



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Posibilidad de
enjuiciamiento de
Augusto Pinochet

Duarte Fernández Castro

Tutor: Juan Ferreiro Galguera

**Programa para la Simultaneidad del Grado en Derecho y el
Grado en Administración y Dirección de Empresas**

Año 2015

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Introducción.....	6
Antecedentes de hecho.....	7
Cuestiones.....	8

Cuestión I: ¿Los tribunales españoles tenían competencia para juzgar a Pinochet, en el momento en que se interpuso la querrela, cuando se encontraba en Londres? Ante esos mismos hechos ¿los tribunales españoles, en la actualidad, tendrían competencia para juzgar a Pinochet?

1. Competencia por parte de los tribunales españoles.....	11
1.1. La competencia española en 1998.....	12
1.2. La hipotética competencia española en la actualidad.....	13
1.2.1. La modificación del artículo 23.4 LOPJ.....	13
1.2.2. Criterios para determinar la hipotética competencia española en la actualidad.....	15
2. La jurisdicción universal.....	18
3. La irretroactividad en la norma procesal y la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.....	19
4. Ley de amnistía chilena.....	21
5. Inmunidad de los jefes de Estado ante el delito de Genocidio.....	22
6. Órgano instructor y enjuiciador del caso en España.....	24

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

1. El criterio de personalidad pasiva.....	25
--	----

2. Imposibilidad de establecer la competencia española en 1998 con base en el criterio de personalidad pasiva	26
---	----

Cuestión III: ¿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?

1. La extradición. Aspectos generales.....	27
2. La extradición de Pinochet.....	28

Cuestión IV: Entre los delitos que se le imputaron a Pinochet, ¿cuáles posibilitaban su enjuiciamiento por los tribunales españoles?

1. Delitos que posibilitaban su enjuiciamiento por los tribunales españoles.....	31
1.1. Delito de terrorismo.....	31
1.2. Delito de torturas.....	32

Cuestión V: ¿Puede afirmarse que se cometió delito de genocidio?

1. El delito de genocidio.....	34
2. ¿Puede considerarse que Pinochet cometió delito de genocidio?.....	35

Cuestión VI: ¿Hubiera sido competente la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de Pinochet?

1. La Corte Penal Internacional.....	36
2. El “caso Pinochet” y la Corte Penal Internacional.....	37

Conclusiones y valoración personal.....	40
---	----

Índice de legislación.....	43
Índice de jurisprudencia.....	46
Bibliografía.....	48

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional.
Art: Artículo.
CE: Constitución Española.
CC: Código Civil.
CP: Código Penal.
CPI: Corte Penal Internacional.
DDHH: Derechos Humanos.
DINA: Dirección de Inteligencia Nacional.
EEUU: Estados Unidos.
FFAA: Fuerzas Armadas.
JCI: Juzgado Central de Instrucción.
LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO: Ley Orgánica.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
Núm.: Número.
ONU: Organización de las Naciones Unidas.
pp.: Páginas.
RAE: Real Academia Española.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
Ss: Siguietes.
TC: Tribunal Constitucional.
TS: Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la posibilidad de enjuiciar a Augusto Pinochet Ugarte por los presuntos crímenes contra la humanidad, genocidio y terrorismo que se le imputaban, al haberse cometido estos en Chile cuando ostentaba los cargos de presidente de la Junta Militar de Gobierno y presidente de la República de Chile, desde el golpe de Estado de 1973, hasta el año 1990.

En primer lugar, es necesario mencionar que el análisis de los antecedentes de hecho tiene que realizarse mediante una retrospectiva mental a los años 1998, 1999 y 2000 –aunque también se analicen aspectos de actualidad-, puesto que fueron esos los años en los que tuvo lugar el proceso judicial.

Los crímenes que se le imputaban a Pinochet implican lesiones de los Derechos Humanos de gran entidad, algo que ha sido perseguido seriamente, a escala global, desde el final de la Segunda Guerra Mundial.

Han sido diversos los instrumentos jurídicos utilizados para perseguir este tipo de crímenes, tanto en el ordenamiento legal internacional –por ejemplo, mediante el establecimiento de Tribunales Internacionales-, como en los ordenamientos legales internos de los Estados –mediante el establecimiento de principios como el de jurisdicción universal-, con la pretensión de que estos crímenes nunca quedasen impunes.

Aunque la represión llevada a cabo por la dictadura chilena no constituyó uno de los casos de violaciones de los Derechos Humanos con mayor número de víctimas –sus cifras son incomparables con el genocidio de Ruanda, el de Guatemala, el de Yugoslavia o el de Camboya-, es necesario prestarle la atención debida. Los hechos narrados en los antecedentes constituyen comportamientos completamente inaceptables, que han de ser perseguidos con un doble objetivo: juzgarlos y evitar que se repitan.

Este trabajo, por tanto, analiza los aspectos procesales y materiales del “caso Pinochet”, tanto en el plano del Derecho interno español –y sus ramificaciones, como el procedimiento de extradición desde el Reino Unido- como en el plano internacional.

ANTECEDENTES DE HECHO

Augusto Pinochet Ugarte, militar chileno, fue el principal responsable del golpe de Estado perpetrado en Chile el 11 de Septiembre de 1973 contra el Gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende. El Presidente Allende falleció en la toma por las fuerzas golpistas del Palacio presidencial de La Moneda. Tras el golpe, Pinochet ascendió a la Presidencia.

Tras dicho golpe de Estado, se producen toda una serie de graves y sistemáticas violaciones de los Derechos Humanos, en numerosos casos perpetradas por la tristemente famosa DINA (Dirección de Inteligencia Militar).

Estas violaciones consistieron en presuntas detenciones ilegales y secuestros, desplazamientos forzados, torturas, desapariciones forzadas de personas (más de 1200 comprobadas), asesinatos, etc. Tales hechos se produjeron en territorio chileno, estadounidense (asesinato de Letelier y su secretaria), argentino (asesinato del General Prats y su esposa) o italiano (atentados contra líderes chilenos democristianos). Afectaron no sólo a nacionales chilenos, sino también a extranjeros e incluso a algún funcionario internacional (caso de Carmelo Soria Espinoza, español, funcionario de la ONU, asesinado por la DINA en 1976).

Estos delitos se coordinaron a veces bajo el nombre de “Operación Cóndor”, interviniendo en ellos agentes chilenos y argentinos. También habrá de recordarse la denominada “Caravana de la Muerte”, operativo mediante el cual algunos militares recorrieron el territorio chileno asesinando a numerosas personas. Se afirma que quienes formaban tal “Caravana” recibían órdenes directas del general golpista.

Cuando en 1998 Pinochet se encontraba en Londres, en visita privada y con pasaporte diplomático, se presenta una querrela contra él ante los tribunales españoles. Es entonces cuando se solicita su detención y su extradición a España. El 16 de octubre de dicho año, el antiguo dictador era detenido en Londres. Se le imputan delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

Su defensa alega, en primer lugar, que se trata de un antiguo Jefe de Estado, hecho por el cual tendría inmunidad jurisdiccional por los actos realizados en tal condición. Por otro lado, la defensa argumenta que en el momento de su detención era senador vitalicio en Chile y disfrutaba por ello de tal inmunidad. En tercer lugar que el general golpista se hallaba en territorio británico en misión especial, enviado por el Estado de Chile.

A pesar de tales alegaciones, querellas semejantes a la admitida en España, son admitidas en Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Suecia y Noruega.

El 14 de octubre de 1999, el Gobierno chileno pide formalmente a las autoridades británicas que liberen al antiguo dictador por razones humanitarias, dado su estado de salud. Tras varias vicisitudes judiciales ante tribunales británicos (entre ellos la Cámara de los Lores) y tras 503 días de arresto en Londres, en marzo de 2000 llega a Chile tras ser liberado por motivos de salud, después de un examen médico que declara que Pinochet no estaba en condiciones de comparecer ante un tribunal.

Las querellas presentadas en el Estado de su nacionalidad son examinadas. La Corte de Apelaciones de Santiago le retira al antiguo dictador la inmunidad como “ex-presidente” vitalicio, que se le había otorgado en marzo de 2000 por enmienda constitucional, por el caso de la “Caravana de la Muerte”.

El procedimiento fue suspendido por la Corte de Apelaciones de Santiago por motivos médicos.

Pinochet fallece finalmente el 10 de diciembre de 2006.

CUESTIONES

1) ¿Los tribunales españoles tenían competencia para juzgar a Pinochet, en el momento en que se interpuso la querrela, cuando se encontraba en Londres? Ante esos mismos hechos ¿los tribunales españoles, en la actualidad, tendrían competencia para juzgar a Pinochet?

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

3) ¿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?

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

5) ¿Puede afirmarse que se cometió delito de genocidio?

6) ¿Hubiera sido competente la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de Pinochet?

DICTAMEN

Cuestión I: ¿Los tribunales españoles tenían competencia para juzgar a Pinochet, en el momento en que se interpuso la querrela, cuando se encontraba en Londres? Ante esos mismos hechos ¿los tribunales españoles, en la actualidad, tendrían competencia para juzgar a Pinochet?

1. Competencia por parte de los tribunales españoles

1.1. La competencia española en 1998

Es necesario aludir, en primer lugar, que el principio de legalidad exigido por la Constitución Española en sus artículos 9.3 –legalidad en sentido amplio- y 25.1 –legalidad penal, estrictamente-. De este modo, el Parlamento ha de atribuir al Poder Judicial las facultades pertinentes para poder enjuiciar criminalmente e imponer penas, para garantizar los derechos de los ciudadanos.

La competencia de los tribunales españoles para conocer de un proceso penal, como es el narrado, viene dada, desde su promulgación, por el artículo número 23 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial (LOPJ).

