecho de los lugares en que se encontraban detenidas y, lo que es más importante, que su deceso haya sido anterior a la fecha en que se dictó el Decreto Ley No. 2.191 sobre amnistía, único caso en el que los procesados podrían intentar invocar esta última”.

Y, respecto de la necesaria verificación previa del autor de un delito cubierto por el decreto ley de amnistía a fin de que se le otorgue judicialmente la impunidad:

“56. [...] la aplicación de la ley de amnistía contenida en el D.L. 2191, atendido su tenor literal, exige que las personas a quienes se pueda aplicar estén determinadas y acreditada su participación en el hecho punible”.

Es de precisar que la declaración de desafuero no prejuzga respecto del tipo de responsabilidad penal del desaforado, exigiendo tal declaración únicamente la “[E]xistencia de fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor al parlamentario cuyo desafuero se solicita” (sección IV, literal B de la sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia, precitada). Autorizado el desafuero, corresponde al Ministro del fuero, de ser el caso de especie, definir la responsabilidad penal, esto es, inculparlo y prontuariarlo. Así, el Ministro Juan Guzmán atribuyó, el 29 de enero de 2001, a Augusto Pinochet “la autoría de cincuenta y siete homicidios calificados y de dieciocho secuestros” (Guzmán 2005: 200). Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago “decidió modificar el grado de participación del general Pinochet, declarándolo encubridor de los crímenes” (Guzmán 2005: 200). Más aún, la Corte Suprema de Justicia, antes del asunto de las cuentas en el Riggs Bank, lo declaró el 1 de julio 2002, inhábil mental y sobreseyó todo proceso por violación de derechos humanos. Pero, como vimos supra, la ola del Riggs Bank permitió el año 2004 no sólo desaforarlo nuevamente sino que el Ministro del fuero, Juan Guzmán, estimara entonces que

“el general estaba apto mentalmente para soportar un juicio criminal en Chile y lo sometí esta vez a proceso como autor de un crimen de homicidio calificado y de nueve secuestros dentro del marco de la «Operación Cóndor».
Frente a esta resolución, los abogados de Pinochet recurrieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago, recurso que fue rechazado por unanimidad, una decisión que a su vez fue confirmada por la Corte Suprema por mayoría de votos.” (Guzmán 2005: 222).

En el mismo sentido que el Ministro del fuero Juan Guzmán en el caso de la “Operación Cóndor”, resolvió el Ministro del fuero Alejandro Solís en el caso “Villa Grimaldi”. En efecto, previo desafuero autorizado por la Corte Suprema de Justicia (9 de septiembre 2006), el Ministro Solís “encargó [a Augusto Pinochet] reo como autor de 35 secuestros y 23 casos de torturas que se produjeron en torno al centro de detención clandestino de la DINA conocido como «Villa Grimaldi» [ubicado en Santiago]. Además, lo procesó por el homicidio del profesor universitario del PC Alejandro Ávalos Davison” (Boletín de Derechos Humanos FASIC 2006).⁵⁵ Esta resolución, en un fallo unánime, fue ratificada por la Cuarta Sala de Apelaciones de Santiago el 30 de noviembre del mismo año (Ibidem).

⁵⁵ Boletín de Derechos Humanos de la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas, Santiago de Chile, editado mensualmente electrónicamente : <http://www.fasic.org/> (revisado el 10 de enero del 2009)

3. La invalidez jurídica del Decreto Ley de Amnistía No. 2.191 de 1978 a partir de diciembre del año 2006: los crímenes de guerra y de lesa humanidad no son amnistiables.

