

TRABAJO DE FIN DE GRADO

POSIBILIDAD DE ENJUICIAMIENTO DE AUGUSTO PINOCHET

Daniel Candal Álvarez

Tutor: José Ángel Brandariz García

Simultaneidad de Grado en Derecho y Grado en ADE

Febrero de 2015



UNIVERSIDADE DA CORUÑA
FACULTADE DE DEREITO

ÍNDICE

Abreviaturas	3
Supuesto de hecho	4
I. Competencia de los tribunales españoles para juzgar a Augusto Pinochet en el momento en que se interpuso la querrela	6
I.1. Introducción	6
I.2. El principio de justicia universal y crímenes contra la humanidad	6
I.3. Determinación de la competencia	9
I.3.a) Delito de genocidio	12
I.3.b) Delito de terrorismo	13
I.3.c) Delito de tortura	14
I.4. Obstáculos a la asunción de competencia	16
I.4.a) Retroactividad de la Ley procesal	16
I.4.b) Cosa juzgada	19
I.4.c) Inmunidad: el caso especial de la inmunidad diplomática	20
I.5. Conclusiones	20
II. Competencia actual de los tribunales españoles para juzgar a Pinochet	21
II.1. Introducción	21
II.2. El art. 23.4 LOPJ tras la LO 1/2014, de 13 de marzo	22
II.3. Conclusiones	25
III. ¿Habría tenido competencia España si ninguno de los que sufrieron las violaciones masivas de derechos humanos hubieran tenido la nacionalidad española?	25
III.1. Introducción	25
III.2. El principio de personalidad pasiva en la LOPJ vigente en 1998	25
III.3. El principio de personalidad pasiva en la LOPJ vigente en 2014	27
III.4. Conclusiones	27
IV. ¿El Reino Unido debería haber accedido a la petición de extradición formulada por los tribunales españoles?, ¿Qué razones esgrimieron los tribunales ingleses para no tramitar la extradición?	28
IV.1. Introducción	28
IV.2. La extradición en base al Convenio Europeo de 1957	28
IV.3. Las posibilidades de extradición en base a los criterios de la <i>House of Lords</i> . La cuestión de la inmunidad	30
IV.3.a) Sentencia de la <i>High Court</i> de 28 de octubre de 1998	31
IV.3.b) Sentencia de la <i>House of Lords</i> de 25 de noviembre de 1998	31
IV.3.c) Sentencia de la <i>House of Lords</i> de 24 de marzo de 1999	32
IV.4. La decisión final sobre la extradición	34
IV.5. Conclusiones	34
V. Entre los delitos que se le imputaron a Pinochet, ¿cuáles posibilitaban su enjuiciamiento por los tribunales españoles?	36
V.1. Introducción	36
V.2. El principio de doble incriminación	36
V.3. El principio de especialidad	37
V.4. Conclusiones	38

VI. ¿Puede afirmarse que se cometió delito de genocidio?	38
VI.1. Introducción	38
VI.2. Posición de la Fiscalía y de la Audiencia Nacional	39
VI.3. Posición de la doctrina	41
VI.4. Posición del Tribunal Supremo	43
VI.5. Conclusiones	45
VII. ¿Hubiera sido competente la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de Pinochet?	46
VII.1. Introducción	46
VII.2. Competencia de la CPI para juzgar a Augusto Pinochet	47
VII.3. Conclusiones	49
Bibliografía	50

ABREVIATURAS

AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AN	Audiencia Nacional
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEE	Convenio Europeo de Extradición
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
ER	Estatuto de Roma
LEC	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

SUPUESTO DE HECHO

El 11 de septiembre de 1973 se produce en Chile un golpe de Estado contra el Gobierno constitucional presidido por Salvador Allende. El impulsor de dicho suceso fue Augusto Pinochet Ugarte, militar que, tras el golpe, ascendería a la Presidencia de la República de Chile.

En los años posteriores, bajo el nuevo gobierno instaurado, se produjeron en el país una serie de violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos, perpetradas en la mayoría de los casos por la Dirección de Inteligencia Militar (DINA). Dichas violaciones consistieron en presuntas detenciones ilegales, secuestros, desapariciones forzadas, torturas, asesinatos... no sólo en territorio chileno, sino también en estadounidense, argentino e italiano. Por otra parte, los afectados no solo fueron ciudadanos chilenos, sino también extranjeros e incluso funcionarios internacionales (el caso más relevante fue el del funcionario español de Naciones Unidas Carmelo Soria Espinoza, asesinado en 1976).

El proceso fue justificado bajo el pretexto de que se estaba “restaurando la chilenidad”. Con ello, la cúpula militar se consideró intérprete y suprema defensora de la nación. Son diversos los nombres de las operaciones, siendo quizás los más conocidos los de “Operación Cóndor” o la “Caravana de la Muerte”.

Con posterioridad a estos actos, la impunidad de los golpistas se fue logrando a través de sucesivas leyes específicas, bajo la forma de amnistías y perdones. Más en concreto, fue la Ley de 4 de noviembre de 1992 la que decretó la exención de punibilidad a antiguos dirigentes estatales.

No fue hasta 1996 cuando se inició en España el *iter* procesal contra la cúpula militar chilena. En dicha fecha, la Unión Progresista de Fiscales denuncia las actuaciones que tuvieron lugar en Chile por presuntos delitos de genocidio y terrorismo. La Audiencia Nacional se declara entonces competente para conocer del asunto iniciándose la instrucción contra Augusto Pinochet y algunos de sus colaboradores. Transcurridos dos años, en 1998, se presenta una querrela ante el Juez Baltasar Garzón en la que se denuncia la desaparición de más de doscientos chilenos en territorio argentino bajo la denominada “Operación Cóndor”.

El 22 de septiembre del mismo año Augusto Pinochet llega a Londres para ser operado de una hernia discal el 9 de octubre. Al día siguiente de la operación, Amnistía Internacional solicita a las autoridades británicas su detención.

La reacción del Gobierno chileno no tarda en llegar a través de su Ministro de Asuntos Exteriores, J. M. Insulza, quien alega el día 13 que el ex presidente viaja con pasaporte diplomático, lo que impide, según él, toda posibilidad de interrogatorio.

El día 16 de octubre el Juez Garzón, tras haber solicitado en días previos información acerca de la estancia de Pinochet en Gran Bretaña, dicta auto de prisión provisional incondicional contra el ex presidente, auto que sería ampliado dos días después, así como el libramiento de una orden internacional de detención ante las autoridades judiciales británicas, al no estar el imputado a disposición del Juzgado. El mismo día, en atención a la petición española, Pinochet es detenido en Londres imputándosele los delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

Además de la alegación de J. M. Insulza del día 13, tras la detención el Gobierno chileno añade que se trata de un antiguo Jefe del Estado, por lo que debería contar con inmunidad jurisdiccional por los actos realizados en tal condición y, además, que en el momento de la detención Pinochet es senador vitalicio, gozando de tal inmunidad.

Un año después, el 14 de octubre de 1999, el Gobierno sudamericano solicita formalmente a las autoridades británicas la liberación del antiguo dictador por razones humanitarias, dado su deteriorado estado de salud. En marzo de 2000 se produciría ésta, tras un examen médico que declara que Pinochet no está en condiciones de comparecer ante un tribunal.

Finalmente, y tras una serie de procesos abiertos en su país de origen, Augusto Pinochet fallece a finales del año 2006 sin haberse finalizado ninguno de los procedimientos abiertos contra su persona.

Expuestas las fechas básicas de los antecedentes de hecho, en este trabajo se analizarán distintos aspectos acerca de la posibilidad de enjuiciamiento de Augusto Pinochet Ugarte por parte de los tribunales españoles. En próximas líneas se desarrollarán de manera pormenorizada las cuestiones más relevantes del caso que se pueden resumir en los puntos siguientes:

- Competencia de los tribunales españoles para juzgar a Augusto Pinochet.
- Análisis de las posibilidades de extradición del ex presidente.
- Evaluación de los posibles delitos imputados.
- Posible competencia de la Corte Penal Internacional para conocer del caso.

CUESTIONES

I. Competencia de los tribunales españoles para juzgar a Augusto Pinochet en el momento en que se interpuso la querrela.

I.1. Introducción

Es preciso fijar, en primer lugar, los límites de la competencia del Estado que plantea la solicitud de extradición. Para ello, primeramente se hará referencia al principio de justicia universal, analizando su alcance, contenido y evolución.

En un segundo punto, dirimirémos la concreta competencia de España para conocer de los hechos que alega como causa la petición, en base al principio de justicia universal establecido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto es, se discutirá acerca de la territorialidad de la Ley penal española.

Posteriormente, para acabar esta primera cuestión, se expondrán los posibles obstáculos a la competencia para juzgar a Pinochet que en su día fueron planteados por la Fiscalía General del Estado. En concreto, nos referiremos a la retroactividad de las leyes procesales, a la posible existencia de cosa juzgada y litispendencia y la supuesta inmunidad diplomática del ex mandatario.

Se ha de tener en cuenta, antes de entrar a valorar pormenorizadamente la cuestión, que los presuntos delitos perpetrados en Chile tuvieron como víctimas no sólo a sus propios nacionales, sino a otros ciudadanos –algunos de ellos españoles- y que no sólo fueron cometidos en territorio chileno, sino también en estadounidense, argentino e italiano. Además, las diferentes leyes chilenas fueron eximiendo de responsabilidad a los dirigentes, produciéndose la total impunidad de los diferentes delitos que analizaremos en próximas líneas.

I.2. El principio de justicia universal y crímenes contra la humanidad

Atendiendo a la evolución del principio de justicia universal, éste ha ido surgiendo a partir del desarrollo de los diferentes acuerdos interestatales que de manera creciente han ido sentando las bases para una demanda internacional de responsabilidades. Con ello, se pretendía superar la concepción de que sólo los Estados podían ser sujetos pasivos de la responsabilidad en el ámbito internacional, creándose un verdadero orden jurídico internacional.

Históricamente se ha venido explicando desde un punto de vista iusnaturalista, tal y como señalaba Grocio al indicar que hay determinados delitos que violan la ley natural y ofenden los sentimientos de toda la humanidad por lo que el Estado debe *aut dedere aut punire*, esto es, entregar al delincuente o castigarlo. Sin embargo, en la actualidad, se justifica en base a los bienes jurídicos protegidos, tratándose de un verdadero principio de solidaridad universal, base de la creación de tribunales penales internacionales.

La idea que sigue al principio es que los crímenes más graves no queden impunes, tratando de evitar que el responsable encuentre refugio en un país. Esta idea la encontramos ya en los escritos de Beccaria quien ya señalaba que “*la persuasión de no*

encontrar un palmo de tierra que perdonase a los verdaderos delitos sería un medio eficazísimo de evitarlos”¹.

Más recientemente, tras las dos grandes guerras se aprecia la aparición de una serie de principios relativos a los derechos humanos en los que la actuación de los Estados para su defensa es cada vez más limitada, siendo necesaria la consolidación de un sujeto supraestatal: la comunidad internacional. No debemos olvidar, en este punto, la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1947, seguida del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, gérmenes de la universalización de la protección de los derechos humanos.

No se trata, por tanto, de una mera cooperación interestatal, sino de crear una fuente de legitimación al principio de justicia universal.

Así, cuando se habla de cooperación interestatal, se engloba un conjunto de instrumentos para la asistencia mutua (acuerdos de extradición, cooperación procesal, reconocimiento de sentencias extranjeras, etc.) que tienen como finalidad salvar los límites territoriales existentes para el propio Estado.

La Corte Permanente de Justicia Internacional estableció en 1927 en el Caso Lotus la legitimidad para ejercer la competencia universal al decir que: “*en principio, la competencia es territorial, no pudiendo ejercerla un Estado fuera de su territorio, salvo en virtud de una regla permisiva derivada del Derecho internacional consuetudinario o de una convención internacional (...), los Estados son libres de adoptar los principios que considere mejores y más deseables*”. Con ello, la Corte reconoció que el carácter territorial del Derecho penal no limita a los Estados la posibilidad de extender su jurisdicción a delitos cometidos fuera de su territorio.

Es el reconocimiento de intereses supremos necesitados de protección internacional el que legitima el principio de justicia universal. Según el principio de justicia universal, los Estados se declaran competentes para perseguir determinados delitos cometidos fuera de sus fronteras y con independencia de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas.

De la definición anterior se extrae la excepción al principio de territorialidad de la Ley penal, vínculo entre ésta y el ejercicio de la soberanía de los Estados, por el que los Estados son competentes para enjuiciar los delitos cometidos dentro de sus fronteras. Se trata así de un complemento de la aplicación territorial de la ley, al tratar de compensar sus propias limitaciones.

Debemos indicar que no es la única excepción a la aplicación territorial de la Ley. Así, en el caso del principio personal se establece que el Estado es competente para conocer de hechos cometidos por sus nacionales (personalidad activa) o a sus nacionales (personalidad pasiva); y en el principio real o de protección que es competente para conocer de delitos cometidos contra intereses estatales en terceros países².

Sin embargo, hay que señalar que esta aplicación extraterritorial de la Ley no supone problema alguno en cuanto a la soberanía de terceros Estados ya que el grado de

¹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998, p. 106.

² GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la LO del Poder Judicial español”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 65.

eficacia dependerá, en última instancia, de la legitimación internacional reconocida al Estado requirente.

El principio de justicia universal supone así el enlace entre las normas internacionales y la soberanía estatal, diferenciándose así de otros casos de extraterritorialidad, estableciéndose las bases para la demanda de responsabilidades en atención a intereses propios de la comunidad internacional a la que pertenece. En ello se diferencia del principio personal y del principio real, que buscan proteger a los propios nacionales, en el primer caso, o a concretos intereses estatales, en el segundo. El principio de justicia universal, por tanto, y a diferencia de los anteriores, busca proteger determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional. En definitiva, el nexo se encuentra en la pertenencia a la comunidad internacional y en que ésta asuma dichos bienes jurídicos como dignos de protección. Se crea de esta manera una jurisdicción compartida que busca no dejar impunes determinados comportamientos delictivos.

En virtud de este principio el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos por españoles o extranjeros más allá de sus propias fronteras en tanto en cuanto lesionen los ya mencionados bienes jurídicos. Se encuentra así limitada a determinados supuestos delictivos, en nuestro caso los establecidos en el art. 23.4 LOPJ que posteriormente analizaremos, pero, a diferencia del principio de protección o real, la fundamentación no se sustenta en el interés individual que pueda tener el Estado que ejerce su jurisdicción sino, como hemos visto, en un interés supranacional, de pertenencia a la comunidad internacional en su conjunto.

Se encuentra, por otra parte, fuertemente ligado al concepto de crimen contra la humanidad, esto es, los atentados contra los derechos humanos que el orden internacional ha delimitado como bienes jurídicos de especial relevancia.

No debemos obviar, en este punto, los principios establecidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg³, recogidos como principios básicos por la Comisión de Derecho Internacional al elaborar un Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Entre ellos podemos destacar los siguientes a efectos de este trabajo:

“Principio II: el hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho internacional, no exime de responsabilidad en el Derecho internacional a quien lo haya cometido.

Principio IV: el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno no la exime de responsabilidad conforme al Derecho internacional si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”.

En el mismo Estatuto se encuentra la primera tipificación de crimen contra la humanidad, al definirlo en su artículo 6.c como: *“el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él”.*

³ Estos principios fueron confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946.

Se establece así un principio de legalidad internacional, posteriormente consagrado en el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966⁴ por el que, aunque los hechos no sean delictivos en el lugar de comisión, pueden ser perseguibles internacionalmente si en el momento de cometerse constituyen delitos contra los principios reconocidos por la comunidad internacional. En definitiva, bastará con que las normas internacionales los consideren hechos delictivos, aun cuando no lo fuesen en el país donde fueron cometidos.

I.3. Determinación de la competencia

La incorporación del principio de justicia universal a los ordenamientos internos suele hacerse a través de la suscripción de Tratados en los que se establece un compromiso de persecución de determinados delitos que afectan a bienes jurídicos internacionalmente protegidos.