Entre 1998 y el momento actual se han sucedido las reformas de este artículo, siendo uno de los más modificados de la totalidad de la LOPJ. El contenido de estas reformas será expuesto posteriormente.

Este artículo establecía cuatro criterios sobre los que se permitía la posibilidad de ejercer la jurisdicción por parte de España en el orden penal. En 1998, la LOPJ establecía estos criterios del siguiente modo:

- Criterio de territorialidad (artículo 23.1 LOPJ): este criterio implica que *“(...) 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”*.

- Criterio de personalidad activa (artículo 23.2 LOPJ): se establece que se *“(...) 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 se cumplan los tres requisitos:*

- a) *Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.*
- b) *Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien 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 le corresponda”.*

- Criterio de “protección de los intereses estatales”¹ (artículo 23.3 LOPJ): Se trata de extender la jurisdicción a hechos delictivos perpetrados contra intereses nacionales, sin importar el lugar ni la nacionalidad de la persona que lo haya cometido.

Estos delitos son: “De traición y contra la paz o la independencia del Estado; contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; rebelión y sedición; falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales, falsificación de moneda española y su expedición; cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; los relativos al control de cambios”.

Como se puede comprobar, se dotaba al Estado de competencia en caso de que viese coaccionados intereses fundamentales².

No podría ser este el criterio de conexión en el caso presentado, en relación al asesinato del diplomático español Carmelo Soria Espinoza, puesto que desempeñaba sus funciones para la ONU, no para el Estado español.

- Criterio de jurisdicción universal (artículo 23.4 LOPJ): *“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: Genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.*

¹ ALONSO, E. P. (2012). “Las últimas reformas del Principio de Justicia Universal legalizadoras de la Jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo Español”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 32.

² Harvard Research in International Law (1935), “Jurisdiction with respect to Crime”, 29 *American Journal of International Law, Supplement*, p. 435.

Este criterio se trata de “*uno de los instrumentos fundamentales de colaboración entre los Estados para la persecución de delitos con trascendencia internacional*”³, dado que se trata de tipos penales de suma gravedad para la comunidad internacional

Adicionalmente, en el artículo 24.5 se establecía que en los supuestos del ámbito de los artículos 23.3 y el 23.4 LOPJ es necesario “*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 le corresponda*”. Por tanto, se les une el requisito de que el Estado en cuyo territorio son llevados a cabo tales comportamientos no tomen las medidas legales que se consideren apropiadas.

Una vez examinados los cuatro criterios por los que unos hechos puedan ser conocidos por los tribunales españoles, es necesario subsumir los antecedentes de hecho en la norma procesal vigente en el año 1998.

En el “caso Pinochet”, relatado por los antecedentes de hecho, era el cuarto criterio, el de jurisdicción universal, el adecuado para afirmar el establecimiento del proceso penal en España, puesto que los tres delitos que se le imputaban eran terrorismo, genocidio y torturas, viniendo recogidos los tres en el artículo 23.4 LOPJ.

1.2. La hipotética competencia española en la actualidad

1.2.1. La modificación del artículo 23.4 LOPJ

El artículo 23.4 de la LOPJ ha sido modificado en un total de cinco ocasiones entre el año 1998 y la actualidad, bien por el establecimiento de nuevos tipos penales incluidos, bien por modificaciones a la hora de conectar cada caso con la posible competencia jurisdiccional de nuestro país.

Las sucesivas modificaciones de este apartado, hasta el año 2014, aumentaron los tipos penales que se podrían perseguir de forma universal, llegando a añadirse los delitos de prostitución y corrupción de menores e incapaces –modificando la redacción anterior, en virtud de la disposición final de la LO 11/1999, de 30 de abril-; tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores –delito añadido por la LO 13/2007, de 19 de noviembre-; y los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encontrasen en España –añadido por la LO 3/2005, de 8 de julio-.

³ MARTÍNEZ GUERRA, A. (2014). “La reforma de la ‘molesta’ Jurisdicción Universal y sus primeras consecuencias”, en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 117-142.

La última de estas reformas se produjo con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2014, relativa a la modificación de la LOPJ, en materia de justicia universal, la cual introduce grandes novedades en el artículo 23.4.

Según la exposición de motivos de esta LO, el propósito de la misma es ajustar la “(...) *extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles, [la cual] debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, [por] el consenso de la comunidad internacional*”. Este razonamiento plasmado en la exposición de motivos se vio reafirmado en la sesión del Senado en la que se debatió esta LO, con manifestaciones como “(...) *El objetivo de esta reforma es (...) establecer en nuestra legislación interna una delimitación del principio de jurisdicción universal de acuerdo con lo previsto en los tratados internacionales*”⁴.

La modificación de las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción española más allá de las fronteras españolas trae consigo una severa limitación en la posibilidad de procesar a un individuo por los todos crímenes previamente citados.

Esta reforma legal ha sido fuertemente criticada por numerosos expertos⁵, tanto por la forma en la que se realizó como por su contenido.

En primer lugar, es necesario analizar el contexto social de la reforma. En el sumario 63/08, también conocido como “caso Tíbet”, en octubre de 2013 la Audiencia Nacional estimó el recurso de apelación presentado por los querellantes, ampliando la querrela por supuesto delito de genocidio hacia Hu Jintao, ex presidente de la República Popular China y persiguiendo también a Jiang Zemin, ex presidente de China y Secretario General del Partido Comunista Chino. Ante estos hechos, el portavoz del Ministerio de Exteriores chino, Hong Lei, en una rueda de prensa expresó, en nombre de China “*su fuerte malestar y su firme oposición a las instituciones españolas que, ignorando la posición china y siendo inconsistentes con previas declaraciones, manipulan este asunto*”⁶. En el mismo sentido, y de forma más vehemente, Zhu Weiqun, presidente de la Comisión de Asuntos Étnicos y Religiosos del órgano consultivo del Parlamento chino, proclamó: “*¡Qué sigan adelante si se atreven!*”⁷.

⁴ Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, núm. 286, de 10 de marzo de 2014, p. 11.

⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2014). “El fin del modelo español de jurisdicción universal”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, (27), pp. 2-40, o CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2014). “Del intento de acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: Examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4(5), pp. 161-173.

⁶ RTVE (20/11/2013): “*La AN ordena detener al expresidente chino Jiang Zemin por genocidio en el Tíbet*”, <http://www.rtve.es/noticias/20131120/an-ordena-detener-expresidente-chino-jiang-zemin-genocidio-tibet/796781.shtml>

⁷ Diario El Mundo (29/03/2014): “*Pólvora china para dinamitar la justicia universal*” <http://www.elmundo.es/opinion/2014/03/29/53356a98268e3e97408b4574.html>

Esta crisis diplomática se saldó con la promulgación de la LO 1/2014 pocos meses después, con suma celeridad, puesto que apenas dos meses después de estas declaraciones, la propuesta de reforma ya se encontraba admitida a trámite en el Congreso de los Diputados.

La citada Ley Orgánica no solo establece la reforma del artículo 23.4 LOPJ, en los restrictivos términos que se analizarán a continuación, sino que también establece en la Disposición Transitoria Única que *“las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreesidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”*, quedando zanjados no solo el caso del Tíbet, sino otros casos, como los relativos al delito de tráfico de drogas a escala internacional⁸.

1.2.2. Criterios para determinar la hipotética competencia española en la actualidad

Los criterios enumerados en la norma establecen que el autor únicamente pueda ser perseguido, para el caso de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, en caso de ser español, o extranjero que resida habitualmente en España, o que se encontrase en el país y su extradición hubiera sido denegada. De este modo, la posibilidad de procesar a Pinochet por el crimen de genocidio no habría sido posible.

Otro de los nuevos criterios es el concerniente al delito de terrorismo. La reforma del artículo 23.4, en su apartado e) establece que, para tener competencia los tribunales españoles, *“deberá concurrir cualquiera de las siguientes condiciones: que (...) 4º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos(...)”*. El de terrorismo es el tipo delictivo para el que la nueva legislación se reserva un mayor número de supuestos.

La única persona que, de acuerdo a los antecedentes de hecho, cumple algún requisito expresado en la nueva redacción del artículo 23.4, en su apartado e), es Carmelo Soria Espinoza, persona de nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos.

De acuerdo a la Comisión Interamericana de DDHH⁹, Soria fue *“detenido por un grupo de militares adscritos a la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) que integraban una brigada de dicho organismo denominada Mulchén, trasladado en su propio automóvil a un inmueble (...), donde fue sometido a interrogatorios, apremios*

⁸ Auto AN (Sala de lo Penal, Pleno), núm. 21/2014, de 6 mayo, o Auto AN (Sala de lo Penal, Pleno), núm. 37/2014 de 30 junio.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe núm. 133/99, caso 11725 (19 de noviembre de 1999).

físicos y finalmente, muerto por sus aprehensores que, al parecer, se encontraban investigando con anterioridad a estos sucesos presuntas actividades de índole política desarrolladas por el nombrado Soria Espinoza.

Estos hechos son constitutivos del delito de homicidio (...), delito que sus autores inmediatamente después de perpetrado procuraron ocultar simulando un desbarrancamiento [sic] del automóvil Volkswagen propiedad de la víctima ocasionado por un también fingido estado de embriaguez de su conductor”.

Según el Auto de la Sala de lo Penal, Sección 3ª de la Audiencia Nacional, de 4 de noviembre, en el Fundamento Jurídico Sexto, sobre la tipificación de los hechos imputados como terrorismo *“en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales (...), [existe] la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaliéndose de ella”.*

“La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población) y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada”.

Según la sentencia de la Corte Suprema de Chile, de 8 de julio de 2010 (“Caso Prats”), Augusto Pinochet, desde 1974 hasta 1977, en su cargo de presidente de la República de Chile y presidente de la Junta Militar del Gobierno de Chile fue responsable de la DINA, la cual es necesario reiterar que se constituyó *“con el objeto de atentar contra aquellas personas residentes en Argentina y otros países que eran consideradas ‘enemigas’ o un peligro para el Gobierno Militar de Chile”*, según la propia sentencia.

