

UNIVERSIDAD PARA MAYORES

I, II CURSO Y CICLO DE CONFERENCIAS ABIERTAS

AULA DE
FORMACIÓN ABIERTA 2.000



DIRECCIÓN GENERAL DE ALUMNOS Y SERVICIOS A LA COMUNIDAD
UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.

JUNTA DE ANDALUCÍA. CONSEJERÍA DE ASUNTOS SOCIALES.
DELEGACIÓN PROVINCIAL. MÁLAGA

Organiza:

Dirección General de Alumnos y Servicios a la Comunidad Universitaria de la
Universidad de Málaga.
Junta de Andalucía. Consejería de Asuntos Sociales. Delegación Provincial.
Málaga.

Directores del Curso:

D. Alejandro García Pozo

Director General de Alumnos y Servicios a la Comunidad Universitaria de la
Universidad de Málaga.

Dña. Ana Paula Montero Barquero

Delegada Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de
Andalucía en Málaga.

Coordinadora del Curso y Publicación:

Dña. M^a Auxiliadora Domínguez Almellones

Trabajadora Social de la Universidad de Málaga

Imprime:

GRAFICAS DIGARZA S.L.

Plaz. de los Angeles N^o 3

Dosito Legal: MA-753-2000

I.S.B.N.: 84-7496-817-8

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO PINOCHET. NUEVAS PERSPECTIVAS EN DERECHO INTERNACIONAL

D^a. ESPERANZA MÁRQUEZ CHAMIZO

Prof. Asociada en la Facultad de Derecho

Como es sabido el caso de los desaparecidos en Chile durante la pasada dictadura militar recobró vida judicial en España en los últimos años. La Audiencia Nacional ordenó la reapertura del sumario contra Pinochet y una treintena de altos cargos de la dictadura. Agentes de Scotland Yard detuvieron el 16 de octubre de 1998 al ex dictador chileno Augusto Pinochet basándose en una solicitud de extradición formulada por la Justicia española a través de Interpol.

La petición efectuada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional establecía que entre el 11 de septiembre de 1973 y el 31 de diciembre de 1.983, Pinochet asesinó a ciudadanos españoles en Chile. El senador vitalicio Augusto Pinochet, fue detenido a petición del juez Baltasar Garzón que acusaba al general retirado de genocidio, terrorismo y torturas. Entra en cuestión el concepto de inmunidad de la que se supone disfrutaba el ex dictador que además viajaba con pasaporte diplomático.

La inmunidad deriva del principio de igualdad soberana de los Estados: "*Pars inter parem non avet imperium*". La igualdad entre iguales no permite que un Estado pueda ser juzgado por los tribunales de otro, entendiéndose que el Estado actúa y se desenvuelve a través de sus órganos.

El Derecho Internacional ha reconocido tradicionalmente al Jefe del Estado un *Status* privilegiado que rebasa con mucho las facilidades reconocidas a otros órganos de la Administración Exterior del Estado. El fundamento de esta inmunidad encuentra su origen en la existencia de monarquías absolutas donde se identificaba al Rey con el propio Estado; una visión que, si bien cambió con la llegada de regímenes constitucionales, aún pervive en alguna medida en la actualidad.

Podríamos afirmar que la inviolabilidad personal, y la inmunidad absoluta penal, civil y fiscal del Jefe del Estado, excede sobremanera las estrictas exigencias que supondría una pura concepción funcional de la inmunidad. Hasta tal punto esto es así que los privilegios e inmunidades de este órgano central de la administración se han aplicado en supuestos de visita privada del Jefe del Estado y también en visitas de incógnito (recuérdese la Sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra en el asunto del Sultán de Johore) y también se han aplicado cuando el Jefe del Estado ha dejado de desempeñar dicho función.

El 25 de noviembre de 1.998 el Tribunal de Apelaciones de la Cámara de los Lores sentenció que el dictador, entonces detenido en Londres, no gozaba de inmunidad. Tal decisión permitía proseguir el proceso de extradición solicitado por la Audiencia Nacional Española.