En España, el art. 96.1 CE establece: *“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”*. Son varios los convenios y tratados que, como veremos en próximas páginas cuando hablemos de cada uno de los delitos imputados, España ha sancionado. Sin embargo, se ha producido además una incorporación legislativa por la cual el compromiso forma parte de las propias reglas de competencia de los tribunales españoles.

Este compromiso lo encontramos en la LOPJ, en donde se fija el principio de competencia universal basado en la entidad o gravedad de los hechos.

En el art. 23 LOPJ⁵ se fijan cuatro criterios para que España pueda ejercer la jurisdicción en el orden penal: territorialidad (art. 23.1), personalidad activa (art. 23.2), protección real (art. 23.3) y perseguibilidad internacional o protección universal (art. 23.4), siendo este último el que nos interesa analizar con más detalle para resolver la cuestión planteada.

El primero de los apartados establece:

“1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”.

Este criterio de territorialidad atribuye la competencia a los tribunales españoles con independencia de la nacionalidad de los sujetos y de la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados siempre y cuando los hechos sean cometidos en territorio nacional. De este modo, habiendo sido cometidos los delitos imputados en territorio chileno, el primer apartado debe ser descartado, al no haberse cometido los hechos dentro de las fronteras españolas. Como se estableció en los antecedentes de hecho, si bien hubo hechos

⁴ Establece que *“nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fuesen delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”*.

⁵ Bajo la redacción de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

delictivos que fueron cometidos fuera de territorio chileno, ninguno de los delitos imputados se perpetró en territorio nacional español, concluyéndose así la inaplicabilidad al caso de este primer apartado del art. 23 LOPJ.

El segundo de los apartados establece:

“2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho fuere punible en el lugar de ejecución.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncie o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que corresponda”.

Se refiere este segundo apartado al principio de personalidad activa, mediante el cual España es competente para perseguir delitos cometidos por españoles en el extranjero. Para el ejercicio de la competencia es necesario la concurrencia de los requisitos de doble incriminación, que exista denuncia o querrela y que se respete el principio *ne bis in idem*. De nuevo, se descarta la aplicación de este apartado para establecer la competencia al haber sido cometidos los delitos por miembros del Gobierno y de las Fuerzas Armadas chilenas, en concreto, Augusto Pinochet no tuvo en ningún momento la nacionalidad española, no resultando de aplicación este precepto.

El tercer apartado, en términos resumidos, establece que:

“3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española como alguno de los siguientes delitos:

a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

(...)

i) Los relativos al control de cambios”.

Se encuentra aquí reflejado el principio real o de protección de intereses, tratándose de una extensión de la soberanía estatal sólo ejercitable si es reconocida por el país competente por el principio de territorialidad. Se aplicaría a hechos cometidos fuera de España por nacionales o extranjeros por delitos susceptibles de ser encuadrados en alguna de las categorías establecidas en el precepto. Se trata, por tanto, de proteger determinados intereses españoles que puedan ser lesionados en el extranjero. En los hechos establecidos no se vieron afectados intereses estatales de España en terceros

países, sino intereses de España como miembro de la comunidad internacional a la que pertenece, por lo que este apartado tampoco resulta de aplicación al caso.

Por último, el art. 23.4 LOPJ establece:

“4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio.

b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Falsificación de moneda extranjera.

e) Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.

f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Se recoge, por tanto, el principio de justicia universal, no estando vinculada la competencia ni con el lugar de comisión del delito ni con la nacionalidad del sujeto activo de dicha infracción y el lugar en donde se encuentre, sino que el único requisito es que los hechos sean punibles según el Derecho penal español. Las únicas limitaciones establecidas al principio son las derivadas de las reglas del *ne bis in idem* y el abono de las penas, al remitir el art. 23.5 al 23.2.c) LOPJ.

Los bienes jurídicos protegidos provienen de Tratados internacionales en los que España forma parte y que ha incorporado a su normativa interna, tratándose de delitos que afectan a los intereses de la comunidad internacional. En este sentido, ello resulta evidente con el apartado g) del art. 23.4 que supone que éste no sea un *numerus clausus*, vía por la que se pueden incorporar delitos no mencionados expresamente en el precepto.

El fundamento de este precepto no es otro que la necesidad de impedir la ausencia de conocimiento y sanción de los hechos imputados, sin importar el lugar de comisión del delito o la nacionalidad del sujeto activo o pasivo. Recoge así, en definitiva, el principio de justicia universal que hemos expuesto previamente y en el que los tribunales españoles se fundamentaron para la asunción de competencia. Ahora bien, para que este precepto sea de aplicación, las conductas alegadas han de estar incluidas en los tipos que fundamentan esta competencia.

Por último, en la enumeración establecida en el art. 23.4 se puede apreciar una gran heterogeneidad de delitos que se han ido consagrando a través de declaraciones de organismos o de tratados internacionales, emanando así, por tanto, de la propia comunidad internacional. La vinculación con intereses internacionales se encuentra presente en cada delito incluido en este apartado, apoyándose todos ellos en la suscripción de convenios internacionales, de ahí la referencia que el apartado g) hace a los tratados, consagrándose así la idea de un compromiso internacional en la persecución de delitos que afectan a bienes jurídicos especialmente protegidos.

Si bien se puede concluir una competencia genérica para cada uno de los delitos imputados en base al principio de justicia universal, se hace necesario analizar la competencia específica para cada uno de los delitos, pues la operatividad del principio dependerá de que los sucesos ocurridos en el extranjero sean subsumibles en alguno de los tipos penales que enumera el art. 23.4 LOPJ.

1.3.a) Delito de genocidio

El genocidio se trata posiblemente del delito más problemático para la determinación de la competencia de los tres por los que se solicitó la extradición de Augusto Pinochet. Las diferencias en este punto entre Fiscalía y Audiencia Nacional fueron mayores que con los otros dos delitos, abriéndose un amplio debate doctrinal y jurisprudencial del alcance del tipo delictivo del genocidio.

Una de las razones invocadas por el Ministerio Fiscal para negar la competencia de los Tribunales españoles sobre este delito fue que el art. 6 de la Convención contra el Genocidio de 1948 establece que: *“las personas acusadas de genocidio (...) 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 de aquellas Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”*. Para la Fiscalía, este artículo excluiría la jurisdicción de los tribunales de España, al entender que no atribuye el enjuiciamiento del genocidio a cualquiera de los Estados parte sino tan sólo a la Corte Penal Internacional o al Estado del territorio en donde se hubiese cometido el acto.

No obstante, tal y como acertadamente hizo la Audiencia Nacional a través de una interpretación del espíritu del Convenio, se puede llegar a aceptar la jurisdicción de España. El Convenio busca un compromiso de las Partes de persecución del genocidio como delito de Derecho internacional, tratando de evitar su impunidad. Ello se ve reflejado en el propio preámbulo que recuerda que la Resolución 96 de Naciones Unidas de 1946 declaró el genocidio como delito de Derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y en el art. 1 que establece que las Partes contratantes se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio. Lo que debe entenderse, por tanto, es que el art. 6 impone la subsidiariedad de actuación de jurisdicciones distintas a las explícitamente mencionadas en el precepto no la exclusión de terceras jurisdicciones.

En definitiva, no existe inconveniente jurídico alguno para que subsidiariamente, en el caso de que los tribunales del Estado donde tuvieron lugar los hechos se inhibiesen o la Corte Penal Internacional, como era el caso, no existiese o careciera de competencia, conozca una jurisdicción estatal interesada pues, entendido de otro modo, llevaría a la impunidad de los hechos, que es precisamente lo que trata de evitar el Convenio. Tal y como señala la Audiencia, sería inaceptable otra interpretación pues, de admitirse, *“España, por ejemplo, no podría castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país”*.

El Tratado contiene así un compromiso de mínimos (prevenir y sancionar) que no impide al legislador interno ir más allá al no prohibir el Convenio la competencia universal, hecho que ha de entenderse unido a la posibilidad que tienen los Estados de establecer de forma unilateral la competencia siempre y cuando no se realicen actos de soberanía en el territorio de otro Estado⁶. Por ello, aplicando el principio de justicia

⁶ GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la LO del Poder Judicial español”, cit., pp. 82-83.

universal, y con los datos aportados hasta ahora en la redacción de este trabajo, los tribunales españoles serían competentes para el enjuiciamiento del delito de genocidio.

No obstante, la mayor dificultad descansa en establecer si hubo o no delito de genocidio en los actos cometidos durante la dictadura chilena⁷. La conclusión a la que se debe llegar es que no existió delito de genocidio. Se dio el componente espiritual concretado en la voluntad de exterminar a una colectividad, concurriendo las acciones típicas previstas para el genocidio (matanzas, lesiones contra la integridad física, traslado por fuerza de niños, etc.) pero, pese a todo, la no inclusión expresa de los grupos políticos en la enumeración tasada en la Convención de 1948 no posibilita otra opción que la de concluir que no hubo delito de genocidio y que, por tanto, España no tendría competencia para conocer del mismo.

1.3.b) Delito de terrorismo

En el caso del terrorismo dos son las cuestiones a discutir: si éste puede tener aplicación extraterritorial y si se puede entender que existe banda armada u organización terrorista cuando los hechos delictivos son cometidos por instituciones propias del Estado.

En el primer caso la duda existe toda vez que el art. 23.4 LOPJ establecía la exigencia de que los hechos fuesen calificables como terrorismo “*según la ley española*” y, según la Ley vigente en 1998, el terrorismo era un delito contra intereses españoles. La Fiscalía se apoyaría en este argumento al negar la competencia española frente al terrorismo supuestamente realizado en Chile. No obstante, este argumento debe ser rechazado de pleno. La inclusión del terrorismo al lado de otros delitos internacionales perseguibles extraterritorialmente obliga a entender que se está superando el plano interno no pudiendo vincularse a la exclusiva protección de intereses españoles pues, de ser así, este delito hubiese sido incluido en el apartado tercero del art. 23 en el que recoge el principio real o de protección. El argumento seguido por la Fiscalía cae al pensar, por ejemplo, en el caso de un acto terrorista cometido por un español en nuestro territorio contra un tercer Estado por el cual, en base al principio de no entrega de nacionales, no se extraditaría a ese tercer Estado y, siguiendo la argumentación del Ministerio Fiscal, tampoco serían enjuiciables los hechos en nuestro país al no haberse cometido el acto terrorista contra intereses españoles, quedando el acto impune⁸. De este modo, sin la persecución internacional del terrorismo internacional, los actos serían totalmente impunes, siendo necesario el recurso a la justicia universal.

La regulación del terrorismo en España ha sido variada a lo largo de las últimas décadas si bien se pueden extraer tres notas características: comisión de hechos definidos como delitos en el Código Penal tales como delitos contra la vida, la libertad o la integridad física; realizados en el marco de una organización armada; y con la finalidad política de alterar el orden institucional y utilizar el terror y la violencia sobre la población civil. De las tres características, la segunda y la tercera merecen, por su complejidad en el caso de Chile, un mayor análisis.

⁷ En la sexta pregunta se lleva a cabo un análisis más pormenorizado de la cuestión, incluyéndose únicamente en este punto las principales conclusiones del mismo.

⁸ LAMARCA PÉREZ, C., “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, ARROYO ZAPATERO, L.A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 1107.

Se discutió si se puede considerar que los actos cometidos por instituciones del Estado pueden entenderse realizados en el marco de una organización armada. Bajo mi punto de vista, el hecho de que exista jerarquía, organización y voluntad de asociación bastan para entender que existe una banda armada, entendiéndose así que existe la figura del terrorismo de Estado. En el relato de los hechos consta que los supuestos delitos fueron cometidos tanto por bandas de militares como por organizaciones civiles o paramilitares, habiendo comenzado incluso antes del golpe de Estado. Hay que entender, por tanto, que los responsables no habían actuado en ejercicio de sus funciones públicas, sino valiéndose de ellas, con desprecio al orden jurídico vigente en Chile antes del golpe de Estado.

Por último, en cuanto al elemento subjetivo de alterar el orden institucional del Estado, queda cumplido si se entiende que los actos terroristas comenzaron antes del golpe de Estado y se perpetuaron en el tiempo, utilizando la violencia al margen de las reglas del Estado de Derecho. Se pretendió, por otra parte, establecer un nuevo orden institucional de manera ilegal, subvirtiendo, mediante el terror, el propio orden institucional previamente establecido.

En conclusión, los tribunales españoles serían competentes para enjuiciar a Augusto Pinochet por terrorismo, al cumplirse cada uno de los requisitos establecidos legalmente.

1.3.c) Delito de tortura

La delimitación de la competencia para conocer de los delitos de tortura cometidos en Chile tampoco resulta ser sencilla.

El art. 23.4.g) LOPJ dispone que: *“igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...) g) Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios Internacionales, deba ser perseguido en España”*.

El Juez instructor consideró que la tortura era un delito de persecución universal en base a, entre otros, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España en 1977 que prohíbe la tortura; y el art. 5.1.c) de la Convención contra la tortura de 1984, ratificada por España en 1987.

Salvo en el caso de que los delitos de tortura se subsuman en los otros delitos imputados, ha de acudir necesariamente a la Convención contra la tortura de 1984 en base al art. 23.4.g) LOPJ.

El art. 2 de la Convención establece que *“todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”*. Se añade en el art. 4 que la tortura ha de ser delito conforme a la Ley penal de los Estados parte. Por último, el art. 5 obliga a los Estados Parte a instituir su jurisdicción sobre los delitos de torturas en dos casos: cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculado en ese Estado (art. 5.1.a) y cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado (art. 5.1.b). Hay un tercer supuesto de que *“la víctima sea nacional de ese Estado”* cuya base de jurisdicción obligatoria queda condicionada a que el Estado de la nacionalidad *“lo considere apropiado”*.

El art. 5 establece, por tanto, los principios de territorialidad y personalidad activa bajo los cuales los Estados parte se comprometen a perseguir la tortura. Establece un tercer principio, de personalidad pasiva, que se subordina a la decisión concreta de cada Estado.

Bajo mi punto de vista, se puede seguir una argumentación similar a la establecida previamente para competencia para conocer del delito de genocidio. Así, no se puede limitar la competencia extraterritorial a los supuestos establecidos en el Convenio, al tratarse, entiendo, de un compromiso de mínimos. Hay que interpretar este artículo según el espíritu de la Convención que no es otro que asegurar la persecución internacional de la tortura. Unido a esta argumentación hay que señalar que el art. 5.3 indica que la Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

En este sentido, la doctrina contraria⁹ a la competencia española se confunde al señalar que no se ha establecido dicha jurisdicción, ya que es el propio artículo 23.4 el que la establece al decir que “*será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos*”. La competencia universal está establecida y, por tanto, sólo queda tipificar el delito, que es lo que la propia Convención realiza en su primer artículo. Lo que hace la LOPJ, en definitiva, es una remisión a los Tratados para establecer los delitos que deben ser perseguidos en España, con independencia de la nacionalidad de la víctima o del lugar de comisión, que es al fin y al cabo el contenido que establece el precepto.

Siguiendo esta interpretación, la remisión que hace la LOPJ en su art. 23.4 debe entenderse hecha bajo el principio de justicia universal, siendo así integrados en dicho principio los supuestos establecidos en el art. 5 de la Convención. Una interpretación de carácter restrictivo diferente a la argumentada hasta este punto, daría lugar a un razonamiento circular con el consiguiente vacío de jurisdicción¹⁰.

La definición que hace la Convención sobre el delito de tortura aparece recogida en el primer apartado del art. 1 en los siguientes términos: “*A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura, todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia (...)*”.