Correspondió a la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia expedida por la Segunda Sala Penal el 15 de diciembre del año 2006, zanjar un asunto que se había tornado insostenible a nivel internacional pero también a nivel interno. En efecto, a nivel internacional, pocos meses antes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, mediante sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, efectuó *inter alia*, dos declaraciones de especial importancia. En primer lugar, calificó el homicidio perpetrado el año 1973, del cual fue víctima el señor Almonacid, en el contexto de un ataque generalizado, como un crimen de lesa humanidad e imprescriptible. En segundo lugar, dispuso, teniendo en consideración que los crímenes internacionales como el de lesa humanidad no pueden ser amnistiados, que el Estado de Chile deberá inaplicar el Decreto Ley de Amnistía 2.191 por ser contrario a las obligaciones que ha contraído al devenir Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otro hecho de gran importancia en el campo de los derechos humanos debe mencionarse: la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la República Argentina, declaró mediante sentencia expedida el 14 de junio de 2005 la invalidez jurídica de las leyes de amnistía argentinas, teniendo como precedente expresamente invocado la sentencia (2001) del caso “Barrios Altos” vs. Perú sancionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia de Chile, en su sentencia precitada y relativa a dos asesinatos ocurridos el año 1973, sancionó penalmente a los responsables toda vez que fue de “la opinión que en este episodio se debe aplicar el artículo tercero de la Convención de Ginebra, referido a las garantías de los prisioneros de guerra, en virtud de la calidad de ejecutados de las víctimas mientras estaban bajo cautiverio, de lo cual se deduce que estos son crímenes de guerra.” (Boletín de Derechos Humanos Fasic : diciembre 2006). Este fallo, considerado en los medios chilenos como histórico, no es posible de entender si no se tiene en consideración que la dictadura militar declaró, mediante múltiples decretos leyes la existencia de un estado de guerra en Chile -Estado de sitio entre el 11 de septiembre y el 18 de abril de 1978-, caso singular en la historia del derecho comparado⁵⁶.

⁵⁶ Una análisis en sede judicial del Estado sitio en Chile, en tanto Estado de guerra, de acuerdo con diversos decretos leyes expedidos en 1973 por la dictadura militar, puede encontrarse en el voto concurrente del magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Ministro Sr. Benquis, a propósito del fallo, de fecha 8 de agosto de 2000, pronunciado por el pleno de dicha Corte y mediante el cual se acuerda el desafuero del general Pinochet, entonces Senador Vitalicio. Sería pertinente precisar que el estado de guerra así declarado podría referirse a una guerra civil y no tanto a lo que actualmente se denomina “conflicto armado interno”. En ambos casos, sin embargo, es jurídicamente fundado sostener la existencia de crímenes de guerra, en la época más bien en virtud de normas consuetudinarias. Véase al respecto la sentencia Tadic expedida con fecha 2 de octubre de 1995 por la Cámara de Apelación del TPI para la ex Yugoslavia; véase también el Estatuto (1994) del TPI para Ruanda y el Estatuto de Roma (1998).

Con el precedente anterior, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha expedido múltiples sentencias condenando a responsables de homicidios y de torturas, -delitos de realización instantánea- antes cubiertos por el decreto ley de amnistía. Así es como, con fecha 29 de enero de 2009, la 9na Sala unánimemente confirmó la sentencia expedida en primera instancia sancionando el asesinato (Buenos Aires, 1974) del general chileno Carlos Prats y de su esposa Sofía Cuthber. En este caso fue condenado por los dos crímenes a dos cadenas perpetuas el ex jefe del servicio de inteligencia de Chile.

IV. CONCLUSIONES.

A continuación presentamos algunas conclusiones sobre el caso que nos ocupa.

- La jurisdicción universal, tal como se ha desarrollado en el siglo XX y hasta la actualidad, se refiere a la potestad que el derecho internacional otorga a la justicia de un Estado para, bajo determinadas condiciones, conocer casos relativos a crímenes internacionales perpetrados en el territorio de otro Estado, siendo tanto la víctima como el presunto responsable de nacionalidad extranjera. No debe confundirse en consecuencia con la denominadas competencia pasiva –defensa del nacional cuando es víctima de un delito en territorio extranjero- o la denominada competencia activa –sanción del nacional perpetrador de determinados delitos en territorio extranjero. Estos dos tipos de competencia, pasiva y activa, la encontramos con diversos matices, en la mayoría de los códigos penales de los Estados –para el caso del Perú véase el artículo 2, numeral 4. La Audiencia Nacional de España analiza en su sentencia (1998) estos dos tipos de competencia y a la vez afirma la existencia de, estrictamente, la jurisdicción universal en los casos de genocidio, con una importante precisión. En efecto, tratándose del delito de genocidio, la jurisdicción universal se justifica no en el tratado de la ONU de 1948 sobre genocidio –este tratado no establece este tipo de jurisdicción- sino en normas internacionales consuetudinarias o de *jus cogens*. En el mismo sentido se había pronunciado anteriormente la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (Excepciones preliminares, 1996).⁵⁷ Véase *supra*, sección II.2.c.
- La jurisdicción universal, de otro lado, puede encontrar su justificación jurídica, en determinados casos, en tratados internacionales que expresamente la establezcan; de ser así nos encontramos entonces frente a una jurisdicción universal convencional. Son diversos los tratados que establecen este tipo de competencia y que puede sintetizarse en el adagio *aut dedere aut judicare* –o se entrega al justiciable, o se le juzga-. Igualmente la encontramos en los códigos