Los cinco lores fundamentaron su decisión por separado. Los dos primeros destacaron la primacía de la legislación británica que otorga inmunidad a los Jefes de Estado, mientras que los otros tres le dieron mayor valor a los convenios internacionales. Los primeros mantenían que el juicio a Pinochet tuviese lugar en Chile o ante un Tribunal Internacional. Repasemos algunas de las argumentaciones que sustentaron ambas posturas.

Para los defensores de la inmunidad de Pinochet la legislación británica aludida la Ley de Inmunidad del Estado de 1.978 otorga inmunidad a los Estados en la persona del soberano o Jefe de dicho Estado respecto a cualquier actividad llevada a cabo en el ejercicio de la autoridad soberana. El procedimiento de extradición forma parte de un procedimiento criminal al que es inmune. Por otro lado la Convención sobre la Tortura de 1.984 no incluye a los Jefes de Estado ni a los antiguos Jefes de Estado. La Convención sobre la toma de rehenes de 1.983 y la Ley de toma de rehenes de 1.982 tipifican como un crimen que cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad, se apodere de rehenes en el Reino Unido o en otro lugar. Aún cuando se establezca el crimen y la jurisdicción, la legislación británica no anula la tradicional inmunidad del Jefe del Estado o ex Jefe del Estado. Éste sólo podría ser juzgado en su país o en otro que tenga jurisdicción si Chile renuncia a la inmunidad. También podría ser juzgado por un Tribunal Internacional ad hoc. Des-

de este punto de vista un ex Jefe del Estado disfruta de inmunidad continuada respecto a los actos de gobierno que llevó a cabo como Jefe del Estado, porque se atribuyen al propio Estado.

Reino Unido puede acceder a la extradición si no aplica la tesis de la inmunidad absoluta del Jefe del Estado y da prioridad al Derecho Internacional convencional en materia de extradición. Puede denegar la extradición en aras de las exigencias de la inmunidad impuesta por el Derecho Internacional consuetudinario sin que pese la influencia de los asuntos internos chilenos y de la amnistía que se ha practicado en este país, influencias que, para los defensores de la inmunidad de Pinochet, son perniciosas para el proceso.

Dando prioridad al Derecho Internacional consuetudinario en materia de inmunidad Reino Unido no puede, bajo ningún concepto retener, arrestar o llevar a cabo cualquier acción coercitiva sobre Pinochet, puesto que ello iría en contra de las facilidades concedidas por el Derecho Internacional consuetudinario al Jefe del Estado, incluso cuando éste ha dejado de ostentar este cargo. En efecto, si el artículo 39.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece respecto del personal diplomático que "... no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión ..." no parece existir razón alguna para negar al Jefe del Estado (órgano central de la administración estatal) lo que se concede a los órganos exteriores.

Si sólo tomamos en consideración el derecho interno de cada Estado, Reino Unido con la detención de Pinochet actúa al margen de la legalidad, puesto que los delitos por los que se pide la extradición son los establecidos en el Código Penal de un Estado respecto de conductas ocurridas en su territorio, y por tanto susceptibles de ser penalizadas por dicho Estado en defensa de su orden público interno. En tales circunstancias, aún cuando un delito estuviese tipificado tanto en el Código Penal chileno como en el español, el juez español no podría juzgar por tal delito a Pinochet si solicitar su extradición, puesto que el delito no fue cometido en España y el juez español no puede aplicar el Código Penal chileno.

También respecto al pasaporte diplomático con el que viajaba Pinochet se ha argumentado que le otorgaba la inmunidad penal propia del personal diplomático en Misión Especial ante el gobierno del Reino Unido. Según establece la Convención de Viena sobre privilegios e inmunidades diplomáticas, la inmunidad diplomática es inherente a la persona del diplomático y, desde este punto de vista, aún en el caso de que Pinochet no se hubiese acreditado ante el gobierno del Reino Unido, ello no le resta inmunidad. Las autoridades británicas únicamente podrían haber recurrido a la declaración de persona "*non grata*" y solicitar que abandonara el país.

2.- Para los detractores de la inmunidad del Pinochet, éste fue Jefe de Gobierno desde el 11 de septiembre de 1.973 hasta el 11 de marzo de 1.990. La tortura y el secuestro de personas tuvieron lugar durante su ejercicio como Jefe del Estado, por el poder del Estado y la autoridad pública de Chile.