Por tanto, el homicidio de Carmelo Soria Espinoza cumple todos los requisitos que la jurisprudencia impone para calificar los hechos narrados como acto terrorista, puesto que además, los actos tienen una tendencia subversiva hacia el orden jurídico o social de Chile. Tanto los autores materiales de los hechos como las personas a cargo de la DINA –consecuentemente, Pinochet– podrían ser imputadas por este delito, según el artículo 571 del Código Penal español.

En lo concerniente a las torturas, según la nueva redacción del artículo 23.4, estas han de ser perpetradas *“(…)contra un español, o la víctima [tuviese] nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito [encontrarse] en territorio español”.*

De nuevo, la reforma del artículo restringe en gran medida los casos de procesamiento por parte de los Tribunales españoles. De este modo, el último condicionante impuesto por la nueva norma exige que se encuentre en España la persona que haya cometido el delito, algo que no sucedió en el caso de Pinochet, quien se encontraba en Londres.

Indudablemente, la restricción a este único delito, en lugar de los tres delitos imputados anteriormente, reduce de forma notoria la entidad, a la luz de la legislación procesal española actual, de los hechos expuestos, por lo que se tornaría más improbable su extradición, en el hipotético caso de que la situación narrada en los antecedentes de hecho se diese en la actualidad.

Teniendo en cuenta únicamente la base normativa citada, solamente se podría imputar a Pinochet el delito de terrorismo, pero aplicando la cláusula de salvaguardia del derecho internacional convencional, expuesta en el apartado p) del 23.4, establecido por la LO 1/2014.

Como exponen los votos particulares emitidos en el auto del Pleno de la Audiencia Nacional 38/2014, de 2 julio, por el que se archiva la causa sobre genocidio en el Tíbet, el citado apartado p) de la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ deja abierta la puerta a una posible competencia española: *“Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente (...) o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”*.

Las disposiciones de un tratado no pueden ser modificadas o eliminadas por una ley, según el tenor literal del art. 96.1 de la Constitución Española. En consecuencia, la hipotética competencia de España también podría ser sostenida con este argumento, al establecer el artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra, del cual es firmante España, que cada Estado parte del mismo tendrá *“la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves [en las que se encuadra el “caso Pinochet”] y deberá hacerla comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad”*.

La interpretación literal del citado artículo no establece limitación alguna. Esta cláusula, junto a la comparación de la misma con la de otros tratados, permite afirmar con rigor la existencia del deber de investigar y perseguir este tipo de crímenes.

2. La jurisdicción universal

La jurisdicción universal es un elemento esencial a la hora de perseguir los crímenes que vulneran los Derechos Humanos (DDHH). La protección internacional de los DDHH ha sido un asunto esencial para la comunidad internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Prueba de ello es el abundante número de documentos encargados de promocionarlos, que promueven la persecución de sus violaciones.

Entre estos documentos se pueden destacar la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1945, la Declaración Universal de los DDHH, de 10 de diciembre de 1948, los Convenios de Ginebra de 1949, el Convenio para la protección de los DDHH y de las libertades fundamentales de Roma (1950), los Pactos Internacionales de DDHH adoptados por la Asamblea General de la ONU en 1966 o, en el plano europeo, el Convenio Europeo de DDHH.

Pero la protección de los DDHH a nivel mundial no es un asunto del que deban escabullirse los Estados, de forma individualizada. Guiados por estos principios, los sistemas judiciales de Estados como Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Noruega, Países Bajos o Reino Unido¹⁰ han ejercido la jurisdicción universal.

El juez brasileño Antonio Cançado Trindade, presidente de la Corte Interamericana de DDHH y, desde 2009, magistrado de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), completa la definición de la jurisdicción universal y la sitúa en la coyuntura actual, afirmando que:

“(...) el principio de la jurisdicción universal (...) trasciende la dimensión interestatal, al salvaguardar valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional como un todo. (...) La credibilidad de la justicia internacional se sostiene por la sólida fundamentación de sus sentencias y decisiones. El hecho de que haya grandes potencias que no aceptan la jurisdicción internacional en relación con sus propios ciudadanos afecta la credibilidad de dichas potencias, y no de la justicia internacional”¹¹.

La aplicación de este principio ha de estar sujeto, como en todos los procesos, a las obligaciones de independencia y responsabilidad, las cuales se erigen como garantía del sometimiento al Derecho a la hora de ejercer la potestad jurisdiccional en cualquier tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado -de acuerdo a lo establecido en el art. 117 CE-, como recuerda ALONSO (2012)¹². De esta manera, los

¹⁰ Amnistía Internacional (2014): “Jurisdicción Universal” <http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/universal-jurisdiction>

¹¹ Diario El País (31/03/2014): “Más allá de los Estados, están los seres humanos que los componen”, http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/31/actualidad/1396300000_175731.html

¹² ALONSO, E. P. (2012). “Las últimas reformas del Principio de Justicia Universal legalizadoras de la Jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo Español”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 32.

jueces y magistrados, del mismo modo que los ciudadanos y el resto de poderes públicos, se encuentran sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), como requisito elemental e indispensable del Estado de Derecho (art. 1.1 CE).

El TS¹³ ha admitido algunas limitaciones en la puesta en práctica de la jurisdicción universal, afirmando que *“el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (art. 2.7. de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los Derechos Humanos, pero estas limitaciones solo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados, o sea decidida por la Comunidad Internacional”*. De esta afirmación, se infiere que ha de ponderarse el alcance de este criterio con arreglo a criterios de racionalidad.

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2014, la cual limita de forma intensa los criterios de conexión, las posibilidades de que los Tribunales españoles conozcan de un caso a merced de este principio se han reducido, por voluntad de los legisladores, en la mayor parte de casos, al cumplimiento de los “compromisos internacionales adquiridos”, haciendo corresponder este principio a más a la esfera del Derecho Internacional que del Derecho interno español, desnaturalizando, en cierto modo, este criterio.

3. La irretroactividad en la norma procesal y la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad

Continuando con la cuestión procesal del caso, se puede plantear la pregunta sobre si los Tribunales españoles son competentes para conocer de este caso, puesto que la mayor parte de los crímenes narrados son previos a la entrada en vigor de la LOPJ, en el año 1985.

Esta cuestión se solventa acudiendo al artículo 2 del Código Civil (CC), en el que se establece que *“las leyes se derogan por leyes posteriores, con el alcance que determinen”*, y que *“las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”*.

Esto significa, orientando esta norma al aspecto procesal, que todos los procesos que surjan con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley procesal, independientemente del momento de comisión del delito, se rigen por ella¹⁴, al amparo de lo establecido por el artículo 9.3 de la Constitución Española, como

¹³ STS 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

¹⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L. (2000), “Algunas precisiones en torno a la aplicación de la Ley procesal española en el tiempo en el caso Pinochet”, en García Arán, M., y López Garrido, D.: *“Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet”*, Valencia, pp. 89-99.

confirma la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁵: “*lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*”, tesis apoyada por GÓMEZ Y HERCE (1981)¹⁶, quienes afirman, con contundencia, que es aplicable el derecho procesal nuevo para proceder por hechos acaecidos en el momento en el que la ley derogada desplegaba efectos.

En caso de que entre en vigor una nueva norma procesal cuando hay un proceso en trámite, las disposiciones transitorias de las últimas reformas legislativas en materia procesal¹⁷ disponen que la ley derogada se aplica hasta la finalización de una fase del proceso, y las posteriores -segunda instancia, por ejemplo- se rigen por la ley vigente.

También es necesario recordar, de la mano de GARCÉS (1997)¹⁸ la imprescriptibilidad de este tipo de delitos a nivel internacional. La Resolución 291 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha de 9 de diciembre del año 1968, en la cual se aprobó la Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad contiene una disposición sumamente relevante a estos efectos. En su artículo 1, apartado b) se afirma que “*cualquiera que haya sido la fecha en que han sido cometidos, son imprescindibles (...) los crímenes contra la Humanidad, tanto si han sido cometidos en tiempo de guerra como en tiempo de paz (...), inclusive si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país en el que han sido cometidos*”.

La promulgación de la LO 5/2010 supuso la incorporación de la imprescriptibilidad de este tipo de delitos al Código Penal, modificando el tenor literal del artículo 131.4 CP: “*Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (...), no prescribirán en ningún caso*”.

¹⁵ SSTC 42/1986, de 10 de abril, 99/1987, de 11 de junio o 227/1988, de 29 noviembre.

¹⁶ HERCE QUEMADA, V., GÓMEZ ORBANEJA, E. (1981). “*Derecho Procesal Penal*”, 9ª Edición. Madrid.

¹⁷ Ley 34/1984 y Ley 10/1992.

¹⁸ GARCÉS, J. E. (1997). “*Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional*”, en *Jueces para la democracia*, (28), pp. 92-99.

4. Ley de amnistía chilena

Una cuestión que surge al analizar el caso y el artículo 23.5 de la LOPJ es si Pinochet había sido absuelto, penado o indultado previamente por estos actos, en cuyo caso la competencia para conocer por estos delitos por parte de España sería descartable.

El motivo por el que no se llevó a cabo ni absolución, ni condena, ni indulto en este caso, es por la promulgación del Decreto de amnistía chileno (Decreto 2191, de 18 de abril de 1978). Se trata de una norma despenalizadora de conductas, lo cual impide que se comience cualquier tipo de proceso judicial ante esas acciones. Como consecuencia, sin proceso no hay ni absolución ni condena.

En el Auto de 5 de noviembre de 1998 de la Audiencia Nacional se recuerda que este Decreto no puede equipararse a un indulto, puesto que se trata de una norma que declara una conducta como no punible en el estado chileno, de acuerdo a la jurisprudencia española.