Esta definición no sería incorporada al Código Penal español en términos similares hasta 1995 cuando se incluiría en el art. 174. Previamente, se mantenía vigente el art. 204 bis establecido mediante la Ley 3/1978. La diferencia entre ambos preceptos es que en la definición establecida en el Código Penal vigente entre 1978 y 1995 los hechos

⁹ Entre otros, TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿tienen competencia los tribunales españoles?”, en *Actualidad Penal*, nº 30, 2000, p. 634 y ss.; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político?”, en *La Ley*, nº 4, 1999, p. 1619 y ss.

¹⁰ GARCÍA ARÁN, M., “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la Ley española”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, cit., pp. 145-159.

debían reunir el requisito de que se cometiesen en el curso de una investigación policial o judicial, coincidiendo este periodo con los años en que se podrían imputar delitos de tortura a Augusto Pinochet¹¹. En cambio, en el vigente en 1995 no limitaba el delito al ámbito policial o judicial, teniendo una mayor amplitud que el anterior.

De lo anterior se concluye que sólo sería enjuiciable Pinochet si se aplicase el Código Penal de 1995 pues en el anterior se requería que las torturas se cometiesen en el curso de una investigación policial o judicial, requisito que no se daba en los hechos. Pero la aplicación del Código de 1995 podría suponer una vulneración de la prohibición de irretroactividad, salvo que este resultase ser para el reo más beneficioso que el anterior (art. 2 CP).

No obstante, la Convención contra la tortura se incorporó al ordenamiento español en el año 1987, y con ella la definición del delito de tortura que posteriormente reflejaría el art. 174 CP. El Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York en 1966, establece en su artículo 15 la prohibición de retroactividad de las normas que definen delitos, para a continuación establecer que dicha prohibición no puede impedir el juicio ni la condena por actos que, en el momento de cometerse, fuesen delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Con ello, bastará con que las normas internacionales considere como hecho delictivo la tortura, aun cuando no lo fuese en los mismos términos en el país donde deban ser enjuiciados los hechos. Con ello no se estaría violando la prohibición de retroactividad, al tener en cuenta la legalidad establecida por una norma internacional.

Siguiendo la argumentación expuesta, los tribunales españoles serían competentes para conocer del delito de tortura.

I.4. Obstáculos a la asunción de competencia

Desde que el 16 de octubre de 1998 se emitió auto del juez Baltasar Garzón dictando prisión y ordenando la detención en Londres del general Pinochet, la Fiscalía presentó cuestión de jurisdicción alegando, entre otros aspectos que se analizarán a lo largo de este trabajo, por un lado, la imposibilidad de sostener la competencia en el art. 23.4 LOPJ al no poder aplicarse, en su opinión, retroactivamente la Ley procesal en tanto en cuanto al momento de realizarse los hechos que se pretenden enjuiciar no estaba aún vigente la actual LOPJ de 1985; por otro, a la existencia de cosa juzgada al afirmar que existía una Ley de amnistía en Chile; y, por último, a la posible inmunidad diplomática de Pinochet. Pasamos a analizar estos aspectos en próximas líneas, analizando tanto los argumentos esgrimidos por la Fiscalía como los establecidos por la Audiencia Nacional para asumir la competencia.

I.4.a) Retroactividad de la Ley procesal

En el punto 2.1 del escrito de la Fiscalía de la Audiencia Nacional presentando cuestión de jurisdicción de 20 de enero de 1998 se advierte de “*la imposibilidad de aplicar con efectos retroactivos una legislación orgánica con transcendencia punitiva*” al entender que, si la jurisdicción es presupuesto de ejercicio de la acción penal, no

¹¹ Ello se debe a la decisión acerca de la extradición tomada en Reino Unido, que limitaría los delitos extraditables a España a los de tortura cometidos a partir de 1988, tal y como se tendrá ocasión de analizar en la cuarta y quinta pregunta.

puede ser irrelevante que tal atribución de jurisdicción se establezca una vez cometido el delito, entendiéndolo así incompatible con el mandato del art. 9.3 CE que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La Fiscalía se apoya en que en la fecha en que fueron cometidos los crímenes, entre 1976 y 1983, estaba vigente en España la LOPJ de 1870, derogada por la LOPJ de 1985. Según la primera, los jueces y tribunales españoles no tenían competencia extraterritorial en ninguno de los delitos imputados, entendiéndose así que no se puede hacer valer una jurisdicción establecida posteriormente para perseguir delitos cometidos más allá del territorio nacional con anterioridad a 1985.

Argumenta la Fiscalía que Ley penal y procesal van en paralelo, pues *“el trazar los límites de la jurisdicción española, comporta definir simultáneamente el alcance de la Ley penal”*. Y, con ello, las normas que establecen la jurisdicción más allá de nuestras fronteras no pueden tener efecto retroactivo, en la medida en que *“entraña una extensión del ámbito de aplicación, permanentemente territorial, de la legislación penal patria”*.

El Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 1998 (ARP 1998\5944) en su Fundamento de Derecho Tercero justifica la aplicabilidad del art. 23.4 como norma procesal vigente al afirmar que no es norma punitiva, sino procesal y, con ello, no tipifica ninguna acción u omisión, limitándose a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de determinados delitos definidos en otras Leyes. Afirma la AN que la norma procesal *“ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española”*. En el sentido señalado por el AAN, la consecuencia jurídica no deriva de la LOPJ sino del Código Penal, que establece la pena concreta para cada delito.

Alega además que el art. 25 CE¹² impone que los hechos sean delito en el momento de su comisión, en base al principio de legalidad, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. En definitiva, tal y como señala el Tribunal, *“la jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”*.

En la misma línea continuaría el Auto de Solicitud de Extradición de 3 de noviembre de 1998 que, en el Decimosegundo Razonamiento Jurídico estableció que: *“es sabido, en efecto, que salvo que se establezca expresamente lo contrario, las leyes procesales se aplican desde el momento de su vigencia con independencia del de la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento, en virtud del principio tempus regit actum plasmado en el artículo 2.3 del Código Civil”*.

Siguiendo la argumentación de la AN, se debe tener en cuenta el art. 2 CC que establece la entrada en vigor de las leyes a los 20 días de su publicación en el BOE, su derogación por leyes posteriores, y que *“las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario”* (principio *tempus regit actum*). Con ello, la Ley procesal a tener en cuenta ha de ser la vigente, no siendo aplicable a procesos ya finalizados, sino a todos aquellos procesos que surjan a partir de su entrada en vigor, de ahí que la doctrina

¹² Establece el art. 25 CE que: *“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*.

haya establecido que las leyes procesales son irretroactivas en tanto en cuanto no se aplican a procesos realizados y a decisiones con fuerza de cosa juzgada.

Esta irretroactividad, fijada por la Jurisprudencia en diversas sentencias¹³ a la fecha de los hechos que analizamos, implica que sólo se aplicará dicha Ley a una situación jurídica o a unos hechos que deben ser enjuiciados, en caso de que haya entrado en vigor. Por tanto, lo fundamental es que la Ley procesal se aplique a todos los procesos que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, aunque el hecho punible se cometiese antes al afectar tan sólo al proceso penal que se debe enjuiciar y no a la situación delictiva en sí misma¹⁴.

En definitiva, al ser norma procesal y no sancionadora, destinada a regular la jurisdicción española y no a tipificar conductas, la doctrina procesalista afirma que no existe inconveniente jurídico alguno para atribuir esa jurisdicción por hechos realizados con anterioridad a su vigencia¹⁵ pues lo que el art. 23.4 autoriza es el enjuiciamiento por delitos que, en el momento de realizarse la conducta, estaban perfectamente definidos y sancionados en la legislación penal¹⁶.

Sin embargo, existe otro sector doctrinal¹⁷, opuesto a los argumentos anteriores, que afirma que se trata de una situación especial, dado que de aplicar una u otra Ley, Pinochet podría haber sido extraditado o no a España. Así, siguiendo esta línea argumental, la aplicación de una norma procesal no puede conllevar la vulneración del principio de irretroactividad de las normas penales que perjudiquen al presunto culpable. Se apoya este sector en la STS de 5 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7853), que trata sobre un delito cometido en el extranjero bajo la vigencia de la Ley provisional de organización del Poder Judicial de 1870, estableciendo, en su Fundamento Jurídico Tercero que *“la variación introducida en las condiciones subjetivas de perseguibilidad crea un nuevo status legal para delitos cometidos en el extranjero, que solamente podría ser de aplicación si llevara consigo en el caso concreto –realizado con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley- un trato penal más favorable, pero al no ser así, el mismo principio de legalidad, rectamente interpretado, no consiente la condena por un delito que en el momento de su comisión no era perseguible ante los tribunales españoles”*.

Basándose en la sentencia citada, se añade por parte de este sector el argumento de que, aunque la mencionada norma competencial esté inserta en una Ley de naturaleza procesal, si de su aplicación retroactiva se extrae la posibilidad de enjuiciar un delito que ya existía en la Ley penal pero para el que la norma competencial vigente en el momento de la comisión no otorgaba competencia, tal norma muta su naturaleza para convertirse en una norma de naturaleza penal¹⁸.

¹³ Entre ellas las SSTS de 20 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4980) y de 30 de marzo de 1993 (RJ 1993\2576).

¹⁴ GÓMEZ COLOMER, J.L., “Algunas precisiones en torno a la aplicación de la Ley procesal penal española en el tiempo en el caso Pinochet”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, cit., p. 94.

¹⁵ GÓMEZ CAMPELO, E. “El Derecho penal internacional ante el caso Pinochet”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 8, 1998-1999, p. 286.

¹⁶ En este mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, C., “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”, cit., pp. 1102-1103.

¹⁷ SERRANO MAÍLLO, M^a.I., *Prensa, Derecho y poder político*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 214-215.

¹⁸ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿tienen competencia los tribunales españoles?”, cit., p. 634.

1.4.b) Cosa juzgada

En el informe del Fiscal de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 1997 conocido como *Informe Fungairiño* por el nombre de su redactor, la Fiscalía ya se oponía a la competencia de los Tribunales españoles alegando la excepción de cosa juzgada, afirmando que las propias autoridades argentinas habían publicado una legislación de “punto final” equivalente a una amnistía. Se refería el informe al Decreto Ley 2191/1978 elaborado por la Junta de Gobierno Militar de la República.

En efecto, el art. 23.5 LOPJ establece que será de aplicación al art. 23.4 lo establecido en el art. 23.2.c), es decir, la previsión de que el reo no haya sido penado, absuelto o indultado en el extranjero.

Entiende la Fiscalía que “*revisar por parte de un Juez español las decisiones del legislativo chileno supone una fase de judicialización internacional del control de las violaciones de los Derechos Humanos para la que la comunidad internacional no ha puesto todavía las bases jurídicas*”.

Además, en recursos posteriores de alegación y reforma, así como en el acto de la vista de 29 de octubre de 1998, el Ministerio Fiscal alegó que los hechos que integraban la causa ya habían sido juzgados en el país de comisión y que existían procedimientos penales pendientes de resolución en la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, esto es, cosa juzgada y litispendencia, respectivamente.

Como se puede apreciar, se equiparan hechos juzgados con indultados pero, sin embargo, a nuestro juicio, y así lo establece la AN, no son situaciones equiparables, ya que la legislación interna de los Estados no puede prevalecer sobre el Derecho internacional en delitos de esta índole.

El Pleno de la Audiencia Nacional, en el Fundamento Jurídico Octavo del Auto de 5 de noviembre de 1998 (RP 1998\5944) afirma que han de tenerse por no prejuzgados los delitos que se imputan a Pinochet dado que el Decreto Ley 2191/1978 por el que se amnistiaba a ciertos responsables de hechos delictivos ocurridos durante la dictadura chilena es contrario al *ius cogens* internacional y no debe tenerse como verdadero indulto, siendo calificable como norma despenalizadora por razones de conveniencia política.

En este sentido, no podemos obviar que las leyes de amnistía no dejan de ser decisiones legislativas de un Gobierno en particular en las que se contiene una renuncia a ejercer la jurisdicción. Por el contrario, en el caso del indulto, la jurisdicción sí llega a ser ejercida, condonándose la pena impuesta en ejercicio del derecho de gracia que posee el poder ejecutivo.

Además, hay que tener en cuenta que la justicia universal opera cuando ciertos bienes jurídicos internacionalmente protegidos no lo están siendo en el país en donde se delinque, al renunciar éste a la jurisdicción sobre los mismos. Es, en definitiva, un principio supletorio respecto de la jurisdicción del país donde se han cometido los delitos, operando cuando éstos renuncian a juzgarlos¹⁹. Esta idea se refuerza en el hecho de que el mandato de que el reo no haya sido absuelto, condenado o indultado implica un ejercicio de jurisdicción que, en caso de no producirse, posibilita el ejercicio de la competencia extraterritorial de los tribunales españoles.

¹⁹ GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la LO del Poder Judicial español”, cit., p. 87.

1.4.c) Inmunidad: el caso especial de la inmunidad diplomática²⁰

Uno de los argumentos que utilizó la Fiscalía y el Gobierno de Chile para pedir la nulidad de las actuaciones fue la inmunidad diplomática de Pinochet por su condición de Senador vitalicio. Lo que se pretendía era equiparar la figura del Senador español con la del chileno, posibilitando así la aplicación de los artículos 750 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal referidos al modo de proceder cuando el procesado sea un Diputado o Senador. Según estos artículos, el Juez de instrucción tendría que abstenerse de dirigir el procedimiento contra un Senador, obligándole a obtener la autorización del Cuerpo Colegislador al que pertenezca.

La respuesta a esta cuestión parece clara, y coincide con lo expuesto por el Auto de 3 de noviembre de 1998 de la Audiencia Nacional al decir que: “*el Senador ha de ser español; que esté ejerciendo en España de acuerdo con la normativa española, que entre otros extremos, no acepta la figura del senador vitalicio, que distorsiona el propio sistema constitucional y legal de elección democráticos de sus representantes parlamentarios por los ciudadanos (art. 69 de la Constitución)*”. Además, la misma Audiencia negaría que Pinochet estuviera ejerciendo actividad diplomática alguna conforme al art. 14 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1964.

En definitiva, tal y como señala la doctrina, estar en posesión de un pasaporte diplomático no implica *per se* de disfrutar de privilegios e inmunidades en otros países y, por tanto, no puede fundamentar por sí solo el estatus diplomático²¹. Ello es así al tratarse de un acto unilateral del gobierno que lo concede, adquiriéndose la condición de diplomático con la acreditación ante el Estado extranjero si se trata de una misión diplomática permanente, de acuerdo con la Convención de Viena de 1964.

Por otra parte, cabría cuestionarse si Pinochet gozaba o no de inmunidad como ex Jefe de Estado de Chile. La cuestión no es sencilla y está sujeta a múltiples interpretaciones, entre ellas las esgrimidas por los tribunales británicos tal y como veremos posteriormente y en las que se centrará el análisis. A efectos meramente indicativos, señalar que la evolución de las inmunidades de un Jefe de Estado, paralelamente a la evolución de las inmunidades del propio Estado, ha estado caracterizada por su progresiva restricción a medida que ha aumentado la protección internacional de los derechos humanos. Así, hoy en día está fuera de duda el principio de responsabilidad internacional del individuo, al menos una vez que ha dejado el cargo, por crímenes especialmente graves de trascendencia internacional. Ello se sustenta en diversas normas convencionales como por ejemplo el art. 3 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, el principio III del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, el art. 27.1 del Estatuto de Roma, el art. 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o el art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

1.5. Conclusiones

Una vez analizado el principio de justicia universal, se puede afirmar que los tribunales españoles tenían competencia genérica para juzgar a Augusto Pinochet en el

²⁰ En este punto se trata la inmunidad sucintamente, siendo la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae* tratados de manera más extensa en la tercera cuestión de este trabajo.

²¹ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet, los límites a la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 111.

momento en que se interpuso la querrela. El art. 23 LOPJ establece cuatro opciones para que los tribunales españoles asuman la competencia para determinados delitos. Del análisis del mismo, se ha visto que la única opción posible para el caso es la asunción de competencia a partir del art. 23.4 que establece el principio de justicia universal. Sin embargo, una vez analizados cada uno de los delitos y su regulación específica se puede concluir que sólo los delitos de terrorismo y tortura serían enjuiciables en España, ya que considero que no se cometió delito de genocidio, tal y como se tendrá ocasión de analizar en la sexta cuestión de este trabajo.