La tortura de sus propios súbditos o de extranjeros no puede ser considerada como acto derivado de la función del Jefe del Estado según la legislación internacional. No es una conducta aceptable por parte de nadie y no puede quedar impune bajo el paraguas de la inmunidad, concebida para facilitar el normal desenvolvimiento de las relaciones internacionales.

El principal instrumento de represión política era la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y la policía secreta, éstas dependía directamente del general Pinochet más que de la Junta Militar. Un Jefe del Estado goza de inmunidad absoluta durante el ejercicio de su cargo frente a procesos civiles o penales ante los tribunales ingleses. Pero Pinochet ha dejado de ser Jefe del Estado y reclama la inmunidad como antiguo Jefe del Estado. Pero estos actos van más allá del amplio sentido de una actuación oficial.

El desarrollo del Derecho Internacional desde la II Guerra Mundial justifica la conclusión de que cuando se produjo el golpe de Estado de 1.973 y con posterioridad a él, las leyes internacionales condenaban el genocidio, la tortura, el secuestro y los crímenes contra la humanidad (durante un conflicto armado o en tiempo de paz) como crímenes internacionales merecedores de castigo. Es difícil mantener que cometer delitos de semejante gravedad pueda considerarse un acto realizado en el desempeño de las funciones de Jefe del Estado. Esta conducta atribuida a Pinochet trasciende el ámbito de sus funciones como Jefe del Estado. El general, desde este punto de vista, no tiene derecho a inmunidad de tipo alguno.

Recordemos que la especial protección que el Derecho Internacional otorga a los órganos de representación de un Estado en el exterior no puede aplicarse a actos que el propio ordenamiento internacional condena. Los autores de estos actos no se pueden resguardar tras su cargo oficial para verse liberados de castigo. Los delitos por los que se les acusa suponen una violación de las normas internacionales y no pueden gozar de inmunidad. Sólo puede predicarse la inmunidad respecto de aquellas conductas llevadas a cabo en el ejercicio de la autoridad soberana, quedando excluidas acciones criminales como las que originan el procedimiento de extradición como son el genocidio, la tortura y la toma de rehenes.

Los hechos que se le imputan al ex dictador podrían ser constitutivos de un delito de los tipificados en la Convención sobre la tortura de 1.984. Según tales

disposiciones aplicables en el Reino Unido, los crímenes de esta naturaleza son imprescriptibles, sus responsables no disfrutaban de inmunidad diplomática ni pueden obtener estatuto de refugiado ni asilo político, y todos los Estados están obligados a perseguirles y a colaborar en la persecución que de tales crímenes hagan otros Estados. Estas acciones nunca podrían calificarse como funciones de un Jefe de Estado con arreglo al Derecho Internacional.

Con relación al pasaporte diplomático de Pinochet, la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas protege al personal diplomático acreditado en cada país y Augusto Pinochet no formaba parte de la legación chilena en el Reino Unido. Así, es indiferente que posea pasaporte diplomático, su detención en Londres sería perfectamente legal ya que si no se encuentra acreditado carece de protección especial y puede ser detenido o juzgado.

3.- Estas afirmaciones se relacionan con la evolución del Derecho Internacional en algunas parcelas sobre las que hemos de reflexionar. Cuando nos referimos al Derecho Internacional general aludimos a algunos instrumentos reconocidos como Derecho Internacional consuetudinario. El Secretario General de la O.N.U., en su informe sobre la constitución de un Tribunal Internacional encargado de juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves del Derecho humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1.991, se pronuncia sobre lo que se entiende por Derecho Internacional consuetudinario. En este núcleo incluye el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1.945, el Convenio sobre el crimen de genocidio de 1.948 y los Convenios de Ginebra de 1.949 y sus protocolos.

La constatación del carácter consuetudinario de estos instrumentos permite afirmar su fuerza vinculante para todos los Estados conforme al artículo 25 de la Carta de la O.N.U., puesto que el Consejo de Seguridad aprobó el informe del Secretario General sin ninguna reserva.