Ese caso es una situación jurídica distinta al indulto, dado que este se puede definir como la acción del poder ejecutivo por la que se declara extinguida o modificada la pena atribuida por un juez o tribunal en una sentencia firme, constituyendo una excepción al normal funcionamiento de la Administración de Justicia¹⁹. En España, de acuerdo al art. 62.i) CE, es función del Rey ejercer este derecho de gracia, con arreglo a lo que establezca el poder legislativo.

Para que haya indulto tiene que haber habido pena. Por consiguiente, si no existe proceso, no existe pena; y si no existe pena, no se da la posibilidad de otorgar el indulto.

Como recuerda AGUILAR (2011)²⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que las leyes de amnistía, sean “*auto-amnistías*”, es decir, sean decretadas por un individuo instalado en el poder que hubiese violado los DDHH; o bien sean adoptadas por parte de los propios de forma democrática, no están permitidas y no son admisibles por el Derecho Internacional. En consecuencia, este decreto chileno carecería de eficacia ante el Derecho Internacional.

¹⁹ Siguiendo la definición dada en DOVAL PAIS, A., BLANCO CORDERO, I., FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., VIANA BALLESTER, C., SANDOVAL CORONADO, J. C. (2012). “Las concesiones de indultos en España (2000-2008)”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*. 2011, pp. 9-27.

²⁰ CAVALLO, G. A. (2012). “Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional”, en *Revista Tribuna Internacional*, 1(2), pp. 9-45.

5. Inmunidad de los jefes de Estado ante el delito de genocidio

Resuelta esa cuestión, es necesario concretar el concepto de inmunidad. Según la RAE, la inmunidad se define como la “*prerrogativa de los senadores y diputados a Cortes, que los exime de ser detenidos o presos, salvo en casos que determinan las leyes, o procesados y juzgados sin autorización del respectivo cuerpo colegislador*”.

Por tanto, se trata de un privilegio que, de forma genérica, impide que una persona sea arrestada, procesada o juzgada.

En primer lugar, hay que puntualizar que el hecho de que Pinochet Ugarte portase, en el momento de la detención, un pasaporte diplomático no le otorgaba la condición de diplomático²¹, dado que la entrega de ese pasaporte es un acto unilateral del Estado que lo concede, que no confiere instantáneamente ningún tipo de inmunidad.

Solamente cabe hablar de inmunidad diplomática cuando existe una misión diplomática acreditada, algo que no sucedió en este caso, como declaró el ministro de Relaciones Exteriores chileno, José Miguel Insulza²²: “*Las personas que acompañaban a Pinochet nunca comunicaron a la cancillería la fecha del viaje, esencial para poder transmitir a un Gobierno extranjero que admita la misión diplomática*”.

En España, en el plano del derecho interno, la Constitución Española solamente otorga inmunidad a los Diputados y Senadores (art. 71) e inviolabilidad al Rey (art. 56.3) –en lo que se denomina como “inmunidad de los jefes de Estado”–, por lo que la inmunidad de Pinochet no sería ajustada a Derecho en España.

En el plano del Derecho Internacional, el concerniente en este caso, podemos definir al principio de inmunidad como aquél por el que un Estado no puede ejercer jurisdicción sobre actos practicados de forma legal por un Estado extranjero. El principio de inmunidad persigue impedir que los Estados obstaculicen los actos públicos llevados a cabo por los Estados extranjeros²³.

Este principio posee una restricción. Existe un límite del principio de inmunidad, proporcionado por el principio de jurisdicción universal, cuando la

²¹ HOMAZÁBAL MALAREÉ, H. (2000), “La inmunidad del jefe de Estado”, en *vid.* García Arán, M., y López Garrido, D.: “*Crimen internacional (...)*”, Valencia, pp. 164-165.

²² Diario El País (21 de marzo de 1999): “De saber lo de Londres, habría pensado que estaba loco”. http://elpais.com/diario/1999/03/21/internacional/921970815_850215.html

²³ Siguiendo la definición de MILK, M. E. R. (2012). “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, en *Agenda Internacional*, 15 (26), 69-106.

persona titular de esta prerrogativa cometa crímenes contra la humanidad. Esta circunstancia se conoce como principio de la irrelevancia del cargo, y ha sido recogido desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, hasta el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, en su artículo cuarto. Como consecuencia de este Convenio Internacional, los Estados parte afirman que ningún jefe de Estado es inmune si comete delitos de genocidio. Al encontrarse España adherida a este Convenio, su vigencia es plena.

Uniéndose a lo afirmado en el artículo 4 del Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, es necesario puntualizar que Pinochet Ugarte no gozaba de ningún tipo de inmunidad en el momento de su detención, ni en el momento de la comisión de los hechos. En primer lugar, por lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Chile de 18 de septiembre de 1925, vigente hasta 1980: *"Ninguna Magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya concedido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo"*.

Con esta disposición vigente, se niega la posible inmunidad de cualquier individuo chileno en el momento de comisión de algunos de los delitos citados en los antecedentes de hecho.

Podría argumentarse, adicionalmente, que la inmunidad que podría ostentar Pinochet sería la inmunidad soberana.

La inmunidad soberana se establece con el objeto de imposibilitar que los gobiernos extranjeros y sus pertenencias se encuentren sujetos a la jurisdicción de otros países, en actos de gobierno. Esta inmunidad no sería de aplicación, en primer lugar, porque la aplicación de la inmunidad soberana es voluntaria. Adicionalmente, aquí es donde actuaría el límite comentado, por el que se desecha esta posibilidad si el mandatario ha realizado crímenes contra la humanidad: no es admisible pensar que la comisión del delito de torturas o de otros crímenes contra la humanidad pueda ser un acto propio de ningún gobierno.

Apostillando los argumentos ya esgrimidos, queda por resolver la duda sobre si esta inmunidad también se desestima en la esfera del derecho inglés, lugar en el que se detuvo a Pinochet. Lord Saville of Newdigate, en la Decisión de la Cámara de los Lores que autoriza la extradición del general Pinochet, de 24 de marzo de 1999, afirmó que, con la ratificación de Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes por parte del Reino Unido, se puede afirmar que Pinochet perdió la inmunidad, puesto que esta Convención se ocupa de la tortura "oficial". No cabe pensar que existe inmunidad si *"cada Estado parte ha acordado que otro Estado parte pueda ejercer jurisdicción sobre torturadores oficiales que se encuentren en su territorio"*.

6. Órgano instructor y enjuiciador del caso en España

Una vez afirmada la competencia de los Tribunales españoles para conocer del caso en el año 1998, es necesario aludir a qué órganos deberían encargarse de la instrucción y enjuiciamiento del caso en aquel momento.

En el Capítulo II del Título IV de la LOPJ encontramos la primera respuesta a este interrogante, concretamente en el artículo 65, apartado e), en el que se establece la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para enjuiciar los *“delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles”*, y los delitos conexos a estos.

La instrucción del caso es competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción (JCI), tal y como establece el artículo 88 LOPJ, en el cual se establece que estos *“instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”*.

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

1. El criterio de personalidad pasiva

El criterio de la personalidad pasiva no presta atención al sujeto activo –a la persona que realiza el acto ilícito–, sino que recurre a focalizar su atención en el sujeto pasivo, también denominado como bien jurídico protegido del delito. Los casos que la justicia española había perseguido apoyándose en el criterio de la jurisdicción universal hasta el año 2009 no habían enjuiciado, en ningún caso, los delitos cometidos contra los españoles de forma diferenciada o de forma exclusiva.

En 2009, la reforma del artículo 23.4 LOPJ, abrió la puerta a esta figura, proveniente del campo del Derecho Internacional. El criterio de personalidad pasiva emergió a partir de su reconocimiento en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

En su artículo 5.1.c) se establece que *“Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos [de tortura] cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado”*.

Inspirándose en esta redacción la LO 1/2009 estableció que, para conocer de los delitos perseguidos en el art. 23.4 LOPJ –mencionados con anterioridad–, *“deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España”*.

Desde entonces, la legislación española ha aceptado el principio de personalidad pasiva, principio que ha seguido teniendo vigencia con la entrada en vigor de la LO 1/2014, comentada previamente, en la que el hecho de que la víctima tenga nacionalidad española es un criterio de conexión para delitos como tortura, desaparición forzada, terrorismo, o delitos contra la libertad e indemnidad sexual que se cometan fuera del territorio nacional.

Países de nuestro entorno como el Reino Unido, Irlanda, Alemania, Finlandia, Francia, Italia, Bélgica, Portugal y Grecia²⁴ (estos cinco últimos con criterios más restrictivos que los primeros cuatro), además de los Estados Unidos tienen este principio incorporado a su ordenamiento jurídico.

²⁴ Según MÁRQUEZ CARRASCO, M. D. C., MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. (2011). “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (11), pp. 251-307.

2. Imposibilidad de establecer la competencia española en 1998 con base en el criterio de personalidad pasiva

Según la redacción del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente en el año 1998, no es necesario que quienes sufrieron las violaciones masivas de DDHH hubieran tenido la nacionalidad española. El criterio de jurisdicción universal, único criterio válido, como se ha señalado en la Cuestión I, no requiere ningún nexo entre el delito y el Estado de foro, dado que su razón de ser está solamente ligada a la naturaleza del crimen, sin importar el lugar de comisión ni la nacionalidad de ninguno de los sujetos involucrados²⁵.

Uno de los criterios que el citado artículo –concretamente el segundo apartado– establecía para que España pudiese conocer de un caso en el orden penal era el criterio de personalidad activa, es decir, que España tendría competencia sobre “*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 (...)*”.