⁵⁷ Declara la Corte Internacional de Justicia : “It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention”. Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Excepciones preliminares. Sentencia de fecha 11 de julio de 1996. ICJ Reports 1996, en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf> consultada el 17 de enero 2009.

penales de los Estados, quienes de este modo cumplen con la obligación contraída mediante los tratados que instituyen el deber de ejercer la jurisdicción universal –en el caso del Perú se ha establecido en el artículo 2 numeral 5.

En el caso que nos ocupa, la Cámara de los Lores declaró que España, de conformidad con el tratado de la ONU sobre la represión de la tortura (1984), está facultada a ejercer esta jurisdicción universal convencional, y siendo partes en dicho tratado simultáneamente España, Inglaterra y Chile, éste no podía alegar –como lo hizo sin fundamento alguno- que España afrentaba la soberanía de Chile al pretender conocer casos de violaciones de derechos humanos, en la especie, casos de tortura.

Tres precisiones adicionales a efectuar. La primera se refiere a que esta jurisdicción universal no debe confundirse con la jurisdicción internacional que ejercen los tribunales internacionales de justicia –tales como lo fue el de Nuremberg y contemporáneamente los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), creados ambos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y la Corte Penal Internacional. La segunda consiste en que únicamente los tribunales internacionales tienen la potestad, en derecho internacional, de juzgar a Jefes de Estado que se encuentren en el ejercicio de sus funciones –caso de Slovdam Milosevic detenido por orden del TPI para la ex Yugoslavia- ; en otros términos, la jurisdicción universal únicamente autoriza a juzgar ex jefes de Estado, como lo era el detenido en el presente caso. La tercera precisión tiene que ver con el carácter subsidiario de la jurisdicción universal, esto es, quien tiene la prioridad para conocer un caso de violación de derechos humanos es el Estado del territorio donde se perpetró el acto ilícito. Véase *supra* sección II.2. Puede verse, *inter alia*, la sentencia (2002) de la Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia - Congo vs. Bélgica

- La jurisdicción universal convencional y consuetudinaria, y ciertamente la jurisdicción internacional, al atribuir jurisdicción a sujetos internacionales otros que el Estado del territorio o el Estado de la nacionalidad tanto de la víctima como del perpetrador, en los casos de violaciones de derechos humanos, terminó con la secular impunidad del crimen de Estado. Esta impunidad que anacrónicamente reconoció la Alta Corte de Londres – *ver supra* sección II.1. - en el caso que nos ocupa, fue desestimada por la Cámara de los Lores, cuya argumentación está indisolublemente vinculada al surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional y al Derecho Internacional Humanitario convencional post 1945. En efecto, la posición de la Cámara de los Lores está de acuerdo con el Derecho Internacional contemporáneo post 1945 : los derechos humanos de los nacionales de un Estado pero también de cualquier ser humano en general, han dejado de ser un asunto exclusivamente doméstico y jurisdiccionalmente exclusivo del Estado que eventualmente perpetra violaciones de los derechos fundamentales. Este gran cambio en la concepción de la soberanía estatal se deriva del principio según el cual todo ser humano tiene derechos reconocidos internacionalmente, cuya protección y promoción importa y compromete no sólo a la Organización

de las Naciones Unidas o internacionales sino a cada Estado. De acuerdo con el Derecho Internacional contemporáneo, reconoció expresamente la Cámara de los Lores, bajo determinadas condiciones, cualquier Estado está autorizado, en virtud de la jurisdicción universal, a sancionar las violaciones graves de los derechos humanos perpetrados por o imputables a otro Estado, aún cuando tales violaciones hayan ocurrido en territorio extranjero, el perpetrador sea extranjero, la víctima sea también extranjera, y se considera más bien el hecho que exista una política estatal criminal, no como eximente de responsabilidad internacional sino todo lo contrario. En efecto, la existencia de una política estatal criminal es uno de los elementos constitutivos de ciertos crímenes internacionales imputables al Estado y a sus funcionarios o agentes, como en los casos del crimen de genocidio, de los crímenes de lesa humanidad y, en definitiva, del crimen que implica toda guerra de agresión. *Ver supra, sección II.2.b.* Y sobre la distinción entre, de una parte, la jurisdicción universal consuetudinaria y, de otra, la jurisdicción universal convencional, *véase sección II.2.d, e, f.*