Los Convenios de Ginebra de 1.949 y sus protocolos adicionales de 1.977 en su artículo 3 contemplan disposiciones básicas aplicables a todo conflicto armado interno o internacional en cualquier tiempo y lugar y prohíben atentar contra la vida y la integridad corporal, en especial el asesinato en todas sus formas, las mutilaciones, la toma de rehenes, atentar contra la dignidad de las personas, en especial los tratos humillantes y degradantes. Configuran lo que conocemos como crímenes de guerra.

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg define como crimen contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano cometida contra cualquier población civil antes o durante la

guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando estos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no, una violación del Derecho interno del país donde han sido perpetrados. Es más, un acto inhumano contra una sola persona podría constituir un crimen contra la humanidad si se ejecuta como parte de un plan o se inscribe dentro de un conjunto coherente inspirado por el mismo móvil político, religiosos, racial o cultural.

El referido Estatuto dispone que los dirigentes que han tomado parte en un plan dirigido a cometer crímenes contra la humanidad, son responsables de los actos cometidos por otros en ejecución de ese plan, y la condición oficial de Jefe del Estado o de Gobierno, o de alto funcionario no le concede inmunidad.

El crimen contra la humanidad, a diferencia del crimen de guerra, existe con independencia de los lazos de nacionalidad, u otros, que puedan unir al autor y a la víctima.

Este grupo de normas consuetudinarias es ajeno a la noción de frontera. Por otro lado el principio de irretroactividad de la leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como crímenes según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional, constituyen una excepción a la irretroactividad de las leyes penales.

4.- En este aspecto, es de destacar la plena confirmación que ha tenido este enlace universal de la jurisdicción española con el denominado "Caso Pinochet" cuando la Audiencia Nacional mediante Auto, confirmado posteriormente por el Tribunal Supremo, viene a decir en su Fundamento Tercero con respecto a la aplicabilidad actual del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial que: "El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial—en cuanto proclama la jurisdicción de España para el conocimiento de determinados hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los delitos que enumera—no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma—tal sucede en este caso—, con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos deri-

vada de la comisión de un delito de genocidio –la pena- trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) impone que los hechos sean delito –conforme a la Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado- cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

Así que nos es preciso acudir, para sentar la jurisdicción de España para enjuiciar un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1.973 y siguientes hasta la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1.870 –derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1.985-, que pasó a atribuir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido delito de genocidio desde que este delito se incluye en el Código Penal a la sazón vigente por Ley 47/71, de 15 de noviembre, en el título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, sin que ninguna relevancia jurídica para la atribución jurisdiccional tenga que el fundamento de la persecución ultraterritorial de los restantes delitos contra la seguridad exterior del Estado se hallase en el principio real o de protección”.

5.- El Derecho Internacional está evolucionando, pero cabe preguntarse si no está volviendo a sus raíces, al sustrato clásico de “Derecho de Gentes” comprensivo de normas e instituciones que van más allá de Estados y de fronteras.

En la primavera del año 2.000 Pinochet volvió a Chile. Tras el procedimiento y las normas han aparecido afanes personales que no siempre han tenido la intención clara de perseguir objetivos exclusivamente encardinados en el ámbito jurisdiccional. Pero todas estas luces y sombras del asunto Pinochet han tenido una consecuencia: se ha discutido y reflexionado sobre la esencia del Derecho Internacional y las argumentaciones en uno y otro sentido nos han enriquecido a todos los que nos hemos sentido seducidos, en pequeña medida, por este sector del Derecho, aún cuando Pinochet esté de vuelta en Chile.

No me queda más que agradecer a mis compañeros del Seminario de Derecho Internacional Público su interés, sus trabajos y sus reflexiones en materia de inmunidad. Sin ellos no habrían sido posibles estas líneas.

Por lo demás la Justicia para Pinochet, como para muchos otros puede que

no esté en manos humanas.

Convenios Internacionales y textos a consultar.

- Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1.949
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de Abril de 1.961
- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, 14 de Diciembre de 1.973
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de Diciembre de 1.966.
- <http://www.elpais.es/p/d/especial/pinochet/resumen.htm>