Este criterio, reiteramos, se conoce como criterio de personalidad activa, y no cabe confundirlo con el criterio de personalidad pasiva, que es el planteado en la Cuestión II. Consecuentemente, España habría sido competente igualmente si ninguna persona de nacionalidad española hubiese sufrido una violación de sus Derechos Humanos.

²⁵ JESSBERGER, F., KALECK, W. (2009), *Concurrencia de Jurisdicciones en Derecho Internacional*, European Center for Constitutional and Human Rights, Berlin.

Cuestión III: ¿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?

1. La extradición. Aspectos generales.

La extradición es un procedimiento reconocido constitucionalmente –en su vertiente pasiva-, dado que en el artículo 13.3 CE se menciona que *“la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad (...)”*. La doctrina²⁶ entiende que se pueden entender principios inspiradores a la extradición activa, a la luz de este precepto.

La extradición activa ha de entenderse como el procedimiento consistente en la entrega, por parte de las autoridades de un tercer Estado, de una persona a las autoridades españolas, con el objeto de que esta pueda ser procesada y/o condenada en España; la extradición pasiva se entenderá como el procedimiento inverso.

Su naturaleza viene descrita en el Auto de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 1989 como un procedimiento que *“no es (...) penal, sino que tiene pretensiones mucho más simples, cuales son las de determinar si concurren o no los requisitos, formales casi siempre, para que una persona que se encuentre dentro de un país sea entregada a otro para ser juzgada y ser sometida a un proceso penal en el que se determinará su responsabilidad”*.

Existen varios cuerpos legales que rigen este procedimiento, en sus dos vertientes. A nivel europeo, el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, rigió hasta la entrada en vigor de la Decisión marco 2002/584 del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros²⁷ -que se desarrolló, a nivel nacional, con la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega-. A nivel nacional, es la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en los artículos 824 y siguientes, la que regula la extradición activa; y la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva la que regula aspectos concretos de esa vertiente.

Es España, de acuerdo al artículo 831 LECrim, la petición de extradición se hará en forma de suplicatorio, dirigido al Ministerio de Justicia, que deberá dar trámite a la solicitud del magistrado, sin capacidad alguna de veto, del mismo modo que sucede con la orden de detención europea.

²⁶ COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J. (1981): “Perfil constitucional de la extradición”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I, Madrid.

²⁷ Esta Decisión marco impulsó la promulgación de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

No sucede así en la extradición pasiva, puesto que es el Gobierno el que tiene la última palabra, como menciona CUERDA (2006)²⁸, sobre si es tramitada o no, del modo que se establece en el art. 6 de la Ley de Extradición Pasiva: “*La extradición no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España*”.

2. La extradición de Pinochet

El procedimiento de extradición de Augusto Pinochet no fue un asunto ni sencillo, ni breve en el tiempo, ni con un final satisfactorio para quienes abogaban por enjuiciar al exdictador en España.

Conviene recordar que el proceso contra Pinochet se inició el día 4 de julio de 1996, cuando la Unión Progresista de Fiscales presentó una querrela por los presuntos crímenes contra la Humanidad, genocidio y terrorismo, cometidos entre los años 1973 y 1990. Una vez evaluado todo el material documental aportado, y tras afirmar la jurisdicción de los tribunales de España en el caso, los días 16 y 18 de octubre de 1998 se dictaron sendos autos de prisión contra Pinochet por parte del JCI núm. 5, librando asimismo órdenes de búsqueda y captura internacionales con fines de extradición. Órdenes similares fueron emitidas, posteriormente, desde Estados como Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Suiza, Suecia o Noruega con el mismo fin.

El día 16 de octubre, Pinochet fue detenido en Londres. Los primeros trámites judiciales en territorio inglés fueron destinados a dirimir si Pinochet poseía inmunidad de algún tipo. Una vez se decidió que no poseía inmunidad de ningún tipo, la cuestión central, sobre la que gravitó el resto del proceso, fue resolver sobre si concurrían los requisitos necesarios para llevar a cabo la extradición.

Es necesario puntualizar que artículo 1 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 obliga a que las partes contratantes se entreguen recíprocamente a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguiesen por algún delito, o buscasen para la ejecución de una pena o medida de seguridad, en caso de que concurren los requisitos que se mencionan a continuación.

Tanto el artículo 2 del citado convenio como la sección segunda de la “*Extradition Act*” inglesa²⁹, de 1989 obligan a que en cada extradición se supere el *test* de doble incriminación, lo que significa que deben concurrir tres requisitos:

²⁸ CUERDA RIEZU, A. (2006). “La extradición y la orden europea de detención y entrega”, en *Revista CENIPEC*, 1 (25).

²⁹ WARBRICK, C., MCGOLDRICK, D. (1999). “III. Extradition Law Aspects of Pinochet 3”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 48(4), PP. 958-965.

- Sustantivo: ¿Sería constituyente de un delito punible con 12 meses de prisión en Inglaterra si la conducta imputada al encausado hubiese tenido lugar en este Estado?

Los delitos de genocidio, terrorismo y torturas poseen sanciones en ambos ordenamientos jurídicos de más de un año de prisión, por lo que el requisito sustantivo sí sería aceptado.

- Locativo: Al tratarse de crímenes extraterritoriales –no sucedidos en el Reino Unido-, es necesario demostrar que estos crímenes también están sancionados por el Reino Unido si suceden más allá de sus fronteras.

Esta circunstancia también se cumple, por lo que este segundo requerimiento no sería obstáculo para la extradición.

- Temporal: La conducta criminal imputada debía haber constituido delito en Inglaterra en el momento en el que esta tuvo lugar, no en el momento de la petición de extradición.

Esta condición fue la más difícil de satisfacer, dado que únicamente el delito de torturas –y conspiración para ejercer torturas- cometido fuera del territorio inglés cumple esta exigencia, y únicamente para los delitos de este tipo cometidos después del 29 de septiembre de 1988, momento en el que entró en vigor la sección 134 de la “*Criminal Justice Act*”. Solamente tres delitos de torturas fueron cometidos en Chile después de esta fecha.

Adicionalmente, la “*Extradition Act*”, en su artículo séptimo, otorga poder al Secretario de Estado para Asuntos Interiores –figura equivalente al Ministro de Interior en España- para paralizar la orden de extradición si, bajo su punto de vista, no concurren los requisitos legales necesarios, por lo que era esta la última de las condiciones que debía ser culminada para que el procedimiento se llevase a cabo.

Fue la *House of Lords* el tribunal encargado de enjuiciar si estas condiciones se cumplían. La primera de sus decisiones fue rechazada parcialmente por el Ministro de Interior³⁰ británico, al entender éste que no cabía la extradición por el delito de genocidio.

Después de la segunda de las decisiones –tras la apelación- tomadas por la “*House of Lords*”, en los términos comentados, sí se aceptó la extradición por parte del Ministro de Interior. Días después, la embajada chilena en Londres pidió un examen médico para Pinochet, dado que su estado de salud era delicado, no solo en el aspecto físico, sino en el aspecto mental, siendo este segundo elemento básico para poder determinar su capacidad de responder en juicio.

³⁰ Home Office. Organised and International Crime Directorate. Judicial Cooperation Unit, Decisión del 9-12-1998.

El examen médico realizado³¹ determinó que no se encontraba en disposición de participar en un juicio, basándose en sus fallos de memoria para acontecimientos remotos, al no conservar un recuerdo vívido de los sucesos transcurridos; su limitada capacidad para comprender frases y preguntas complejas, y su correspondiente incapacidad para procesar adecuadamente la información verbal; y la merma de su capacidad para expresarse de forma audible, comprensible y coherente.

Tras este veredicto por parte de los médicos, el Ministro de Interior británico decidió su repatriación a Chile, desestimando la petición de extradición.

³¹ Diario El Mundo: “El informe secreto sobre el estado de salud del general”.
<http://www.elmundo.es/internacional/chile/pinochet/informemedico/conclusiones.html>

Cuestión IV: Entre los delitos que se le imputaron a Pinochet, ¿cuáles posibilitaban su enjuiciamiento por los tribunales españoles?

1. Delitos que posibilitaban su enjuiciamiento por los tribunales españoles

Los tres delitos que posibilitaban su enjuiciamiento por los tribunales españoles fueron genocidio, terrorismo y torturas. En la próxima cuestión se examinará el delito de genocidio, por lo que en esta se tratarán los delitos de terrorismo y torturas.

1.1. Delito de terrorismo

El delito de terrorismo consiste, según el Código Penal –artículos 560 ss.- en la comisión de determinados delitos por parte de organizaciones terroristas. Se considerarán organizaciones terroristas aquellas agrupaciones que, estando formadas por más de dos personas, tengan carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos y además tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Los delitos que han de perpetrarse para que las actuaciones de estas organizaciones se consideren como terrorismo son:

- Estragos o incendio.
- Homicidio, asesinato, secuestro, detención ilegal, amenazas, coacción o lesiones.
- Depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados.
- La promoción, constitución, organización, dirección, además de la participación activa en la organización. Igualmente, la vigilancia o información de personas o bienes, el traslado de personas y su entrenamiento para realizar los delitos previamente citados, así como cualquier tipo de cooperación o conspiración para que se cometan.

En el contexto concreto del “caso Pinochet”, este delito se cometió de dos formas diferenciadas, tal y como se formula en los antecedentes de hecho.

La primera de ellas consiste en la comisión de esos delitos –por ejemplo, el homicidio de Allende- con objeto de subvertir un orden constitucional equivalente al español –el criterio de jurisdicción universal no sería comprendido de forma válida si solamente se persiguiesen los delitos de terrorismo destinados a subvertir el orden

español-. Por tanto, se requiere que sea un Estado sea social y democrático de Derecho. Aunque esta descripción de terrorismo no existía en España del modo exactamente expuesto, en el momento de realización de los hechos, sí existía una Ley, el Código de Justicia Militar, en el que ya se preveía la persecución universal de los delitos de terrorismo, por lo que el principio de legalidad no queda quebrantado.