- Respecto del delito de genocidio y la interpretación de sus alcances según la justicia española a propósito del caso que nos ocupa, la noción de “grupo nacional” estuvo en el centro de la argumentación efectuada por los denunciantes, el Juez del Juzgado de instrucción concernido, Baltasar Garzón, y la Audiencia Nacional de España. Como lo expresamos antes *-véase supra secciones I. 2.a, b, c.-*, la posición entonces asumida (1998) conduce a una situación en nuestra opinión poco conforme con la naturaleza del delito de genocidio. Tal vez por ello, ulteriormente, la Audiencia Nacional de España (sentencia de 19 de abril 2005) y el mismo Tribunal Supremo de España (sentencia de 1ro de octubre 2007) han calificado, a propósito del caso Scilingo, no como delito de genocidio sino como delito de lesa humanidad determinados actos imputados a dicho justiciable y perpetrados en Argentina durante la dictadura militar (1976-1983).
- Es de relieves, finalmente, la evolución habida en Chile de la temática que involucró el juzgamiento del ex-dictador pero que trasciende este hecho.

Un aspecto a destacar tiene que ver con el decreto ley de amnistía expedido el año 1978, el cual ha sido, con la vuelta a la democracia el año 1990 :

- primero*, interpretado de modo que no impida el conocimiento de la verdad;
- segundo*, limitado en sus alcances (cubre únicamente los delitos de realización instantánea y no la desaparición forzada de personas entendida ésta como un delito permanente, aplicando en tal caso el tipo penal de secuestro), y, para concluir con la impunidad,
- tercero*, la no aplicación del decreto ley de amnistía por cuanto contraviene el Derecho internacional, en la especie, el Derecho Internacional Humanitario, al calificarse los ilícitos como crímenes de guerra. (*Ver supra, secciones III. 2 y 3*). Podría pensarse que en un fecha no muy lejana, la Corte Suprema de Justicia de Chile podría emitir una sentencia análoga a la pronunciada por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, de la República Argentina, y concordante con las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un segundo aspecto también relevante tiene que ver con la evolución habida en el Poder Judicial y en otras entidades estatales en relación a los derechos humanos, lo que guarda estrecha relación con la acción y vigilancia que ejercen las agrupaciones de víctimas, de sus familiares, y de entidades de derechos humanos. Así, sólo para mencionar algunos aspectos, con la vuelta a la democracia, se creó la *Comisión de Verdad y Reconciliación* (1990-1991) y, doce años más tarde, una nueva comisión encargada sólo de la problemática de las víctimas de la “prisión política y tortura” en el período de la dictadura militar. Esta nueva comisión –*Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*– cuyo informe se hizo público el año 2004, ha recogido más de treinta mil testimonios y ha identificado aproximadamente veinte y ocho mil víctimas a las que el Estado les viene otorgando una pensión mensual de reparación. Las Fuerzas Armadas y el Poder Judicial, esta vez, no reaccionaron en contra del informe sobre la tortura en Chile sino más bien pidieron perdón públicamente. La magistratura ha ido asumiendo un papel, sin que se pueda tampoco idealizarla, muy importante en la sanción penal de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar, contribuyendo de este modo a una reconciliación nacional basada en la justicia. Algo semejante puede afirmarse respecto del Consejo de Defensa del Estado, el cual participa en los procesos penales a fin de coadyuvar con la justicia y promover la sanción penal de los responsables de violaciones de los derechos humanos, tanto en el caso emblemático del fallecido ex – dictador y ex – jefe de Estado como en muchos otros casos en curso.⁵⁸

- Para concluir, una última anotación. Los avances y retrocesos en el procesamiento del ex – dictador concluyeron ciertamente con el deceso de éste (diciembre del año 2006), empero es importante reseñar que, descubiertas sus cuentas millonarias en el Riggs Bank de Washington (2004), la justicia de su país lo desaforó por enésima vez, siendo entonces por vez primera prontuariado, dándose curso tanto a procesos penales por corrupción como por violaciones de derechos humanos que quedaron sobreesidos ahora sí definitivamente.

⁵⁸ Una apretada síntesis sobre este período puede verse en V. REYNA M., *Chile Verdad-Justicia y Reparación*, septiembre 2007, disponible en el portal electrónico de FASIC: <http://www.fasic.org/> (revisado el 10 de enero del 2009)