Por otra parte, tal y como se ha expuesto, el Ministerio Fiscal planteó tres cuestiones de jurisdicción fundamentales relativas a la excepción de cosa juzgada, la irretroactividad de las leyes procesales y la posible inmunidad diplomática de Pinochet. Se ha tenido ocasión de analizar los argumentos tanto de la Fiscalía como de la Audiencia Nacional, decantándonos en cada uno de los casos, por los segundos, toda vez que los argumentos conceptuales de la Fiscalía han sido erróneos.

Si bien se ha tenido ocasión de comprobar la discrepancia existente en la doctrina en cuanto a la problemática de la retroactividad de la Ley procesal, en este punto coincidimos con la postura de la Audiencia Nacional y de la doctrina procesalista en tanto en cuanto es cierto que las leyes procesales son irretroactivas, pero no en los aspectos a los que alude la Fiscalía, equiparándolas a leyes penales, sino en que se ha de aplicar la Ley procesal vigente a procesos surgidos con posterioridad a su entrada en vigor, sin tener relevancia el momento temporal en que se haya cometido el delito. La Audiencia lo deja claro al enunciar que *“la jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”*, no vulnerándose con ello el mandato establecido en el art. 25 CE. No debemos obviar así que la Ley procesal no tipifica delito alguno sino que regula las normas para la aplicación de los delitos.

En cuanto a la segunda cuestión, la jurisprudencia es clara al señalar que una Ley de amnistía no es equiparable a un indulto, al no llegar a ser ejercida la jurisdicción que es lo que establece el art. 23.2.c) LOPJ al prever que el reo no haya sido penado, absuelto o indultado en el extranjero.

Por último, por lo que respecta a la inmunidad diplomática, ha quedado suficientemente claro que Pinochet no viajaba a Reino Unido bajo la condición de diplomático y que, en cualquier caso, no se puede equiparar la figura del Senador chileno a la del español aplicándole al primero las normas nacionales del segundo, más aún tratándose de un cargo vitalicio, que iría en contra de lo establecido en el art. 69 CE.

II. Competencia actual de los tribunales españoles para juzgar a Pinochet

II.1. Introducción

La polémica en torno al apartado 4 del artículo 23 ha perdurado durante más de una década desde que en 1998 se abriese la instrucción contra el ex presidente Augusto Pinochet. La discusión no ha sido sólo doctrinal, sino que también la jurisprudencia ha mantenido una postura ecléctica, reflejada en diversas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional posteriores a dicha fecha. El enfrentamiento entre el

Supremo y el Constitucional ha llevado a una serie de sentencias sucesivas que culminarían con dos reformas²²: la de la Ley Orgánica 1/2009 y la de la LO 1/2014. Estas leyes supondrían la práctica supresión del principio de justicia universal de la LOPJ.

La polémica jurisprudencial se inició con la denominada por la doctrina como “*jurisprudencia creativa*” del Tribunal Supremo iniciada con la STS 323/2003 (RJ 2003\2147). En dicha sentencia el TS restringiría la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los delitos establecidos en el art. 23.4 LOPJ. Considera que no puede interpretarse como una justicia universal absoluta, debiéndose establecer límites a la misma. De este modo el TS acaba estableciendo, sin que ello aparezca de modo alguno en la literalidad del precepto, la necesidad de un elemento de conexión, siendo éste que el presunto culpable se encuentre en el Estado que lo pretende enjuiciar o bien que exista un interés nacional, como la nacionalidad de las víctimas, para la aplicación del precepto. Con ello, el TS estableció una nueva jurisprudencia sobre el alcance del principio de justicia universal establecido en el art. 23.4 que sería seguida en otras sentencias similares²³.

Posteriormente el Tribunal Constitucional a través de la STC 237/2005 (RTC 2005\237) anularía la sentencia del Supremo afirmando, en el Fundamento Jurídico Octavo, que “*tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ (...) desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida que supone una reducción contra legem*”.

El TS, en sentencias posteriores, acataría la resolución del TC si bien con matices llegando a rebatir cada uno de los argumentos establecidos por el Constitucional y afirmando que la doctrina correcta era la establecida en su propia sentencia²⁴.

Finalmente la reforma de la LO 1/2009 adoptaría la doctrina establecida por la primera de las sentencias del TS, la 323/2003, estableciendo la necesidad de que existan puntos de conexión directos con intereses españoles, concretados en la presencia del presunto responsable en España o en la existencia de víctimas españolas o en la constancia de algún otro vínculo de conexión relevante con España.

Posteriormente a la reforma de 2009, en el año 2014 el art. 23.4 volvería a ser modificado a través de la LO 1/2014 en la que se centrará el análisis para concluir si España podría tener competencia para enjuiciar a Augusto Pinochet en el caso de que la redacción del art. 23.4 del año 1998 fuese la actualmente vigente.

II.2. El art. 23.4 LOPJ tras la LO 1/2014, de 13 de marzo

El art. 23.4 LOPJ tras la reforma efectuada por la LO 1/2014 ha quedado redactado de una forma extensa y compleja, resumiendo en este apartado los puntos que nos

²² Realmente hubo una tercera, la llevada a cabo por la LO 13/2007, pero que resulta irrelevante a efectos de este trabajo al estar referida a la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

²³ STS 712/2003 (RJ 2003\3910), STS 319/2004 (RJ 2004\2670) y STS 1362/2004 (RJ 2004\6783), entre otras.

²⁴ STS 645/2006 (RJ 2006\5184).

interesan a efectos de los delitos imputados a Pinochet, esto es, genocidio, terrorismo y torturas.

En términos resumidos, la reforma se basó en cuatro puntos básicos. En primer lugar, se incrementó el número de delitos susceptibles de persecución universal. En segundo lugar, dicha persecución universal se restringió a la presencia de determinados puntos de conexión con el hecho delictivo: que el responsable del ilícito penal internacional sea español o extranjero con residencia habitual en España, que la víctima sea española, o que se hubiere denegado la extradición de un extranjero por parte de las autoridades españolas. En tercer lugar, se fijó de manera clara el carácter subsidiario de la jurisdicción universal en el art. 23.5. Por último, en cuarto lugar, se suprimió la posibilidad de que sea ejercida la acusación popular.

Por lo que respecta a los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, la redacción del artículo 23.4 tras la reforma es la siguiente:

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

(...)

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados”.

Como se deduce de la literalidad del artículo, en el caso del genocidio se establecen dos nexos alternativos: que el presunto autor sea español o extranjero, que en todo caso tendrá que residir en España; o que el procedimiento se dirija contra un extranjero que estuviese en España y cuya extradición fuese denegada por las autoridades españolas.

En el caso del delito de tortura el precepto requiere de forma alternativa bien que el procedimiento se dirija contra un español, bien que la víctima fuese nacional española en el momento de los hechos y que, además, de forma acumulativa, el imputado se encuentre en territorio español.

En el caso del terrorismo los puntos de conexión se multiplican, siendo alternativos entre ellos facilitando una mayor persecución que en el caso del genocidio o tortura.

Añade el art. 23, en su apartado 5, que los delitos expuestos no serán perseguibles en España en determinados supuestos: que exista un procedimiento abierto en un Tribunal Internacional constituido conforme a un Convenio en que España fuese parte o que se haya iniciado un procedimiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión. Asimismo, establece los mecanismos necesarios para valorar la disposición o no a actuar del Estado que ejerce su jurisdicción.

Aplicando lo expuesto al caso Pinochet, tan sólo podrían ser competentes los tribunales españoles para conocer del delito de terrorismo. Las limitaciones impuestas por la LO 1/2014 nos llevan a rechazar las otras opciones por las razones que se expresan a continuación.

En primer lugar, en el caso del delito de genocidio, de ningún modo podrían ser competentes los tribunales españoles dado que Pinochet, imputado como autor, no residía en España en el momento de realizarse la imputación ni estaba en España en el momento en que se inició el procedimiento. Por ello, debemos rechazar de manera plena la posibilidad de que se juzgase por genocidio bajo la redacción actual.

En segundo lugar, en cuanto al delito de tortura, sucede algo semejante, ya que ni el sujeto activo del delito era español, ni se cumplía la segunda opción de darse las circunstancias acumulativas de que hubiese víctimas españolas y que el imputado se encontrase en territorio español. Esta segunda opción no se da por el segundo requisito de que el imputado se encontrase en territorio español, ya que el primero de ellos –que hubiese víctimas españolas- se cumpliría tal y como estableció la Audiencia Nacional al identificar más de 200 víctimas españolas de la dictadura.

Por tanto, rechazada la competencia para el genocidio y la tortura, sólo cabe admitir que tendría competencia para conocer del delito de terrorismo. En este caso, al haber un mayor número de puntos de conexión y siendo cada uno de ellos alternativos, las posibilidades para enjuiciar por este delito son mayores. En tal caso, sería de aplicación el cuarto supuesto, referido a que la víctima tuviera nacionalidad española en el

momento en que se cometieron los hechos, dado que efectivamente entre la totalidad de las víctimas había nacionales españoles. Con ello, se cumpliría el requisito de existencia de un nexo de conexión nacional con el delito para que los tribunales españoles pudiesen conocer del asunto.

II.3. Conclusiones

Una vez expuesto el contenido vigente del art. 23.4 tras sus sucesivas reformas, en concreto las efectuadas por las Leyes Orgánicas 1/2009 y 1/2014, se puede concluir que el principio de justicia universal ha sido prácticamente borrado del articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se ha establecido la necesidad de que existan nexos directos con intereses nacionales, en concreto, y quizás el más importante, que alguna de las víctimas sea española. En otros casos, se hace prácticamente inviable la aplicación del artículo, como en el caso del genocidio, en que se exige la presencia en España del presunto culpable, aun cuando haya víctimas españolas. En la línea jurisprudencial expuesta, se acerca así a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en su día fue anulada por el Tribunal Constitucional y que limitaba hasta el extremo la justicia universal en España.

Con ello, la competencia actual de los tribunales españoles para juzgar a Augusto Pinochet sería prácticamente nula por las causas enunciadas, limitándose al delito de terrorismo, únicamente en el caso de que entre los afectados hubiese víctimas españolas.

III. ¿Habría tenido competencia España si ninguno de los que sufrieron las violaciones masivas de derechos humanos hubieran tenido la nacionalidad española?

III.1. Introducción

En la primera de las cuestiones enunciadas en este trabajo se analizó la competencia de los tribunales españoles para juzgar a Augusto Pinochet por los delitos cometidos durante la dictadura chilena. Entonces, se enunció sintéticamente el contenido del art. 23 LOPJ con cada uno de sus cuatro principios fundamentales.

En esta tercera cuestión se plantea la posibilidad de si España hubiese tenido competencia si ninguna de las víctimas de violaciones de derechos humanos hubiera tenido la nacionalidad española, esto es, si no se aplicase el principio de personalidad pasiva.

III.2. El principio de personalidad pasiva en la LOPJ vigente en 1998

Tal y como se ha tenido ocasión de señalar previamente, el art. 23 LOPJ establece cuatro principios básicos para que los tribunales españoles puedan asumir la competencia para el conocimiento de causas por determinados delitos: territorialidad, personalidad activa, protección o real y justicia universal.

Así, en base al principio de territorialidad (art. 23.1) la jurisdicción española conocerá, en términos genéricos, de delitos cometidos en territorio español.

En el art. 23.2 se establece la primera excepción al principio de territorialidad al enunciar el principio de personalidad activa, esto es, tendrán competencia para conocer de determinados delitos, bajo los requisitos ya descritos en la primera de las cuestiones de este trabajo, cometidos más allá de las fronteras de España siempre que el criminalmente responsable fuese un español o un extranjero que hubiese adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho.

El tercer apartado recoge el principio de protección o real, segunda de las excepciones al principio general de territorialidad, por el cual la jurisdicción española conocerá de hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera de sus fronteras cuando afecten a determinados intereses estatales.

Por último, el cuarto apartado recoge el ya tantas veces mencionado principio de justicia universal, por el que los tribunales podrán conocer de hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional que afecten a determinados bienes jurídicos especialmente protegidos por la comunidad internacional.

Como se deduce de lo anterior, la LOPJ, bajo la redacción original de 1985, no recoge el principio de personalidad pasiva en ninguno de sus puntos, al no mencionar en ningún caso la necesidad de que las víctimas sean nacionales españoles o extranjeros que hubiesen adquirido con posterioridad la nacionalidad española. Tanto en el segundo como en el tercer y cuarto apartado se hace mención a que el autor de los hechos sea español o extranjero, pero en ningún caso a la necesidad de que la víctima tenga tal condición.

Por tanto, siguiendo a K. Ambos²⁵, el recurso al principio de justicia universal, tal y como realizó la Audiencia Nacional, es necesario en el caso de España, dado que nuestro país no rige el principio de personalidad pasiva. Su falta puede deberse a un olvido del legislador, pues, en cambio, tal y como hemos visto, sí rige el principio de personalidad activa.

Hay que señalar que en el Derecho comparado, en países como Francia o Alemania que reclamaron también la extradición de Pinochet, sí se fundamentó la competencia en base al principio de personalidad pasiva, a excepción de Italia que, como España, no rige el principio de personalidad pasiva.

Sin embargo, pese a no aparecer explícitamente el principio de personalidad pasiva en el art. 23 LOPJ, algunos autores²⁶ han señalado la posibilidad de recurrir al mismo en el caso del delito de tortura. Sostienen esta posibilidad en base al artículo 827 LEC que, en su apartado primero, indica que procederá la petición de extradición en los casos que vengan determinados por los Tratados vigentes con la potencia en cuyo territorio se halle el individuo reclamado. En el caso de la tortura, al regir la Convención contra la tortura de 1984, rige lo establecido en el art. 5.1.c) que consagra el principio de personalidad pasiva al establecer la jurisdicción de los Estados Parte cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere necesario.

²⁵ AMBOS, K., "El caso Pinochet y el Derecho aplicable", en *Revista Penal*, nº 4, 1999, p. 6.

²⁶ FERRÉ OLIVÉ, J.C., "La extradición", en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, cit., p. 200.

III.3. El principio de personalidad pasiva en la LOPJ vigente en 2014

Tal y como se ha comentado en la cuestión anterior, en la LOPJ actual, tras la reformas de 2009 y 2014, sí aparece el principio de personalidad pasiva en el art. 23. Sin embargo, no aparece como el resto de los otros cuatro principios enunciados, con posibilidad de aplicación autónoma, sino que aparece unido al principio de justicia universal en el apartado cuarto del precepto. Así, de cuatro principios que había en 1985 se ha pasado a tener cinco explícitamente nombrados en la LOPJ.

Por otra parte, no cabe la aplicación aislada del principio, es decir, no basta en la mayoría de los casos con que el sujeto pasivo sea nacional español, sino que se han de dar otras circunstancias acumulativas para poder aplicarlo. Tal y como se ha tenido ocasión de comentar ocurre esto, por ejemplo, con el delito de tortura, en donde además del requisito de la nacionalidad española del sujeto pasivo es necesario que concurra también el requisito de la presencia del presunto culpable en territorio español.

III.4. Conclusiones

El principio de personalidad pasiva no aparecía recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Si bien hubo víctimas españolas de los crímenes cometidos durante la dictadura chilena, la Audiencia Nacional no basó su competencia en el principio de personalidad pasiva, sino en el principio de justicia universal establecido en el artículo 23.4 LOPJ. Ello es así pues, bajo la redacción existente en 1998, no se contemplaba explícitamente la competencia de los tribunales por tener alguna de las víctimas nacionalidad española, de ahí el necesario recurso al principio de justicia universal.

No obstante, en el caso del delito de tortura cabría argumentar la posibilidad de recurrir al principio de personalidad pasiva tal y como se ha tenido ocasión de señalar, al contemplar el art. 5.1.c) de la Convención contra la tortura de 1984 la posibilidad para los Estados Parte de ejercer la jurisdicción cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere necesario.