Un delito de este tipo es el que se llevó a cabo por la Junta de Jefes de las Fuerzas Armadas, encabezada por Augusto Pinochet, con el golpe de estado en Chile el 11 de septiembre de 1973. Este grupo cumple todos los requisitos mencionados previamente.

Este delito se vuelve a presenciar con la actuación de la DINA. Como recuerda FONTANALS (2012)³², según el estatuto que le dio origen la DINA tenía como objetivo centralizar el poder de inteligencia del Estado. Además, contaba con poderes y recursos prácticamente ilimitados, por lo que su control confirió a Pinochet un baluarte para el ejercicio de un poder personal.

Por tanto, el controlar de forma directa a la DINA –Contreras, jefe de la DINA, respondía ante Pinochet-, tiene como consecuencia que se incluya a Pinochet en su estructura. El hecho de que la DINA formase parte del aparato institucional del Estado chileno no rebajaría ni un ápice la calificación de la misma como organización terrorista, si llevó a cabo la presunta comisión de los asesinatos, secuestros o detenciones ilegales mencionados en los antecedentes de hecho.

1.2. Delito de torturas

En segundo lugar, se analizará la presunta comisión del delito de torturas. Estas se definen, según la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, como *“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 infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejército de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”*.

La comisión de este tipo de delitos se lleva a cabo, según el auto del JCI núm. 5, de 3 de noviembre de 1998, desde el día en el que se lleva a cabo el golpe de estado, cuando colaboradores del presidente Allende y parte de su guardia presidencial fueron sacados del Palacio de la Moneda y llevados al Regimiento Tacna, sitio en el que fueron torturados.

³² FONTANALS, G. H. (2012): *Personalización, organización colegiada e institucionalización: Pinochet, la Junta y la Constitución de 1980*. INSTITUTE OF IBEROAMERICAN STUDIES, pp. 27-49.

En cuanto a la práctica de torturas, todas se ejecutaban con similar intensidad, sin importar edades o sexo, aunque eran especialmente crueles cuando se trata de determinados colectivos, como, por ejemplo, el de los judíos. Generalmente, se trataba de personas detenidas por sus manifestaciones ideológicas o su pertenencia a determinados sectores de la población.

Se consumaban en los lugares de detención, cuyo funcionamiento contaba con la autorización y consentimiento de la Junta de Gobierno presidida por Augusto Pinochet. Los tratamientos registrados consistían en simples golpes violentos y continuados hasta producir fracturas y derramamiento de sangre; otro método era el mantener a los detenidos tumbados hacia abajo en el suelo o de pie, desnudos, bajo luz constante, con la cabeza cubierta con capuchas, amarrados, o en nichos; la negación de alimentos, agua, abrigo o necesidades similares. La realización de procesos de semiasfixia mediante agua, sustancias malolientes y excrementos; la aplicación de electricidad en los testículos, lengua y vagina; violaciones sistemáticas, etcétera.

Además, las torturas eran vigiladas y dirigidas por médicos que atendían a las víctimas, lo que permitía que no llegasen a fallecer a causa de ellas, para poder seguir ejerciéndolos sobre ellos, lo que aumenta el carácter inhumano de los mismos.

Estos tratamientos habrían infringido las disposiciones establecidas en la Convención contra la tortura.

Cuestión V: ¿Puede afirmarse que se cometió delito de genocidio?

1. El genocidio

El término “genocidio” es un neologismo creado en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial por Raphael Lemkin³³, un jurista bielorruso de origen judío. Esta palabra surge de la unión de la palabra griega *genos* –raza, tribu- y la palabra latina *cide* –matar-. Tiene como significado originario la existencia de *“un plan coordinado de diferentes acciones que tienen como objetivo la destrucción de los pilares esenciales de la vida de grupos nacionales”*.

La aniquilación de estos pilares comprende la liquidación de las instituciones políticas y culturales, la cultura, la lengua, los sentimientos nacionales, la religión y la subsistencia económica de grupos nacionales. Las acciones genocidas se toman contra los grupos nacionales como ente único, contra los individuos que forman estos grupos en su condición de miembros de los mismos, no contra su capacidad individual.

Este término completa su definición gracias a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU. En su artículo segundo se delimitan los actos de genocidio como aquellos perpetrados con la intención de destruir, de forma total o parcial, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, mediante los actos de *“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 su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”*.

España se encuentra adherida a esta convención desde 1971, momento en el que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, de reforma parcial del Código Penal.

Por tanto, para que este delito se consume, no es necesario que el autor o autores del mismo logren el resultado final que pretenden con su actuación –la destrucción del grupo-, sino que simplemente basta con que se logre alguno de los resultados –muerte, lesiones, traslado por fuerza de niños...- cumpliéndose el requisito de la intención –elemento clave- de destruir al grupo³⁴

³³ LEMKIN, R. (1944). *Axis rule in occupied Europe*. Carnegie Institute for International Peace, pp. 79-95.

³⁴ VAN DER VYVER, J.D. (2004), “International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law”, en *The University of Miami International and Comparative Law Review*, Núm. 12, pp. 57-149.

2. ¿Puede considerarse que Pinochet cometió delito de genocidio?

En la definición dada por la Asamblea General de Naciones Unidas, no se incorpora la posibilidad de que la motivación del delito de genocidio sea el exterminio de un grupo político –no se puede incardinar este grupo a un grupo cultural o a un grupo religioso-. Adicionalmente, en el artículo séptimo de la citada Convención se establece que el genocidio no será considerado como delito político.

Por tanto, bajo el punto de vista del Derecho Internacional, no se puede afirmar que los actos mencionados en los antecedentes de hecho constituyan delito de genocidio. De hecho, este es el razonamiento que sostuvo el Ministerio de Interior del Reino Unido al negar el delito de genocidio como causa de extradición de Pinochet a España.

Según PÉREZ (2014)³⁵, son muchos los autores que reclaman la incorporación de los grupos políticos a los conjuntos susceptibles de sufrir el genocidio. Justificando esta afirmación, sostiene que no existe una gran diferencia entre los grupos políticos en la actualidad y los grupos religiosos antaño.

El auto del JCI núm. 5, de 3 de noviembre de 1998, explica la imputación de Pinochet por el delito de genocidio, de tal modo que la Junta, liderada por el exdictador, perseguía el fin de un grupo nacional, de común origen, pero diferenciado dentro de una misma nación. *“Generalmente, la cohesión del grupo es étnica (...) pero no son ajenas a esta idea otras señas diferenciadoras (...). Destruir total o parcialmente a los escoceses, catalanes, vascos o corsos por el mero hecho de serlo, sería, sin duda, un genocidio de grupos nacionales no necesariamente étnicos, con independencia de si ello se hiciera por motivo de su lengua, tradición, pretensiones territoriales o ideología, ya que lo decisivo es que la destrucción del grupo habría estado motivada, precisamente, por su pertenencia a tal grupo nacional cohesionado en torno a cualquier rasgo común diferenciador permanente”*. Del mismo modo, en la actualidad, también se acepta en la jurisprudencia española el feminicidio³⁶ como tipo de delito que se puede incardinar en el delito de genocidio.

Esta interpretación del delito de genocidio en sentido amplio no parece del todo correcta, puesto que parece obviar la existencia de otros tipos delictivos –crímenes contra la humanidad- cuya caracterización se aproxima en mayor medida a los antecedentes de hecho.

Estos crímenes contra la humanidad se podrían desgranar en el ya utilizado delito de torturas, la desaparición forzada de personas y, especialmente, la persecución de un grupo o una colectividad. Según del Derecho Internacional, estos delitos sí son perseguibles cuando la motivación de aquéllos que cometen los delitos está relacionada con motivos políticos.

³⁵ PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (2014). “Genocidio”, en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 232-239.

³⁶ Juzgado Central de Instrucción. Auto de 20 mayo de 2014. Caso Crímenes en Guatemala.

Cuestión VI: ¿Hubiera sido competente la Corte Penal Internacional para el enjuiciamiento de Pinochet?

1. La Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional (CPI) nació en el verano de 1998, en la ciudad de Roma, cuando representantes de la gran mayoría de Estados del mundo se reunieron, en el marco de una Conferencia diplomática de la ONU, con el objetivo de crear un tribunal penal que poseyese alcance internacional, una necesidad acuciante, vistas las reiteradas violaciones de los DDHH que se habían cometido en un pasado cercano, o se estaban cometiendo en aquellos instantes en diversidad de lugares del mundo.

Después de duras negociaciones, fue aprobado el Estatuto que dio luz verde a la creación de este tribunal, con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones³⁷. Además, para la creación efectiva de la Corte, fue necesaria la ratificación del Estatuto por sesenta Estados, algo que sucedió en 2002.

Este Estatuto, conocido como el Estatuto de Roma, ofrece, desde un punto de vista objetivo, siguiendo lo expuesto por MARLER (1999)³⁸, la posibilidad de realizar procesos más justos y con mayores garantías de imparcialidad, dado que es más probable que haya un tribunal propio de un Estado que tenga un punto de vista más sesgado –cabe pensar en intereses nacionales, o en cierta animadversión hacia algún individuo–, que un tribunal internacional.

La sede de la CPI tiene establecida su sede en La Haya, Países Bajos, aunque el art. 3 del Estatuto de Roma le confiere la capacidad de celebrar sesiones en otro lugar, en caso de que se considere conveniente. Igualmente, el Estatuto de Roma otorga a la CPI personalidad jurídica internacional, y la capacidad jurídica necesaria para desempeñar sus funciones.

La competencia material de la CPI se detalla en el artículo 5, donde se hace referencia a los cuatro crímenes sobre los que podrá conocer: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

El crimen de genocidio ha sido ya tratado en el trabajo, pero no los otros tres, por lo que es necesario matizar su significado.