En cuanto a la redacción actual del art. 23, la nacionalidad de la víctima se constituye no como principio autónomo sino como punto de conexión necesario para la aplicación del principio de justicia universal establecido en su apartado cuarto.

Por tanto, se puede concluir que en el año 1998, aun cuando ninguna de las víctimas tuviese nacionalidad española, los tribunales españoles podrían haber tenido competencia para conocer del asunto en base al principio de justicia universal, que no requería un nexo de conexión con intereses nacionales de España, entre los que se encuentra la nacionalidad del sujeto pasivo del delito.

IV. ¿El Reino Unido debería haber accedido a la petición de extradición formulada por los tribunales españoles? ¿Qué razones esgrimieron los tribunales ingleses para no tramitar la extradición?

IV.1. Introducción

La cuestión relativa a la extradición no se presentó sencilla desde un inicio. El proceso se fue dilatando en el tiempo a raíz de varias sentencias en el Reino Unido no resolviéndose hasta pasados dos años desde que en 1998 Pinochet llegara a Londres.

El relato de los hechos fundamentales es el que sigue en las próximas líneas. El 3 de noviembre de 1998 el Juez Baltasar Garzón dicta Auto de Extradición proponiendo al Gobierno de España que solicite a las Autoridades Británicas la extradición de Augusto Pinochet. El 11 de noviembre la petición, formalizada por el Consejo de Ministros, es recibida en Gran Bretaña, produciéndose el 9 de diciembre, por parte del Secretario de Interior británico, la autorización para el inicio del procedimiento de extradición.

Paralelamente a este acto de cooperación judicial internacional, la *High Court* de Londres emitía sentencia el 28 de octubre del mismo año resolviendo sobre un recurso de *habeas corpus* interpuesto por Augusto Pinochet. En dicha resolución, se admitía la inmunidad del ex presidente. Ésta fue apelada ante la *House of Lords*, que emitió sentencia el 25 de noviembre del mismo año negando dicha inmunidad por tres votos contra dos. Sin embargo, esta sentencia fue anulada en enero de 1999 dada la vinculación existente entre uno de los jueces y Amnistía Internacional. Finalmente, la última de las sentencias se produjo el 24 de marzo de 1999 limitando los delitos por los que podría ser extraditado Pinochet y negando la inmunidad de éste.

El 8 de octubre de 1999 el Tribunal de Bow Street confirmaría la extradición de Pinochet, aunque supeditando la decisión final al Ejecutivo. Finalmente, el 3 de marzo del año 2000 Augusto Pinochet fue liberado por decisión del gobierno británico alegando que sus condiciones de salud no eran las adecuadas para ser sometido a un juicio en España, posibilitando así su regreso a Chile.

Expuesta la cronología anterior, en esta cuestión nos referiremos, en primer lugar, a las posibilidades de extradición contempladas en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957. Posteriormente se analizarán las razones que argumentaron las diferentes sentencias de los tribunales ingleses para no tramitar la extradición tal y como era solicitada por España. En este punto nos referiremos sucintamente, por cuestiones de espacio, a cada una de las sentencias emitidas en Reino Unido, centrándonos fundamentalmente en la Sentencia de la *House of Lords* de 24 de marzo de 1999 y haciendo especial referencia a la cuestión de la posible inmunidad de Pinochet. Por último, se tratará de concluir a la vista de los hechos y de las razones esgrimidas por los tribunales ingleses, si el Reino Unido debería haber accedido a la petición de extradición formulada por los tribunales españoles.

IV.2. La extradición en base al Convenio Europeo de 1957

El acto de extradición es un acto estrictamente de cooperación judicial internacional que trata de impedir la impunidad de ciertos delitos. El Tribunal Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones a la naturaleza de la extradición, entre ellas en la

Sentencia 102/1997 (RTC 1997\102), como *“un simple acto de auxilio judicial internacional, y que sólo tiene por misión la comprobación de las condiciones específicamente recogidas en las leyes y convenios que la regulan”*.

La Constitución no hace referencia expresa a la extradición activa, aquella en virtud de la cual se solicita a un tercer país la entrega de un sujeto que deba ser juzgado en España, sino que establece en el art. 13.3 la extradición pasiva que *“sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad”*. Si bien no se establece la extradición activa se extrae que ésta se ha de fundamentar bien en la Ley, bien en los tratados internacionales a los que se haya adherido España. Por tanto, es base de análisis en este caso el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982 y por el Reino Unido el 19 de octubre de 1991.

En los términos del Convenio, el Reino Unido estaba obligado a entregar a España a Pinochet, al establecer el art. 1 que *“las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente (...) a las personas a quienes las autoridades judiciales de la parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad”*. De cualquier manera siempre se podría negar la extradición por motivos políticos (art. 3.1).

El art. 2 CEE recoge el principio de doble incriminación según el cual sólo darán lugar a la extradición, según su primer apartado, *“aquellos hechos que las leyes de la parte requirente y de la parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa”*. Este principio aparece recogido sobre la base de que la denominación de los tipos es intrascendente siempre que el contenido de la acción delictiva coincida. En definitiva, se está garantizando el procedimiento extraditorio conforme al principio de legalidad. Por otra parte, el tercer apartado del artículo añade que se podrán excluir del ámbito de aplicación del Convenio los delitos para los que la legislación de la parte requerida no autorizase la extradición.

Además, en el art. 7.2 CEE se añade, en la misma línea que el tercer apartado del art. 2, que si el delito objeto de la solicitud no se hubiese cometido en el territorio de la parte requirente, la parte requerida sólo podrá denegar la extradición si su legislación no autorizase la extradición por el delito objeto de la solicitud.

Por último es necesario referirnos al principio de especialidad, recogido en el art. 14.1 del Convenio que establece que *“la persona que hubiera sido entregada no será perseguida, ni sentenciada ni detenida a fines de ejecución de una pena o medida de seguridad, por cualquier hecho anterior a la entrega distinto del que hubiere motivado la extradición”*. Si bien se debe señalar que esta regla contiene excepciones como la de que el Estado requerido pueda consentir ampliar la extradición.

Este último principio de especialidad tiene una explicación lógica, en tanto en cuanto una vez entregado el delincuente si el Estado requirente quiere imputarle otros delitos, distintos de aquellos por los que se cursó la extradición, se verían afectadas las garantías para el imputado. Así, el Estado requerido ha de mantener cierto control sobre lo que le ocurra al delincuente que se había refugiado en su territorio²⁷.

²⁷ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “La extradición”, cit., p. 206.

En conclusión, lo que se han de analizar son los hechos por los que se podría conceder la extradición. Por ello, es necesario analizar las decisiones de la *House of Lords* para poder concluir bajo que límites se podría extraditar a Augusto Pinochet a España.

IV.3. Las posibilidades de extradición en base a los criterios de la *House of Lords*. La cuestión de la inmunidad

En la autorización final del Secretario de Interior de abril de 1999, ya tras las diversas sentencias de la *House of Lords*, se constataba que no había precepto alguno de Derecho internacional que excluía la jurisdicción de España en el asunto. Sin embargo, había variado sustancialmente el objeto del procedimiento de extradición desde que en noviembre de 1998 se había cursado la solicitud.

En la primera de las decisiones de autorización de extradición por parte del Reino Unido ya se había excluido el delito de genocidio, posiblemente el más problemático en cuanto a su conceptualización y que dio lugar, como veremos más adelante, a una gran discrepancia entre Fiscalía y Audiencia Nacional. La exclusión se fundamentaba en que los contenidos de la petición de extradición no satisfacían la definición de un delito susceptible de la misma (en términos anglosajones un *extradition crime*)²⁸. Por tanto, dada la exclusión del genocidio, sólo quedaban como delitos susceptibles de motivar la extradición la tortura y el terrorismo, siendo este último finalmente descartado como susceptible de extradición por los tribunales británicos.

Por otra parte, en el Reino Unido, a diferencia de en España, el debate no se centró en la posible falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, sino en si Augusto Pinochet podía gozar o no de inmunidad al haberse cometido los actos imputados mientras era Jefe de Estado de la República de Chile. La discusión se focalizaba en si esta inmunidad se podía prolongar en el tiempo tras su cese como Jefe del Estado y, en caso de ser así, respecto de qué actos se podría extender.

En este punto debemos recordar que la inmunidad de jurisdicción y de ejecución es un principio de Derecho internacional de carácter procesal que excluye la posibilidad de que un Estado, sus órganos de gobierno o sus bienes puedan quedar sometidos a la jurisdicción interna de otro Estado diferente²⁹. Esta inmunidad se refleja claramente en el aforismo *par in parem non habet imperium*. En España se encuentra regulada en el art. 21.2 LOPJ.

Es necesario distinguir, asimismo, la inmunidad *ratione materiae* (inmunidad funcional) de la inmunidad *ratione personae* (inmunidad personal). La primera de ellas, recoge un conjunto de inmunidades que cubren las actividades realizadas por el Jefe de Estado en ejercicio de sus funciones, sin tener en consideración donde sean llevadas a cabo. Son inmunidades *erga omnes*, oponibles ante cualquier Estado y que se extienden más allá de la duración del cargo del mandatario. Está ligada, en definitiva, al puesto y no a la persona específica. En cuanto a la segunda, es otorgada en razón al estatus de la persona y culmina con el fin del mandato del Jefe de Estado. Se trata en este caso de una inmunidad que protege a ciertos agentes del Estado de toda persecución jurídica

²⁸ REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet, los límites a la impunidad*, cit., p. 27.

²⁹ GONZALEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ DE SANTA MARÍA L.I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 481 y ss.

durante su servicio, estando justificada por la necesidad de independencia en el ejercicio de sus funciones.

IV.3.a) Sentencia de la High Court de 28 de octubre de 1998

En las tres sentencias que analizaremos se puede observar una progresión en la línea argumental en torno a la inmunidad de la jurisdicción del Estado y del Jefe del Estado extranjero.

En la primera sentencia la *High Court of Justice* se basó literalmente en lo establecido en la sección 1 de la *State Immunity Act* de 1978 que establece que “*un tribunal del Reino Unido no tiene jurisdicción sobre un Jefe de Estado de un país extranjero respecto de cualquier acto en el ejercicio de su poder soberano*”. Ponían en relación esto con el art. 39 de la Convención de Viena de 1964 sobre relaciones diplomáticas que establece, en su apartado segundo, que “*cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aún en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión*”. Hay que tener en cuenta que la sección 20 de la *Immunity Act* fija la extensión del citado artículo “*al soberano o a otro Jefe de Estado*”.

En definitiva, la *High Court* estableció que “*un Jefe de Estado en funciones y un ex Jefe de Estado tienen la misma inmunidad que un jefe de misión diplomática y un ex jefe de misión diplomática*”. Así, en opinión del tribunal, un ex Jefe del Estado no gozará de inmunidad para actos privados, pero continúa gozando de inmunidad respecto de las acciones públicas llevadas a cabo por él como Jefe de Estado. Lo que hizo en definitiva esta primera sentencia fue reconocer una inmunidad absoluta para Augusto Pinochet.

IV.3.b) Sentencia de la House of Lords de 25 de noviembre de 1998

La primera sentencia expuesta fue apelada por la Fiscalía de la Corona ante la *House of Lords* que se pronunciaría en una primera ocasión en noviembre de 1998 concluyendo por tres votos contra dos que Pinochet no gozaba de inmunidad.

Los argumentos a favor de la inmunidad no son idénticos en los dos jueces. El primero de ellos, Lord Slynn, sigue en términos generales la argumentación dada por la *High Court*. Sin embargo, añade que existiría una excepción a dicha inmunidad en el caso de que se haya plasmado la existencia de responsabilidad en acuerdos sobre crímenes internacionales. Sin embargo, ninguna de las Convenciones de los delitos imputados, concluye Lord Slynn, contiene disposición alguna que anule de forma expresa la inmunidad que el Derecho internacional confiere a un ex Jefe de Estado. Por tanto, considera los actos imputados como actos oficiales gozando de los privilegios establecidos en la *Immunity Act* de 1978.

El segundo juez a favor de la inmunidad, Lord Lloyd, defendió la inmunidad en base a su reconocimiento en el Derecho consuetudinario que forma parte del Derecho común inglés.

En cuanto a los argumentos rechazando la inmunidad, dos de los tres jueces, Lord Nicholls y Lord Hoffmann, negaron que ciertos actos pudiesen entrar dentro de la esfera

de las funciones propias de un Jefe de Estado, negando así la inmunidad funcional de Pinochet. En concreto la tortura o la toma de rehenes, al ser declarados delitos por la comunidad internacional, no pueden entenderse comprendidos dentro del alcance de la inmunidad.

El tercer juez en contra de la inmunidad de Pinochet, Lord Steyn, matizó el argumento anterior afirmando que procedía la extradición en tanto que Pinochet ya no era Jefe de Estado de Chile, pero que si todavía lo fuese tendría inmunidad incluso respecto de los actos imputados.

IV.3.c) Sentencia de la House of Lords de 24 de marzo de 1999

La segunda sentencia fue declarada nula por los vínculos existentes entre Lord Hoffmann y Amnistía Internacional. Ello dio lugar a una tercera sentencia definitiva, la segunda de la *House of Lords*, en la que seis de los siete jueces votaron a favor de la restricción de inmunidad a Augusto Pinochet si bien, como veremos, se limitaron considerablemente los delitos a los que quedaba sujeta la extradición, que quedaron reducidos a los de tortura cometidos con posterioridad al 29 de septiembre de 1988, fecha en que entró en vigor la *Criminal Justice Act* que incorporó a su legislación la Convención internacional contra la tortura.

El único de los jueces a favor de la inmunidad, Lord Goff, entendió que todas las funciones de un Jefe de Estado son funciones de gobierno, incluidos los actos delictuales. El hecho de que el acto imputado sea un delito no excluye la inmunidad estatal, pues hubiese sido necesaria la renuncia a la inmunidad en un instrumento internacional.

En cuanto a los argumentos rechazando la inmunidad, giran en torno a la idea de que la tortura, siendo un crimen internacional con carácter de *ius cogens*, no pueda considerarse como función propia de un Jefe de Estado, rechazándose así la inmunidad *ratione materiae* para dichos delitos de la que gozaría Pinochet como ex Jefe de Estado de Chile.

Lord Hope añadió que el Jefe de Estado gozaría de inmunidad respecto de hechos delictivos, salvo que se trate de hechos realizados valiéndose de su calidad de Jefe de Estado o que se trate de actos que tienen el carácter de *ius cogens*. Frente a dichos hechos, los Estados tendrían la obligación *erga omnes* de llevar a cabo su castigo. Así, para este juez, las obligaciones reconocidas por la costumbre internacional por crímenes internacionales son tan fuertes que excluyen la posibilidad de invocar la inmunidad *ratione materiae*.

Otros jueces, como Lord Saville o Lord Phillips afirmaron que Pinochet tendría inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos oficiales propios de sus funciones como Jefe de Estado, pero que, en ningún caso, se han de entender comprendidos entre dichos actos los de tortura.

Una vez resuelto el problema de la inmunidad la *House of Lords* concluyó que Augusto Pinochet sólo podría ser extraditado por aquellos delitos que formasen parte de una Convención internacional para su persecución, ya que, según argumentaron, sólo entonces se daría estricto cumplimiento al requisito de doble incriminación establecido en el art. 2 del Convenio Europeo de Extradición.

Los argumentos fueron establecidos por Lord Browne-Wilkinson y aceptados por los demás jueces, al decir que: “*en general, un Estado sólo ejerce jurisdicción penal*

respecto de delitos que tengan lugar dentro de sus fronteras geográficas (...). Para los propósitos del presente caso, la exigencia más importante es que la conducta constituya un delito tanto en España como en el Reino Unido. Esto se conoce como la regla de la doble incriminación". Hasta este punto, los argumentos siguen lo establecido en el Convenio Europeo de Extradición, pero lo más relevante lo encontramos en el momento en que el Juez delimita en cuáles de los delitos imputados se dan la doble incriminación.

El juez argumenta que *"como los actos de tortura cometidos más allá de las fronteras del Reino Unido no constituyeron un delito según la ley de nuestro país hasta la entrada en vigor de la Convención Internacional contra la Tortura (que se llevó a cabo por medio de la Criminal Justice Act de 1988), el 29 de septiembre de 1988, el principio de doble criminalidad no se cumple por lo que respecta a los hechos cometidos antes de esa fecha, siempre y cuando este principio requiera que la conducta sea delito según la ley británica en el momento de su comisión. Pero si lo que se requiere es que la conducta sea delito en el momento de la extradición, entonces se cumpliría la exigencia de doble criminalidad respecto a todos los actos de tortura por los que se acusa a Pinochet (...). En mi opinión, de la Extradition Act de 1989 se deriva que la conducta debe ser punible como delito según la ley inglesa en el momento de su comisión, y no, por lo tanto, en el momento de la solicitud de extradición. Como consecuencia de ello, las acusaciones por tortura y conspiración para torturar que se refieren a hechos anteriores al 29 de septiembre de 1988 (fecha en la que entró en vigor en nuestro país la Convención internacional contra la tortura) no pueden dar lugar a la extradición"*.

En definitiva, en base a los criterios anteriores, se redujeron ampliamente los delitos extraditables al decidirse que no podía extraditarse a Augusto Pinochet Ugarte más que por cargos de tortura y conspiración para torturar, posteriores al 29 de septiembre de 1988, fecha de entrada en vigor de la *Criminal Justice Act*.

Esta decisión fue ampliamente criticada por parte de la doctrina³⁰, en la línea ya expuesta previamente en cuanto a la retroactividad de las leyes procesales. Se refirió la doctrina a esta sentencia aludiendo que establecía ya no un principio de doble incriminación, sino de triple incriminación, ya que no sólo se declara que el comportamiento tenga que ser delito tanto en el país requirente como requerido, sino también que éste ha de ser declarado perseguible en un convenio internacional.

La cuestión de la retroactividad de la Ley procesal se cuestionó porque el mismo Tribunal admitió que *"desde mucho tiempo antes de la Convención de la tortura de 1984 la tortura estatal era un crimen internacional en todo su sentido"*. Y añadían que *"la Convención de la tortura no fue elaborada para crear un crimen internacional que no existía previamente sino para proveer de un sistema internacional bajo el cual el delincuente internacional no pueda encontrar refugio"*. Con ello se reconocía el carácter procesal de la Convención de 1984 y que el delito existía ya antes de dicha fecha. Sin embargo, entiende que en tanto no había reglas para su perseguibilidad internacional no podía haber delito. Ello implica que para la creación del delito se han de establecer los mecanismos del *ius puniendi* y del *ius persequendi*, consecuente con la propia práctica jurídica anglosajona en donde la creación del Derecho no es ajena a los Tribunales.

³⁰ La opinión quizá más destacable es la expuesta por HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "La inmunidad del Jefe de Estado", en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, cit., pp. 176 a 184.

La acertada crítica doctrinal se basa en que el tribunal inglés hizo una interpretación equivocada de la Convención contra la tortura, al no tener en cuenta la diferencia existente entre leyes penales y procesales. En este sentido al ser la Convención una norma procesal regida por el principio *tempus regit actum*, se sigue la línea argumental expuesta previamente en tanto que “no son aplicables a su respecto los principios de irretroactividad de la ley desfavorable y la retroactividad de las favorables propias de las normas penales, sino las reglas generales aplicables a las normas procesales, esto es la irretroactividad de las normas procesales”. Y ello es así al entenderse que la Convención no contiene reglas que hayan creado un delito nuevo, sino que contiene una serie de reglas que comprometen a la persecución de un delito ya existente: el delito de tortura.

IV.4. La decisión final sobre la extradición

Tras la decisión final de la *House of Lords* de 24 de marzo de 1999 en contra de la inmunidad de Pinochet por seis votos contra uno, limitando la extradición a los delitos de tortura cometidos a partir del 29 de septiembre de 1988, fecha en la que entró en vigor la *Criminal Justice Act* de 1988 por la que tuvo lugar la adhesión a la mencionada Convención, correspondía al Tribunal de Bow Street autorizar o no la extradición a España de Augusto Pinochet.

El 8 de octubre de 1999, el magistrado jefe del Tribunal de Bow Street, Ronald D. Bartle, confirmaría la extradición de Pinochet a España únicamente por los delitos de tortura cometidos con posterioridad al 29 de septiembre de 1988. Si bien todo ello quedaría supeditado a la decisión final del Ejecutivo³¹, que finalmente acabaría poniéndolo en libertad debido a su deterioro de salud, posibilitando su regreso a Chile. Esta decisión se fundamentó en el art. 18.2 del Convenio Europeo de Extradición que establece que toda denegación total o parcial tendrá que ser motivada.

IV.5. Conclusiones

Posiblemente la primera, y quizá más importante, de las conclusiones que se ha de extraer de lo analizado en esta cuestión es el marcado carácter político que tuvo el proceso de extradición de Augusto Pinochet. La *House of Lords* londinenses sentenció la no inmunidad del ex presidente y su posibilidad de extradición, si bien limitada, a los tribunales españoles. Ello fue confirmado posteriormente, como se ha tenido ocasión de comprobar, por el Tribunal de Bow Street encargado de denegar o admitir la extradición, si bien la última palabra, en todo caso, fue del Poder Ejecutivo, que finalmente la denegaría permitiendo la libertad de Pinochet y su regreso a Chile.

Se puede entrar a cuestionar en mayor o menor medida el grado de inmunidad del ex presidente e incluso los delitos por los que se podría extraditar, siendo en todo caso esas cuestiones materia de Derecho interno británico, en tanto en cuanto, como Estado

³¹ El procedimiento de extradición pasiva en Reino Unido tiene, al igual que en España, carácter mixto. Éste se caracteriza por que inicialmente el Ejecutivo admite o rechaza dar curso a la solicitud de extradición que, en caso de admitirse, son los tribunales los que continúan el procedimiento y, finalmente, si éstos resuelven sobre la entrega del sujeto, la Administración tiene todavía la posibilidad de vetar la extradición.

receptor de la solicitud de extradición ha de examinar el principio de doble incriminación para posteriormente proceder, o no, a su extradición.

En todo caso, debemos pronunciarnos a favor de la limitación a la inmunidad del Jefe de Estado. En un Estado de Derecho resultaría incomprensible que la inmunidad se extendiese a actos no relacionados con el ejercicio de sus funciones. Con ello, no se puede admitir una inmunidad absoluta, sino sólo relativa en función de la materia, debiendo así responder Augusto Pinochet por aquellos delitos que nada tengan que ver con el ejercicio de sus funciones como Jefe de Estado. Así, podría hablarse de un carácter más inflexible a la inmunidad *ratione personae* para el Jefe de Estado en ejercicio; sin embargo, la inmunidad *ratione materiae* es relativa para el ex Jefe de Estado, limitándose a actos oficiales, siempre y cuando no hubiesen vulnerado el Derecho internacional. Por tanto, se coincide en este punto con la última de las sentencias de la *House of Lords* que rechazaba la inmunidad *ratione materiae* en base a que la tortura, al ser un crimen internacional con carácter de *ius cogens*, no puede considerarse como función propia de un Jefe de Estado.

En cuanto a la limitación de la extradición a los delitos de tortura cometidos a partir del 8 de diciembre de 1988, en congruencia con lo expuesto en la primera pregunta, se han de distinguir las leyes procesales de las materiales, no pudiendo admitirse que sea la Convención sobre la Tortura la que crea el delito, sino que simplemente establece reglas para su persecución, existiendo éste previamente a la fecha mencionada, cumpliéndose así el principio de doble incriminación establecido en el art. 2 del Convenio Europeo de Extradición, lo que posibilitaría la extradición por dicho delito. Por otra parte, considero errónea la interpretación que hace la *House of Lords* al estimar que la doble incriminación ha de satisfacerse, no en el momento en que ésta se solicita, sino cuando ocurrieron los hechos presuntamente incriminatorios.

En todo caso, se ha de contestar a la pregunta mencionada en esta cuestión, que no es otra que si el Reino Unido debió haber accedido a la petición de extradición. Lejos de cuestionar el mayor o menor alcance de la extradición, la decisión final del Ejecutivo británico se ha de tomar como errónea si se tiene en cuenta el art. 7.1 de la Convención contra la Tortura de 1984 que establece que: “*El Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos (...), si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento*”. Lo que aquí se establece no es otro que el principio *aut dedere aut iudicare* (o entregar o juzgar), propio de Derecho internacional.

Por otra parte, el apartado segundo del art. 7 CEE es claro al establecer que, en el caso de que el delito que motivase la solicitud de extradición se hubiese cometido fuera del territorio de la Parte requirente, únicamente se podría denegar la extradición si la legislación de la Parte requerida no autorizase la extradición por el delito objeto de la solicitud. Para el caso de la tortura, bajo los argumentos establecidos por la *House of Lords*, se cumple lo establecido para no denegar la extradición.

A la conclusión anterior ha de añadirse que el art. 1 CEE establece que el país receptor de la solicitud estará obligado a entregar a la persona perseguida por el Estado solicitante siempre que se cumplan las condiciones y requisitos previstos en la mencionada Convención.

En definitiva, la fundamentación básica para la no extradición fue de carácter eminentemente político y no judicial, pues el artículo 7.1 de la Convención contra la tortura vetaba al Ejecutivo británico para denegar la extradición tal y como se ha

expresado en líneas previas. Además, el Convenio Europeo de Extradición no contiene lagunas para evitar la extradición, no contemplándose los motivos humanitarios que fueron aludidos por el Ejecutivo británico para liberar al ex Jefe de Estado. Con ello, el Gobierno británico, al denegar la extradición de Pinochet a España, infringió abiertamente la Convención sobre la tortura ya que en ningún caso debió haberlo entregado a Chile, sino que estaba obligado a someterle a enjuiciamiento por parte de los tribunales británicos, tal y como establece el art. 7.1 de manera preceptiva.

V. Entre los delitos que se le imputaron a Pinochet, ¿cuáles posibilitaban su enjuiciamiento por los tribunales españoles?

V.1. Introducción

Tras la decisión del Tribunal de Bow Street de autorizar la extradición a España de Augusto Pinochet, es necesario analizar entre los delitos inicialmente imputados – genocidio, terrorismo y tortura- cuáles podrían haber sido enjuiciados por los tribunales españoles.

Como ya se ha comentado previamente, los delitos de genocidio y terrorismo fueron descartados por Reino Unido al no satisfacer la definición de un delito susceptible de ser calificado como *extradition crime*, limitándose así sus efectos a los otros delitos que quedarían reducidos a tortura y conspiración para la tortura. En efecto, la Sentencia de la *House of Lords* de 24 de marzo de 1999 limitaría la extradición a los delitos de tortura y conspiración para la tortura ocurridos con posterioridad al 29 de septiembre de 1988, fecha en que entró en vigor la Convención contra la tortura en Reino Unido, entendiendo el tribunal que sólo los delitos que hubiesen sido objeto de una Convención internacional podrían ser causa de extradición, ya que sólo entonces se cumpliría el requisito de la doble incriminación.

Limitada la extradición a este delito, cabe hacer un análisis pormenorizado en este punto de los requisitos de doble incriminación y especialidad, ya enunciados previamente, para concluir porqué sólo la tortura sería enjuiciable en España.

V.2. El principio de doble incriminación

Tal y como se ha tenido ocasión de comentar previamente, este principio exige que los hechos sean constitutivos de delito tanto en el país solicitante de la extradición como en el requerido (art. 2 del Convenio Europeo de Extradición de 1957).

En el texto articulado únicamente se establecen dos excepciones a esta regla general: los delitos políticos (art. 3) y los delitos militares (art. 4) que no se consideran extraditables. No obstante, en el caso Pinochet no resulta aplicable ninguna de las dos disposiciones al no encajar en las definiciones de dichos conceptos.

Descartados los delitos de genocidio y terrorismo, al no ser considerados como *extradition crime* ninguno de ellos, restaba establecer que se cumpliera el principio de doble incriminación respecto a la tortura.

En el caso particular del genocidio, según la legislación británica vigente en aquel entonces éste sólo sería perseguible si la conducta que lo integra ha tenido lugar en ese país, no siendo posible una aplicación extraterritorial del mismo.

Por su parte, en el caso del terrorismo las razones esgrimidas para no ser extraditable se fundamentaron en la apreciación de que Pinochet gozaba de inmunidad para ello. Se entendió que, cuando las conductas asociadas al mismo –asesinato, toma de rehenes, etc.- revisten la forma de actos de Estado, no existe excepción a la inmunidad del Jefe de Estado, concepción llamativa si la comparamos con los razonamientos hechos para la tortura en que sí se limitó la inmunidad.

En una interpretación que considero errónea, tal y como ya he tenido ocasión de comentar previamente, la *House of Lords* entendió que el art. 2 CEE ha de entenderse referido al momento en que se cometan los delitos y no al de solicitud de extradición, de ahí que se hiciese referencia a la entrada en vigor del Convenio contra la tortura en Reino Unido en 1988. Por otra parte, se establece lo que la doctrina ha denominado un principio de *triple incriminación* ya que, bajo los argumentos de la *House of Lords* no basta con que las legislaciones del país que solicita la entrega y del que debe acceder a la misma recojan las figuras delictivas, sino que es necesario que estos delitos hubiesen sido objeto de una Convención internacional para su persecución.

Descartado el genocidio por carecer de regulación homóloga en la normativa británica, tan sólo el terrorismo (sección 1ª de la Ley británica de toma de rehenes de 1982) y las torturas (sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988) cumplirían el requisito de la doble incriminación, bajo los términos establecidos en el Convenio Europeo de Extradición de 1957. No obstante, como se ha señalado, en el caso del terrorismo se apreciaría la existencia de inmunidad en Pinochet, debiéndose descartar, de este modo, la posibilidad de enjuiciamiento en España por este delito.

V.3. El principio de especialidad

El principio de especialidad tiene como función evitar que, una vez concedida la extradición y producida la entrega, el país solicitante amplíe su intervención penal más allá de los límites aceptados por el país requerido para llevar a cabo la extradición.

El art. 14 CEE regula esta figura al prohibir la persecución por hechos anteriores a la entrega, distintos a los que hayan motivado la extradición. Ello se ha de entender de forma estricta, en tanto el procedimiento seguido con posterioridad a la entrega se ha de limitar al delito o delitos sobre los que el Estado requerido haya aceptado la solicitud. Esta última afirmación se confirma al constatar que en el mismo precepto se establece el procedimiento para solicitar la ampliación de la extradición (apartado a del art. 14.1). De cualquier modo, se señala expresamente que se tendrá que dar el consentimiento cuando el delito por el cual se solicite la ampliación hubiese determinado la obligación de proceder a la extradición con arreglo al Convenio, esto es, se tendría que realizar un nuevo examen del delito, con cumplimiento estricto del principio de doble incriminación establecido en el art. 2.

En base a este principio tan solo la tortura sería enjuiciable en España. Como es sabido llegado a este punto, en Reino Unido la decisión sobre la extradición giró en torno a la existencia o inexistencia de inmunidad y sólo se negó ésta a las torturas posteriores a septiembre de 1988. Se puede discutir en mayor o menor medida del acierto de la decisión británica y de su excesivo formalismo pero, en cualquier caso, el

principio de especialidad exige que la decisión británica sea aceptada en su totalidad y que las garantías impuestas por el país requerido se extiendan al país solicitante de la extradición.

V.4. Conclusiones

Si bien fueron tres los delitos inicialmente imputados a Augusto Pinochet, el Convenio Europeo de Extradición de 1957 obliga a ceñirse al mismo para considerar qué delitos serían enjuiciables en España.