³⁷ RODRÍGUEZ, V. R. (2011). *El derecho a la libertad de expresión e información en los sistemas europeo e interamericano: Atención especial en la garantía de rectificación comparada para el ciudadano español y el mexicano*. Universidad Iberoamericana.

³⁸ MARLER, M. K. (1999). "The International Criminal Court: Assessing the Jurisdictional Loopholes in the Rome Statute", en *Duke Law Journal*, 825-853.

El artículo 7 del Estatuto contiene la acepción de "crimen de lesa humanidad". Se incluyen los actos siguientes, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelamiento; tortura; cualquier forma de violencia sexual -esterilización o embarazo forzado, violación, esclavitud sexual...-; la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género; la desaparición forzada de personas; o el apartheid.

A lo largo del artículo 8 del Estatuto se tipifican los crímenes de guerra. Estos se dan, en el contexto bélico, siempre que se lleven a cabo como parte de un plan, o como parte de la comisión a gran escala de estos crímenes: el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos; causar deliberadamente grandes sufrimientos; la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, a gran escala; el forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; o la toma de rehenes.

En último lugar, el crimen de agresión, quedó sin regular hasta el año 2010, puesto que no se llevó a cabo su tipificación en el Estatuto de Roma. Mediante la resolución RC/Res. 6 de la Asamblea de Estados Miembros de la Corte Penal Internacional del citado año, se delimita el delito de agresión como aquel que se lleve a cabo, independientemente de la existencia o inexistencia de una declaración de guerra, cuando, un individuo en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, planifique, prepare, inicie o realice uno de los siguientes actos: la invasión o el ataque de un Estado por parte de las fuerzas armadas (FFAA) de otro; el bombardeo, por las FFAA de un Estado, del territorio de otro; el bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por parte de las FFAA de otro Estado; el proporcionar territorio para que otro perpetre un acto de agresión contra un tercero; o el envío de un Estado, de bandas armadas o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado.

Además, han de darse ciertos escenarios para el ejercicio de la competencia territorial por parte de la CPI. Los Estados Parte aceptan la competencia de la Corte, a la que quedan sometidos tanto los acusados de estos crímenes que sean nacionales del mismo, como las conductas que se hayan cometido en su territorio. También se acepta que un Estado que no sea Parte admita su competencia -artículo 13 del Estatuto-.

2. El “caso Pinochet” y la Corte Penal Internacional

En base a los antecedentes de hecho, sería plausible incardinar los delitos supuestamente cometidos por Pinochet en el ámbito competencial material de la Corte Penal Internacional.

Podría haber varios modos de conectar los antecedentes de hecho con la competencia del tribunal en el aspecto territorial.

Los hechos narrados tuvieron lugar no solamente en suelo chileno, sino también en el territorio de Estados que han firmado y ratificado el Estatuto, como Italia o Argentina. Estos hechos podrían ser enjuiciados por la Corte, al tratarse de crímenes de lesa humanidad que se cometieron en estos territorios, basándose en su competencia territorial sobre los mismos.

Del mismo modo, Chile, Estado en el que se cometieron gran parte de los delitos y Estado del cual Pinochet es nacional, firmó el Estatuto y lo ratificó –no sin complicaciones, a causa de su normativa interna, como desgrana RIFFO (2009)³⁹–, por lo que también sería competente la CPI para conocer de estos casos. El fallecimiento de Pinochet, en 2006, fue anterior a la ratificación por parte de Chile, por lo que la competencia de la Corte en este caso no habría sido posible. Si continuase con vida, este requisito sí se cumpliría.

El último de los requisitos que se deberían cumplir sería el relativo a la competencia en el aspecto temporal. El incumplimiento del requisito marcado por el artículo 11, en cuanto a la competencia temporal de la Corte, es decisivo para eliminar por completo cualquier posibilidad de que Pinochet pudiera haber sido enjuiciado por ella. Este artículo establece que *“La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”*. La comisión de los crímenes relatados en el antecedente de hecho tuvieron lugar entre 1973 y 1990, por lo que no se puede considerar a la CPI como competente en este caso.

El proceso comenzado en España, o el hipotético proceso llevado a cabo por la CPI analizado en esta cuestión, no se pueden considerar como únicas alternativas posibles, situándonos en 1998, para enjuiciar los hechos relatados en los antecedentes.

Cabría hablar de la aplicación de la jurisdicción interna de otros Estados, bien valiéndose de la jurisdicción universal, o bien valiéndose de normas procesales propias. Hubo tres Estados que, además de España, pidieron la extradición de Pinochet⁴⁰:

- En Suiza, la desaparición en 1977 -durante la Operación Cóndor- del ciudadano suizo-chileno Alexei Jaccard, fue considerada por la fiscalía suiza como merecedora de una investigación, aduciendo que cumplía las condiciones necesarias, de acuerdo a la legislación del país helvético.

³⁹ RIFFO, J. L. (2009): *Chile y la Corte Penal Internacional: historia larga con final feliz*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/chile-corte-penal-internacional/

⁴⁰ CHARNEY, J. I. (2001). “International criminal law and the role of domestic courts”, en *American Journal of International Law*, pp. 120-124.

Finalmente, la Policía Federal de Suiza pidió al Reino Unido la detención para fines de extradición de Pinochet, imputándole cargos de asesinato y secuestro.

- Francia también pidió la extradición de Pinochet al Reino Unido, cuando el exdictador se encontraba en Londres, por la desaparición de cinco ciudadanos franco-chilenos.

- Bélgica fue el otro país que requirió la extradición, al ser admitidas las denuncias de seis ciudadanos chilenos residentes en Bélgica, por los delitos de detención ilegal, tortura y asesinato.

Estas acciones no prosperaron por dos motivos. El primero, por negativa del Reino Unido a extraditar a Pinochet; el segundo, por la prioridad que tenía España, al haber sido el primer Estado en llevar a cabo las diligencias necesarias.

CONCLUSIONES Y VALORACIÓN PERSONAL

I. El establecimiento de principios en nuestro ordenamiento como el de la jurisdicción universal son herramientas jurídicas sumamente útiles para impartir justicia en situaciones ajenas a la esfera territorial o personal de nuestro país en las que se pusieron en jaque los DDHH, sobre las que el Derecho Internacional o el Derecho interno de los lugares de comisión de los hechos no han podido –o no han querido- impartirla, dado que se trata de situaciones en las que elementos ajenos al Derecho entran en juego, como las presiones políticas -que también rodearon al “caso Pinochet”-.

II. La competencia de los Tribunales españoles para conocer de este caso no se vio reflejada finalmente en un juicio a Pinochet, a pesar de cumplirse todos los requisitos que los Tribunales podían avalar –tanto en España como en el Reino Unido- para que este se llevase a cabo. Únicamente la intervención del Ministerio de Interior del Reino Unido, aduciendo la incapacidad de Pinochet para presentarse a juicio por motivos de salud, impidió su enjuiciamiento, imposibilitándose su extradición.

III. La imposibilidad de extradición no solamente repercutió en las pretensiones de los Tribunales españoles, sino también en la de los tribunales belgas, suizos y franceses.

IV. Las cuestiones relativas a la inmunidad de Pinochet, tanto en el año 1998 como durante su mandato como figura máxima de la República de Chile, son igualmente de sumo interés. La retirada completa de cualquier tipo de inmunidad en 1998, y la restricción de su inmunidad como Jefe de Estado a los actos realizados en el ejercicio de su cargo –eliminándose la inmunidad absoluta-, son aspectos de gran relevancia. La comisión de delitos que lesionen los Derechos Humanos no pueden considerarse englobados en el ejercicio de ningún tipo de cargo público, por lo que esta inmunidad no actuaría.

V. El análisis de los tipos penales cometidos lleva a afirmar que, de ser ciertos los antecedentes de hecho, el delito de torturas y el delito de terrorismo podrían ser considerados. Más dudas ofrece el crimen de genocidio, por la falta de algunos de los elementos mencionados en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Parece más apropiada su calificación como crímenes de lesa humanidad.

VI. Finalmente, en la esfera del Derecho Internacional, la imposibilidad de que la Corte Penal Internacional conozca de este caso ha suscitado en mí la impresión de que podrían haberse tenido en cuenta otras alternativas para impartir justicia.

VII. Una posibilidad que podría haber sido considerada en este caso sería el establecimiento de una corte internacional especial que juzgase estos hechos. La creación de tribunales *ad hoc* –como el de la ex Yugoslavia o el de Ruanda- o tribunales mixtos –caso de Camboya, Timor Oriental o Sierra Leona- ha sido una práctica usual desde la década de 1990 para juzgar situaciones en las que se han violado gravemente los DDHH.

El establecimiento de un tribunal *ad hoc* no parece del todo adecuado, puesto que los dos casos en los que el Consejo de Seguridad de la ONU decidió su creación, fueron debidos a la violación de DDHH a una escala mayor que en Chile y actuando con cierta celeridad en su creación.

Una fórmula que podría tener cabida sería el establecimiento de un tribunal internacional mixto. A la hora de crear un tribunal de esta naturaleza, es necesario que exista un acuerdo entre el Estado o Estados en los que se pretende que tenga competencia ese tribunal y el Consejo de Seguridad de la ONU, como ha sucedido en Camboya, Timor Oriental o Sierra Leona⁴¹. Además, en algunos de estos tribunales, el lapso temporal entre la comisión de las violaciones de los DDHH y el establecimiento de una corte de esta naturaleza es de varias décadas, lo que constituiría un paralelismo con esta propuesta –se juzgarían los crímenes que tuvieron lugar en las décadas de 1970 y 1980-.

Examinando los actos cometidos por la dictadura de Pinochet, es reseñable que poseen una amplia similitud con otras violaciones de los DDHH cometidas por Estados de su entorno geográfico, en un espacio temporal concurrente. Las dictaduras proliferaron en Sudamérica en las décadas de 1960 y 1970, imponiéndose en el poder mediante golpes de Estado similares a los relatados en los antecedentes de hecho, y llevando a cabo actos de naturaleza parecida ante grupos políticos que consideraban sus adversarios –centrándose en los comunistas, en todos los casos-.

Chile, Argentina, Brasil, Paraguay o Uruguay⁴² son Estados en los que regímenes dictatoriales llevaron a cabo prácticas contrarias a los DDHH mediante agencias estatales, o aparatos semejantes. En la mayoría de ellos –todos menos Paraguay, hasta la fecha-, se han abierto procesos judiciales para investigar los hechos acaecidos e impartir justicia, por lo que la predisposición de los gobiernos de estos Estados a investigar los hechos parece firme.

Las acciones de los mencionados Estados en ciertas actuaciones fue conjunta, como en el caso de la Operación Cóndor, realizada en algunos de estos Estados; o los

⁴¹ AMBOS, K., OTHMAN, M. (2003). “*New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*”. Edition Iuscrim.

⁴² FICO, C. (2008). *Dictadura e democracia na América Latina: balanço histórico e perspectivas*. FGV Editora.

detalles revelados por los “archivos del terror”⁴³, descubiertos en Paraguay tras la caída de la dictadura, que hablan de estrategias conjuntas. Consecuentemente, su connivencia no es descartable.

Con el objeto de investigar estos acontecimientos con una perspectiva mayor, podría considerarse conveniente una actuación judicial conjunta, recabando la documentación necesaria para impartir justicia de forma más adecuada en todos estos territorios.

Por tanto, una posible salida que se podría considerar sería el establecimiento de una corte que investigase de forma conjunta los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la vigencia de estas dictaduras.

Esta propuesta, no obstante, es prácticamente irrealizable en la realidad. Estas dictaduras contaron con el apoyo de los EEUU para abordar el poder, en una campaña que tenía como objetivo eliminar a los gobiernos que pudiesen tener cierta afinidad con ideales comunistas o socialistas. Como consecuencia, es altamente probable que EEUU ejerciese su derecho a vetar la existencia de un tribunal de estas características, como miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU.

⁴³ GONZÁLEZ VERA, M. (2002). *Los Archivos del Terror en Paraguay. La historia oculta de la represión*. Da Silva Catela.

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, de 10 de diciembre de 1984.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968.

Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957.

Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 6 de octubre de 1945.

NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

Decisión marco 2002/584 del Consejo, de 13 de junio de 2002.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Constitución Española.

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

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995, del Código Penal.

Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas.

Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, relativo a delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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

Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

Ley 10/1992, de 30 de abril, en la que se establecen medidas urgentes de reforma procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.

Ley 34/1984, de 6 de agosto, que modifica preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 44/1971, de 15 de noviembre, de reforma parcial del Código Penal.

Real Decreto, de 24 de julio 1889, del Código Civil.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LEGISLACIÓN CHILENA

Constitución Política de la República de Chile de 18 de septiembre de 1925.

Decreto Chileno 2191, de 18 de abril de 1978.

LEGISLACIÓN DEL REINO UNIDO

Extradition Act, 1989.

Criminal Justice Act, 1988.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STC 42/1986, de 10 de abril. RTC 1986\42.

STC 99/1987, de 11 de junio. RTC 1987\99.

STC 227/1988, de 29 noviembre. RTC 1988\227.

STS 327/2003, de 25 de febrero de 2003. RJ 2003\2147.

Auto AN 38/2014, de 2 julio. ARP 2014\1213.

Auto AN 37/2014, de 30 junio. ARP 2014\694.

Auto AN 21/2014, de 6 mayo. ARP 2014\509.

Auto AN, de 4 de noviembre de 1998. ARP 1998\5943.

Auto AN, de 5 de noviembre de 1998. ARP 1998\5944.

Auto AN, de 4 de diciembre de 1989.

Auto JCI, de 20 mayo de 2014. ARP 2014\407.

Auto JCI, de 3 de noviembre de 1998.

Auto JCI, de 18 de octubre de 1998.

Auto JCI, de 16 de octubre de 1998.

JURISPRUDENCIA CHILENA

Sentencia de la Corte Suprema de Chile, de 8 de julio de 2010.

JURISPRUDENCIA DEL REINO UNIDO

Decisión de la Cámara de los Lores que autoriza la extradición del General Pinochet, de 24 de marzo de 1999.

Home Office. Organised and International Crime Directorate. Judicial Cooperation Unit, Decisión del 9 de diciembre de 1998.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, E. P. (2012). “Las últimas reformas del Principio de Justicia Universal legalizadoras de la Jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo Español”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 32.

AMBOS, K., OTHMAN, M. (2003). *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Edition Iuscrim

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2014): “Jurisdicción Universal”
<http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/universal-jurisdiction>

CAVALLO, G. A. (2012). “Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional”, en *Revista Tribuna Internacional*, 1(2), pp. 9-45.

CHARNEY, J. I. (2001). “International criminal law and the role of domestic courts”, en *American Journal of International Law*, pp. 120-124.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2014). “Del intento de acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: Examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4(5), pp. 161-173.

COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J. (1981): “Perfil constitucional de la extradición”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I, Madrid.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe núm. 133/99, caso 11725 (19 de noviembre de 1999).

CUERDA RIEZU, A. (2006). “La extradición y la orden europea de detención y entrega”, en *Revista CENIPEC*, 1 (25).

Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, núm. 286, de 10 de marzo de 2014, p. 11.

Diario El Mundo (29/03/2014): “Pólvora china para dinamitar la justicia universal”:

<http://www.elmundo.es/opinion/2014/03/29/53356a98268e3e97408b4574.html>

Diario El Mundo (6/01/2000): “El informe secreto sobre el estado de salud del general”:

<http://www.elmundo.es/internacional/chile/pinochet/informemedico/conclusiones.html>

Diario El País (31/03/2014): “Más allá de los Estados, están los seres humanos que los componen”,
http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/31/actualidad/1396300000_175731.html

DOVAL PAIS, A., BLANCO CORDERO, I., FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., VIANA BALLESTER, C., SANDOVAL CORONADO, J. C. (2012). “Las concesiones de indultos en España (2000-2008)”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*. 2011, pp. 9-27.

FICO, C. (2008). *Ditadura e democracia na América Latina: balanço histórico e perspectivas*. FGV Editora.

FONTANALS, G. H. (2012): “*Personalización, organización colegiada e institucionalización: Pinochet, la Junta y la Constitución de 1980*”. INSTITUTE OF IBEROAMERICAN STUDIES, pp. 27-49.

GARCÉS, J. E. (1997). *Pinochet ante la audiencia nacional y el Derecho Penal Internacional*. Jueces para la democracia, (28), pp. 92-99.

GÓMEZ COLOMER, J. L. (2000), “Algunas precisiones en torno a la aplicación de la Ley procesal española en el tiempo en el caso Pinochet”, en GARCÍA ARÁN, M., y LÓPEZ GARRIDO, D.: “*Crimen internacional y jurisdicción universal: El caso Pinochet*”, Valencia, pp. 89-99.

GONZÁLEZ VERA, M. (2002). *Los Archivos del Terror en Paraguay. La historia oculta de la represión*. Da Silva Catela.

Harvard Research in International Law (1935), “Jurisdiction with respect to Crime”, en *29 American Journal of International Law*, Supplement, p. 435.

HERCE QUEMADA, V., GÓMEZ ORBANEJA, E. (1981). *Derecho Procesal Penal*, 9ª Edición. Madrid.

HOMAZÁBAL MALAREÉ, H. (2000), “La inmunidad del jefe de Estado”, en. “*Crimen internacional (...)*”, cit., pp. 164-165.

JESSBERGER, F., KALECK, W. (2009), *Concurrencia de Jurisdicciones en Derecho Internacional*, European Center for Constitutional and Human Rights, Berlín.

LEMKIN, R. (1944). *Axis rule in occupied Europe*. Carnegie Institute for International Peace, pp. 79-95.

MARLER, M. K. (1999). “The International Criminal Court: Assessing the Jurisdictional Loopholes in the Rome Statute”, en *Duke Law Journal*, pp. 825-853.

MÁRQUEZ CARRASCO, M. D. C., MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. (2011). “El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (11), pp. 251-307.

MARTÍNEZ GUERRA, A. (2014). “La reforma de la ‘molesta’ Jurisdicción Universal y sus primeras consecuencias”, en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 117-142.

MILK, M. E. R. (2012). “El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, en *Agenda Internacional*, 15(26), pp. 69-106.

PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (2014). “Genocidio”, en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 232-239.

RIFFO, J. L. (2009) *Chile y la Corte Penal Internacional: historia larga con final feliz*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/chile-corte-penal-internacional/

RODRÍGUEZ, V. R. (2011). *El derecho a la libertad de expresión e información en los sistemas europeo e interamericano: Atención especial en la garantía de rectificación comparada para el ciudadano español y el mexicano*. Universidad Iberoamericana.

RTVE (20/11/2013): “La AN ordena detener al expresidente chino Jiang Zemin por genocidio en el Tíbet”:
<http://www.rtve.es/noticias/20131120/an-ordena-detener-expresidente-chino-jiang-zemin-genocidio-tibet/796781.shtml>

SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2014). “El fin del modelo español de jurisdicción universal”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, (27), pp. 2-40.

VAN DER VYVER, J.D. (2004), “International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law”, en *The University of Miami International and Comparative Law Review*, Núm. 12, pp. 57-149.

WARBRICK, C., MCGOLDRICK, D. (1999). “III. Extradition Law Aspects of Pinochet 3”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 48(4), pp. 958-965.