Debido a la ausencia del imputado en territorio español, entra en juego el mencionado Convenio, suscrito tanto por Reino Unido como por España, que obliga a tener en cuenta tanto el principio de doble incriminación como de especialidad. Todo ello lleva a una clara limitación a los tribunales españoles dado que se encontrarían condicionados a la decisión final tomada por el Reino Unido.

Dado que en Reino Unido, dejando al margen la decisión final de liberar al ex Jefe de Estado, la decisión se sustentaba en la única posibilidad de ser enjuiciado por los delitos de tortura posteriores a la entrada en vigor en este país en 1988 de la Convención contra la tortura, cabe concluir que tan sólo este delito hubiese sido enjuiciable por los tribunales españoles, no siendo posible de ningún modo ni en enjuiciamiento del supuesto delito de genocidio ni del supuesto delito de terrorismo.

VI. ¿Puede afirmarse que se cometió delito de genocidio?

VI.1. Introducción

El art. 1 del Convenio para la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 establece que:

“Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”.

Por su parte, el art. 2 define el genocidio como:

“Cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.*
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.*
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción total o parcial.*
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.*

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

La adhesión a España al Convenio se produjo en 1968, entrando el delito de genocidio en el catálogo del Código Penal en 1971 en el artículo 137 bis, definido en estos términos: “*los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes (...)*”.

Obsérvese que la inclusión realizada en 1971 sustituyó el término racial del Convenio por social y que los elementos normativos se vieron reducidos de cuatro a tres, al omitirse una coma entre nacional y étnico.

En 1983, a través de una reforma parcial y urgente del Código Penal, se sustituiría en el artículo 137 bis la palabra social por nacional, subsistiendo la falta de coma entre nacional y étnico.

Finalmente, en 1995, el delito quedaría definido en el art. 607 CP, en los mismos términos que los señalados en el Convenio, como aquel caracterizado por “*el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*”.

Las discrepancias que existieron acerca de si se había cometido o no genocidio giraron en torno a la conceptualización del delito en sí mismo, al no aparecer definido qué ha de entenderse por grupo nacional y ante la expresa exclusión por parte de la Convención de los grupos políticos.

En el caso objeto de este trabajo, junto al componente espiritual que representa la voluntad de exterminar a una colectividad o grupo de personas en todo o en parte, concurren las acciones típicas recogidas en el Convenio de 1948 tales como: matanza de miembros del grupo, lesiones graves a la integridad física, etc. No obstante, es necesario comprobar la existencia de una identidad en esa colectividad y que ésta se integre en una de las cuatro categorías de sujeto pasivo que integran el tipo.

A continuación se resumen las principales posiciones acerca de la cuestión, haciendo especial referencia a los criterios de la Fiscalía y de la Audiencia Nacional, así como a los de la doctrina y al criterio finalmente establecido por el Tribunal Supremo en años posteriores.

VI.2. Posición de la Fiscalía y de la Audiencia Nacional

Tanto la Unión Progresista de Fiscales, como la Audiencia Nacional y parte de la doctrina, se pronunciaron a favor de una interpretación teleológica del concepto de genocidio, a partir de una conceptualización social de su significado. Por el contrario, tanto la Fiscalía, como parte de la doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se mostrarían contrarias a tal conceptualización.

Para el Fiscal de la Audiencia Nacional³² no existían datos suficientes para que los exterminios ordenados por los militares chilenos estuviesen motivados por la pertenencia de las víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, que son los grupos establecidos tanto por el Convenio de 1948 como por el art. 607 CP vigente en aquel momento. Para el Fiscal, se trataba de eliminar todo rasgo de disidencia política, sin que la raza, religión, nacionalidad o etnia fuese determinante de su actitud.

³² Opinión expuesta en el escrito contrario a la competencia española conocido como “Informe Fungairiño”.

El escrito de la Fiscalía de la Audiencia Nacional presentando cuestión de jurisdicción de fecha 20 de enero de 1998 se pronunció en el mismo sentido añadiendo: “*que tal forma de exterminio no deba quedar impune y sea penalmente reprochable no implica que su punición pueda hacerse mediante la figura del delito de genocidio. Pretender que el art. 607 alcance a otros grupos como los políticos y los sociales constituye una interpretación extensiva, incompatible con lo previsto en art. 4.1 CP*”³³.

La Audiencia Nacional, en el Fundamento de Derecho Quinto del Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 5 de noviembre de 1998 (ARP 1998\5944) comienza sus argumentos definiendo el delito de genocidio como “*un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros*”, que no necesita de formulación típica, sino que es socialmente entendido. Continúa citando la Resolución nº 96 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1946 que reconoció el genocidio como un crimen de Derecho de Gentes, caracterizándose por el exterminio de un grupo por razones raciales, religiosas, políticas u otras. Además, subraya la naturaleza de crimen contra la humanidad, tal y como establece el art. 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg.

Señala la Audiencia que entre los múltiples crímenes cometidos durante la dictadura chilena subyace la idea de exterminio de un determinado sector de la población, un sector que, en palabras de la AN, era “*sumamente heterogéneo, pero diferenciado*”, no como indicaba la Fiscalía de que el exterminio no se había llevado a cabo contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso. Establece que el grupo lo formaban tanto aquellos ciudadanos que no respondían a la ideología del nuevo orden instaurado tras el golpe de Estado por ser contrarios al entendimiento de los nuevos valores nacionales instaurados como aquellos otros que eran indiferentes al nuevo régimen.

Admite, por otra parte, que el Convenio no contempla el término “político” o las voces “u otros”, pero que ello no implica una “*exclusión indefectible*”. Se aproxima, en este sentido, a una interpretación según el espíritu del texto establecido por la Convención de 1948, en tanto en cuanto, los Estados Parte tratan de evitar la impunidad del genocidio en sus diferentes formas “*por considerarlo un crimen horrendo de Derecho internacional*”.

Bajo la interpretación seguida por la AN, el concepto de “grupo nacional” no puede asimilarse al de “*grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación*” sino al de “*grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor*”. Bajo esta concepción social del genocidio se evita el riesgo de caer en la exclusión de determinados grupos diferenciados nacionales, evitándose así todo tipo de impunidad por las vaguedades existentes en el propio texto de la Convención.

Por último, el Auto de Solicitud de Extradición de fecha 3 de noviembre de 1998, en sus Razonamientos Jurídicos Sexto a Décimo, sigue la línea argumental establecida por el Pleno de la Sala de lo Penal. Establece que el hecho de que se excluyese a los grupos políticos como objeto del delito de genocidio no significa que quedase al margen del delito la destrucción de grupos por motivos políticos. Esos motivos tendrán que concretarse en un grupo nacional, étnico, racial o religioso para que la conducta pueda ser constitutiva de genocidio.

³³ El art. 4.1 CP señala que “*Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”.

Entre las razones por las cuales se solicita la extradición, se señala que “*el objetivo principal de los conspiradores es la destrucción parcial del propio grupo nacional de Chile integrado por todos aquellos que se les oponen ideológicamente a través de la eliminación selectiva de los líderes de cada uno de los sectores que integran el grupo, a través de la detención, secuestro seguido de desaparición, ejecución y torturas que infieren a las víctimas del grupo graves daños físicos y mentales. Además, la acción criminal se dirige también a la destrucción de dicho grupo por ser contrarios sus miembros al planteamiento religioso oficial de la Junta de Gobierno*”.

En definitiva, el criterio seguido por la Audiencia en ambos Autos es de una conceptualización abierta, viva y adaptable al momento histórico en que se encuentre, alejándose de la interpretación formal del Convenio realizada por la Fiscalía y acercándose a una interpretación según el espíritu y la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado.

VI.3. Posición de la doctrina

La cuestión fundamental, como se puede extraer de lo expuesto en el apartado anterior, es aclarar si el exterminio de un grupo político puede incluirse de alguna forma dentro de la conceptualización establecida en el art. 2 del Convenio para la prevención y castigo del delito de genocidio y en el art. 607 CP. Se ha visto como, en el momento de los hechos, la Fiscalía mantenía una postura formalista, bajo la cual no existía delito de genocidio en los masivos asesinatos llevado a cabo en Chile. Por el contrario, la Audiencia Nacional mantuvo la existencia del delito, basándose en una conceptualización social, una interpretación según el espíritu del Convenio, integrando el exterminio del grupo político, no reconocido expresamente por la literalidad del texto, dentro del exterminio de grupo nacional, sí reconocido.

Siguiendo ambas corrientes de opinión, la doctrina jurídica se ha posicionado en uno u otro bando bajo argumentos dispares que pasamos a comentar a continuación.

K. Ambos³⁴ señala que la inclusión del delito de genocidio es cuestionable por no encontrarse los grupos políticos dentro del ámbito de protección del Convenio. Apoyándose en el principio de *nullum crimen*, en especial a la exigencia de determinación, cuestiona así una interpretación del tipo no amparada en modo alguno en la letra del precepto.

Suscitó polémica entre la doctrina la interpretación que hizo la AN acerca del término grupo social, existente en el Código Penal anterior a 1983. Esta interpretación, como se ha señalado, se basó en lo que ella misma denominó como “*concepción o entendimiento social del genocidio*”. Autores como Remiro Brotóns³⁵ criticaron este hecho al señalar que la Sala de lo Penal parecía aferrarse a la errata del Código con respecto al Convenio para encontrar una cobertura legal a sus fundamentaciones jurídicas. Sin embargo, aun considerando la inclusión de grupo social en el Código Penal, no podría considerarse éste como genocidio al no reconocerse esta figura en el Convenio.

Brotóns continúa su crítica al AAN advirtiendo que una interpretación social, al estilo de la efectuada en el Auto prescindiendo absolutamente de la redacción

³⁴ AMBOS, K., “El caso Pinochet y el Derecho aplicable”, cit., p. 4.

³⁵ REMIRO BROTÓNS, A., *El caso Pinochet: los límites a la impunidad*, cit., p. 82.

establecida para el delito de genocidio tanto en la Convención como en el art. 607 CP, además de conculcar la seguridad jurídica, supone una analogía *in malam partem*, prohibida en Derecho penal³⁶.

Por su parte, con respecto a la definición que la AN realiza de grupo nacional la doctrina también ha sido crítica. Así, tal y como señala Serrano Maíllo³⁷, “*los crímenes no se cometieron contra un grupo nacional, pues no se trataba de eliminar a un grupo de personas que a su vez formaban un grupo en sí dentro de la población chilena, sino que la eliminación iba encaminada, preferentemente, a hacer desaparecer a enemigos políticos del régimen pinochetista*”.

Siguiendo lo anterior, es necesaria la referencia que la doctrina hace a la conceptualización dada por la Audiencia a grupo político. Debemos recordar que la Audiencia asimilaba grupo nacional a grupo humano nacional, como aquel caracterizado por algo y que se ve integrado en una colectividad mayor. Incluso la doctrina favorable a los Autos de la Audiencia reconoce la imposibilidad de incluir a los grupos políticos como sujetos pasivos del delito de genocidio, pues así es exigido por el principio de legalidad³⁸. Sin embargo, sí considera esta doctrina que las personas asesinadas no formaban un grupo político en sentido estricto, pero sí un grupo nacional.

Pero la interpretación extensiva de lo que significa grupo nacional y, a su vez, de las posibilidades de inclusión en alguno de los elementos normativos (grupo nacional, étnico, racial o religioso) del efectivamente excluido grupo político no está exenta de fuertes críticas por la doctrina. Quizá la más destacable sea la expuesta por Tomás Ortiz de la Torre quien expuso que “*La Audiencia Nacional está incorporando a la Convención de 1948, por su cuenta, múltiples grupos humanos entre los que evidentemente ha de encontrarse el grupo político, lo que resulta contrario al Derecho internacional regulador de los Tratados internacionales, ya que ello supone una modificación de la Convención de 1948 lo que choca con una norma constitucional (...), en efecto según el artículo 96.1 de la Constitución las disposiciones de los Tratados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*”³⁹. En este sentido podría hablarse de una limitación taxativa del art. 2 del Convenio, al quedar fijados únicamente los elementos normativos en los de grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Siguiendo esta corriente doctrinal, se puede afirmar que los delitos no fueron cometidos por el hecho de ser las víctimas argentinas, chilenas, católicas o blancas, sino porque sus autores consideraron que éstas eran opositores políticos al régimen, con independencia de su nacionalidad, etnia, raza o religión. Así, puede concluirse las víctimas formaban un grupo, pero que este grupo era político y, por tanto, excluido de lo establecido en la Convención de 1948.

³⁶ La analogía *in malam partem* aparece recogida en los apartados 1 y 2 del art. 4 CP al establecer que: “1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”.

³⁷ SERRANO MAÍLLO, M^a.I., *Prensa, Derecho y poder político*, cit., p. 167.

³⁸ SERRANO PIEDECASAS, J.R., “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la Ley española”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, cit., p. 122.

³⁹ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿tienen competencia los tribunales españoles?”, cit., p. 634.

Hasta este punto se ha podido ver como el criterio doctrinal es prácticamente unánime en afirmar que los grupos políticos no estaban, ni están, incluidos en el segundo artículo del Convenio de 1948 y que la inclusión del mismo por una u otra interpretación podría conllevar una interpretación extensiva de analogía *in malam partem*, prohibida en el Código Penal.

Sólo parte de la doctrina se distancia de la crítica para apoyar la decisión de la AN. Sumado, a Serrano Piedecabras, ya mencionado previamente, Lamarca Pérez⁴⁰ realiza una interpretación alejada de formalismos y próxima al sentido teleológico de los términos empleados en el delito de genocidio. Afirma que una interpretación formal impediría no sólo la persecución de una discriminación basada en motivos políticos sino que características como el ateísmo de las víctimas tampoco quedarían comprendidas dentro del tipo.

VI.4. Posición del Tribunal Supremo

Todas las opiniones previamente mencionadas se basaron en una interpretación nueva de las leyes y de los tratados pues, en el momento de solicitarse la extradición de Pinochet, no existía jurisprudencia alguna del Tribunal Supremo al respecto que pudiese solucionar el oscurantismo de ciertos términos establecidos en el art. 607 CP. Por ello, considero relevante incluir en este punto la STS 798/2007 (RJ 2009\4711) que se refirió por primera vez en sus fundamentos jurídicos al concepto de genocidio recogido en nuestro Código Penal.

La Sentencia, si bien referida al caso de los desaparecidos durante la dictadura militar en Argentina, se refiere en su Fundamento de Derecho Décimo al delito de genocidio. El Tribunal describe, basándose en el art. 2 del Convenio de 1948, tres elementos del genocidio: el elemento objetivo, el elemento subjetivo y el elemento intencional.

El elemento objetivo se basa en la realización de alguno de los actos enumerados en el precepto, esto es: matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear destrucción total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Por su parte, el elemento subjetivo se refiere a la necesidad de concurrencia de dolo en la realización de tales actos.

Por último, señala el elemento intencional consistente en el propósito de destruir, total o parcialmente, uno de los grupos protegidos.

Señala el Alto Tribunal que las motivaciones de los autores que llevan a cometer los actos señalados en el precepto resultan irrelevantes, siendo lo decisivo la identificación del grupo y la voluntad de destrucción. Y así lo expresa de forma clara al indicar que *“es intrascendente que las razones de exterminar un grupo nacional, étnico, racial o religioso sean nacionales, étnicas, raciales o religiosas o cualesquiera otras diferentes; lo que importa es que el grupo se identifique y se diferencie de otros por razones*

⁴⁰ LAMARCA PÉREZ, C., “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”, cit., pp. 1105-1106.

nacionales, étnicas, raciales o religiosas, y que los individuos sean perseguidos por su pertenencia real o aparente a tal grupo, con la finalidad de lograr la destrucción del mismo". Véase ya que se refiere a "*cualesquiera otras diferentes*" pudiéndose entender en este punto excluidas las razones políticas que nos ocupan en esta cuestión si bien, como veremos, el Supremo se encargará de rechazarlas explícitamente en líneas posteriores de la Sentencia.

En la misma línea continua al señalar que "*el tipo exige que el elemento identificador del grupo sea precisamente la nacionalidad, la etnia, la raza o la religión*" si bien admite que la definición de cada uno de dichos grupos es variable social y culturalmente a lo largo del tiempo. No obstante, insiste en que la señal identificativa ha de ser cada una de las cuatro señaladas, aun cuando el concepto de grupo sea cambiante en el tiempo. Por tanto, se podría entender que, si el concepto de grupo es cambiante, dependiendo del momento histórico en que nos encontremos, lo que ha de entenderse por nacionalidad, etnia, raza y religión también tendrá que serlo, posibilitando así que conceptos que en 1948 no entraban dentro de la literalidad del texto, sí entren en 1998 a formar parte del mismo a través de una concepción social.

Tal y como se ha tenido oportunidad de analizar previamente, la mayoría de la doctrina es prácticamente unánime al admitir que la Convención de 1948 acordó expresamente no incluir los grupos políticos como integrantes de los elementos normativos del tipo. Sin embargo, el propio Tribunal admite que no sólo se puede interpretar el texto en base a la voluntad del legislador. Sostiene que el Código Civil no sitúa dicha interpretación como preeminente al establecer en el art. 3.1 la posibilidad de atender a la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, lo que permite aplicar una interpretación teleológica del texto⁴¹. Sin embargo, pese a esta puntualización, el Alto Tribunal acaba concluyendo que es el texto literal del propio precepto el que impide que el grupo protegido se identifique sin tener en cuenta ninguno de los aspectos típicos. Se fundamenta esta conclusión en la inexistencia en el precepto de una cláusula de cierre, lo que indicaría que los grupos no se enumeran a título ejemplificativo, sino que se trataría de un *numerus clausus*.

En definitiva, el TS se alinea con aquella parte de la doctrina que sostenía que una interpretación de la norma diferente a la literalidad del texto conduciría a "*una extensión analógica del tipo en perjuicio del reo y, por lo tanto, prohibida*".

La Sentencia, de cualquier manera, no es unánime, al contener cuatro votos particulares, uno de los cuales, el del Magistrado Giménez García, se muestra claramente contrario a la postura mantenida por el Supremo en lo que respecta al delito de genocidio.

Afirma el voto particular que "*lo que está en juego es el ámbito y extensión en relación a la expresión de grupo nacional*". Estima el Magistrado que la sentencia debió realizar una interpretación que incluyese dentro del término "grupo nacional" el exterminio de grupos políticos.

En primer lugar, sostiene dicha teoría en base a la práctica judicial⁴² anterior a la causa objeto de la Sentencia que ya se ha tenido ocasión de comentar en este trabajo y

⁴¹ El art. 3.1 CC indica: "*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*".

⁴² En concreto, las resoluciones de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998.

en la que se afirmaba que el silencio del grupo político no podía equivaler, de ningún modo, a su exclusión indefectible.

En segundo lugar, la propia Sentencia reconoce que las leyes han de ser aplicadas teniendo en cuenta la realidad social del tiempo. Defiende el voto particular que el TS debió fijar el contenido y ámbito del término “grupo nacional”, al ser “*el último intérprete de la legalidad penal ordinaria*”.

En tercer lugar y en relación con el punto anterior, una interpretación de “grupo nacional” no daría lugar a una interpretación analógica contraria al reo, pues al no haber una definición legal clara, la interpretación se limitaría a llenar el vacío existente. Se apoya ello en el art. 1.6 CC que establece que “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico*”.

En cuarto y último lugar, porque los propios autores definieron un grupo heterogéneo entre sí, pero que tenía como común denominador el ser ajeno a la nueva comunidad instaurada por los golpistas y, por otra parte, la voluntad de los autores no era la simple acumulación de delitos sino la de llevar a cabo la efectiva eliminación del grupo como tal.

VI.5. Conclusiones

A lo largo de esta cuestión se ha expuesto cada una de las tesis sostenidas tanto por la Fiscalía como por la Audiencia Nacional, defendidas a su vez por uno y otro sector doctrinal. Por último, se ha tenido ocasión de destacar los aspectos más relevantes de la Sentencia 798/2007 del Tribunal Supremo en la que el Alto Tribunal se refirió por primera vez al delito de genocidio y a la cuestión de si los grupos políticos forman o no parte del tipo delictivo.

La calificación del genocidio resulta ser de gran relevancia pues los hechos imputados, en caso de ser tomados aisladamente, no podrían ser juzgados por los tribunales españoles basándose en el principio de persecución universal.

No cabe duda de que la Convención de 1948 excluyó expresamente de la literalidad del texto a los grupos políticos como elemento normativo. No obstante, hay que indagar en las causas que llevaron a tal exclusión para ver si, cincuenta años después de la aprobación del Convenio, la interpretación ha de ser la misma.

La exclusión de dicho grupo se produjo por las presiones de la Unión Soviética y de otros países satélites de la misma en el momento en que se iniciaba la Guerra Fría con Estados Unidos. En definitiva, la no inclusión de estos grupos del artículo segundo se debió a razones estrictamente políticas. Si bien el momento histórico ha cambiado después de cincuenta años después, tras la disolución de la Unión Soviética, debemos respetar el principio de legalidad establecido en el art. 1 CP, debiendo considerar de este modo excluidos los grupos políticos como sujetos pasivos del delito de genocidio.

Bajo mi punto de vista, la interpretación que hace la Audiencia Nacional es errónea. Trata de cualquier forma de incluir como delito de genocidio unos hechos que no se pueden subsumir en los elementos del tipo, al menos en lo que respecta a la conceptualización de grupo recogida en el Convenio.

En este sentido parece clara la afirmación que realiza la Fiscalía en su escrito de 20 de enero de 1998 al decir: “*que tal forma de exterminio no deba quedar impune y sea*

penalmente reprochable no implica que su punición pueda hacerse mediante la figura del delito de genocidio”.

La Sentencia del Tribunal Supremo deja claros cuales son los elementos del delito de genocidio: la conducta objetiva constituida por alguno de los actos mencionados en el precepto; el elemento subjetivo consistente en la necesidad de dolo en la ejecución de los actos; y el elemento de intencionalidad, esto es, el propósito de destruir, total o parcialmente, uno de los grupos protegidos. Por tanto, las motivaciones concretas de los autores resultan irrelevantes, siendo lo decisivo la identificación del grupo y la voluntad final de destrucción del mismo.

El Auto de 5 de noviembre de 1998 al definir el grupo afirma que éste “*lo integraban ciudadanos contrarios al régimen militar*”. A mi entender, la Audiencia Nacional mezcla las motivaciones existentes en los autores con la definición de grupo. Así, no cabe duda de que los actos llevados a cabo por los autores tuviesen como fundamento eliminar a un determinado grupo por sus opiniones políticas, pero ese grupo es sumamente heterogéneo y en ello estriba la dificultad de definición del mismo en alguno de los establecidos por el Convenio.

Lo que la Audiencia Nacional denomina como “*concepción social del genocidio*” conlleva una analogía *in malam partem* prohibida en Derecho y una vulneración del principio de *nullum crimen* establecido en el art. 4.1 CP, definiéndose una interpretación no amparada en modo alguno en la letra del precepto, ya que se pretende identificar el grupo de personas atacadas en Chile con uno de los grupos incluidos en la definición de genocidio.

Por otra parte, si se sostiene una conceptualización social, basada en que la definición de genocidio ha de ser diferente a la llevada a cabo en 1948, qué sentido tendría que el artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 recogiese idéntica definición de genocidio a la efectuada en 1948.

Todo ella me lleva a rechazar la posibilidad de que se cometiese un delito de genocidio al haberse llevado a cabo por parte de la Audiencia Nacional una interpretación extensiva del tipo positivado por un Convenio internacional. Para confirmar esta conclusión cabe mencionar el primero de los apartados del art. 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que establece que “*la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena*”.

VII. ¿Hubiera sido competente la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de Pinochet?

VII.1. Introducción

El 17 de julio de 1998 diversos Estados suscribieron el conocido como Estatuto de Roma por el cual se creó la Corte Penal Internacional, primer Tribunal internacional con carácter permanente encargado de juzgar determinados crímenes tasados.

El propio Preámbulo del Estatuto destaca que los Estados Parte están “*decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes*”.

El Estatuto de la Corte define, en el art. 17, un modelo jurisdiccional que no tiene carácter exclusivo y excluyente, sino que trata de preservar las propias competencias estatales a través del denominado principio de complementariedad. Así, la Corte sólo ejercerá su competencia cuando los tribunales estatales no puedan o no quieran enjuiciar los mismos hechos o cuando el enjuiciamiento ya realizado suponga una sustracción del sujeto de la acción de la CPI.

Una de las principales aportaciones del Estatuto de Roma es la incorporación de un auténtico código penal internacional que recoge y tipifica los crímenes competencia de la CPI, establece los principios que regirán su actividad y las penas que atribuibles a cada uno de los crímenes tipificados.

En la presente cuestión se analizarán los crímenes competencia de la CPI para poder concluir si ésta podría haber sido competente para el enjuiciamiento de Augusto Pinochet. Asimismo, se señalarán los posibles límites a dicho enjuiciamiento.

VII.2. Competencia de la CPI para juzgar a Augusto Pinochet

El art. 5 ER atribuye competencia a la Corte para enjuiciar “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”. Dentro de esta categorización genérica el Estatuto ha incluido los siguientes: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Estas categorías son tipificadas a continuación en los artículos 6 a 8 bis.

En conexión con el caso Pinochet, observamos a primera vista que el crimen de genocidio es competencia de la Corte, estando tipificado en el art. 6 del Estatuto en idénticos términos a los recogidos en el art. 2 del Convenio sobre el genocidio de 1948.

Por su parte, el art. 7 define los crímenes considerados como de lesa humanidad incluyendo la tortura, siempre y cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. El mismo artículo define la tortura a efectos del Estatuto como “*causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control no estando incluido el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas*”.

Del análisis de los artículos citados, en cuanto a la competencia *ratione materiae*, se queda fuera el delito de terrorismo, por lo que la Corte de ninguna manera podría juzgar a Pinochet por este delito, en base al art. 22 que establece el principio de *nullum crimen*: “*nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen competencia de la Corte*”.

Tal y como recoge el art. 12 la competencia de la CPI para conocer de los delitos enunciados es automática, al ser oponible a cualquier Estado que haya ratificado o se haya adherido al Estatuto, sin necesidad de emitir declaración adicional alguna de reconocimiento individualizado de la competencia. En este sentido, la Corte sólo podrá

ser competente cuando el Estado en donde se hayan cometido los crímenes o cuyos nacionales se reputen autores de los mismos haya ratificado el Estatuto o acepte *ad hoc* la competencia de la misma. Así, se observa un cierto margen de impunidad. De cualquier forma, Chile ya había firmado en 1998 el Estatuto de la Corte si bien la ratificación del mismo no llegaría hasta el año 2009.

Si en España hubo un importante debate acerca de la posible inmunidad de Pinochet, este tema quedaría zanjado en caso de desarrollarse el proceso en sede de la CPI, al establecer el art. 27 ER el principio de responsabilidad individual universal por el que las inmunidades que conlleve el cargo oficial de una persona con arreglo al derecho interno no son obstáculo para que la Corte ejerza su competencia sobre ella. En la misma línea se indica que el Estatuto es aplicable por igual a todas las personas mayores de edad sin distinción alguna basada en el cargo oficial. Con ello, se salvaría uno de los obstáculos que las jurisdicciones internas podrían tener para enjuiciar a Pinochet.

Otro de los obstáculos que se planteó en España, relativo a la existencia de cosa juzgada queda totalmente solventado al definirse en el articulado del Estatuto que la Corte podrá actuar cuando el Estado competente declinase la facultad de enjuiciar el hecho, sin haberse producido sentencia condenatoria o absolutoria (art. 17 en relación con art. 20).

Sin embargo, el Estatuto contempla importantes limitaciones a su competencia. Una ellas la encontramos en el art. 16 en el que se indica que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede pedir a la Corte que no inicie o suspenda durante un plazo de doce meses la investigación o enjuiciamiento iniciado, pudiendo ser renovada la petición por dicho órgano. La facultad es amplia, pues el Consejo únicamente tiene que basar dicha petición en la necesidad de mantener la paz o evitar un acto de agresión.

No obstante, dicho todo lo anterior, la mayor y más importante de las limitaciones aplicables al caso objeto de estudio la encontramos en los artículos 11, relativo a la competencia temporal de la Corte, y 24.1, relativo a la irretroactividad *ratione personae*.

El art. 11 ER establece que:

“1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”.

Por su parte, el art. 24.1 establece que:

“1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

Por tanto, esta limitación supone que únicamente serían enjuiciables por parte de la CPI, en el caso de Chile, los crímenes que, estando recogidos en el art. 5 del Estatuto, fuesen cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, esto es, al año 2009.

VII.3. Conclusiones

Una vez analizados los crímenes competencia de la CPI se ha tenido ocasión de comprobar como de los tres crímenes imputados a Augusto Pinochet –genocidio, torturas y terrorismo- sólo los dos primeros se encuentran entre la enumeración realizada por el Estatuto de Roma. Ello supondría, sin establecerse limitación alguna aparte, que la Corte sería competente para el enjuiciamiento de Pinochet por tales crímenes, más aun si se tiene en cuenta que la tan discutida inmunidad del ex presidente no tendría efecto alguno al establecerse explícitamente en el art. 27 el principio de responsabilidad individual universal.

No obstante, existe una importante limitación de carácter temporal que impediría que la Corte Penal Internacional fuese competente para el enjuiciamiento de Pinochet. Este límite consiste en que la CPI sólo tiene competencia respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (1 de julio de 2002), tal y como establece el artículo 11. Con ello, ya no se podría enjuiciar a Augusto Pinochet, dado que la totalidad de los crímenes fueron cometidos previamente, en concreto en el periodo de dictadura en Chile (1973-1990). Además, hay que tener en cuenta que Chile no ratificaría el Estatuto hasta el año 2009 por lo que sólo sería aplicable a crímenes cometidos con posterioridad a dicha fecha, posterior a la muerte de Pinochet en 2006.

Por tanto, en conclusión, la Corte Penal Internacional no podría haber sido competente para el enjuiciamiento de Pinochet.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD CASTELOS, M., “La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998.

AMBOS, K., “El caso Pinochet y el Derecho aplicable”, en *Revista Penal*, nº 4, 1999.

ASOCIACIÓN ARGENTINA PRO DERECHOS HUMANOS, *El principio de justicia universal*, Colex, Madrid, 2001.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1998.

FERRÉ OLIVÉ, J.C., “La extradición”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÉS, J., “Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional”, en *Jueces para la democracia*, nº 28, 1997.

GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal en la LO del Poder Judicial español”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA ARÁN, M., “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la Ley española”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GÓMEZ CAMPELO, E., “El Derecho penal internacional ante el caso Pinochet”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 8, 1998-1999.

GÓMEZ COLOMER, J.L., “Algunas precisiones en torno a la aplicación de la Ley procesal penal española en el tiempo en el caso Pinochet”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ DE SANTA MARÍA L.I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 2008.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “La inmunidad del Jefe de Estado”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad, ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional”, en *Anuario español de Derecho internacional*, nº 18, 2002.

LAMARCA PÉREZ, C., “El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, ARROYO ZAPATERO, L.A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

PÉREZ ALONSO, E., “Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo español”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012.

REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet, los límites a la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político?”, en *La Ley*, nº 4, 1999.

SALÀS DARROCHA, J.T., *Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

SERRANO MAÍLLO, M^a.I., *Prensa, Derecho y poder político*, Dykinson, Madrid, 2002.

SERRANO PIEDECASAS, J.R., “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la Ley española”, en *Crimen internacional y jurisdicción universal*, GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿tienen competencia los tribunales españoles?”, en *Actualidad penal*, nº 30, 2000.