

# Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional

Joan E. GARCES

El 4 de julio de 1996 D. Miguel Miravet, Fiscal en el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en su condición de Presidente de la Unión Progresista de Fiscales de España interpuso una denuncia por los presuntos crímenes contra la Humanidad, genocidio (interior) y terrorismo (interior e internacional) cometidos entre 1973 y 1990 por Augusto Pinochet, Gustavo Leigh y otros. La denuncia identifica a siete ciudadanos españoles asesinados o detenidos-desaparecidos por agentes bajo las órdenes de los denunciados, y se fundamenta en el Tratado Bilateral de Extradición entre Chile y España y el Derecho Penal Internacional vinculante para ambos Estados. Posteriormente interpuso querrela, ejercitando la acción popular, la Fundación Presidente Allende, de nacionalidad española, que identificó entre las víctimas a más de tres mil personas asesinadas y/o detenidas-desaparecidas de una decena de nacionalidades, entre las que se incluyen españoles y descendientes de españoles. Admitida a trámite la querrela por el Juzgado Central de Instrucción de guardia (el núm. 1), correspondió por reparto al Juzgado Central núm. 6, quien abrió diligencias previas y tras el informe favorable del Ministerio Fiscal declaró su competencia para conocer de los delitos imputados.

Este proceso ha despertado esperanzas y voluntad de cooperar en múltiples países. Entre las víctimas en primer lugar. Suman varios miles las que se han personado en la causa como acusación particular o ejercitando la acción popular. Ven en este proceso la posibilidad de sobrepasar la impunidad absoluta de que gozan los responsables de los crímenes. En las instancias internacionales relacionadas con el Derecho Humanitario, en particular entre los expertos del Tribunal Internacional de La Haya para juzgar los crímenes en la ex-Yugoeslavia<sup>1</sup>, se ha expresado solidaridad y respaldo a la declaración de competencia jurisdiccional por la Audiencia Nacional para enjuiciar crímenes contra la Humanidad que afectan a españoles y que siguen impunes en el país donde fueron cometidos. Se han ofrecido a aportar su testimonio al Juez español los Fiscales de Washington D.C. y agentes del FBI que investigaron el asesinato en aquella ciudad, por agentes de Pinochet, del Ministro Orlando Letelier y Ronni Moffit. Son asimismo elogiosos los primeros estudios que sobre este proceso se han publicado en Universidades de EE.UU.<sup>2</sup>

El proceso abierto en la Audiencia Nacional por crímenes contra la Humanidad tiene planteados complejos problemas técnico-jurídicos y político-diplomáticos. En su solución deberán cooperar diversas instancias del Estado español y de la comunidad internacional. Avanzamos en este artículo algunas de las normas invocadas en la querrela para fundamentar el principio de doble incriminación.

## LOS "PRINCIPIOS DE NÜREMBERG"

El 13.02.1946 la Asamblea General de la ONU adoptó la resolución 3 (1), en la que "toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y *contra la Humanidad* tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg de 8 de agosto de 1945". En su resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de la ONU "confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nüremberg y por la Sentencia de ese Tribunal"

El efecto de estas resoluciones es consagrar con alcance universal el derecho creado en el Estatuto y en la Sentencia del Tribunal de Nüremberg (Nur. U.S. Mil. Trib, 4 Dec. 1947, *Justice Trial*, A.D., 1947, 282; Canadá, High Court of Justice, 10 July 1989, *Regina v. Finta*, I.L.R., 82, p. 441). Su vigencia en España ya fue reconocida al ratificar el Convenio hecho en Ginebra el 12.VIII.1949 (BOE 5.IX.1952 y 31.VII.1979), que en su art. 85 remite expresamente a los "Principios de Nüremberg" aprobados por la Asamblea General de la ONU de 11.XII.1946.

En su Informe sobre la constitución de un Tribunal Internacional encargado de juzgar a "las personas presuntamente responsables de violaciones graves del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex- Yugoslavia" desde 1991, el Secretario General de la ONU ha enumerado varias convenciones que en su opinión forman parte del Derecho Internacional consuetudinario, a saber:

- el Reglamento de La Haya de 1907,
- el *Estatuto del Tribunal Militar internacional de Nüremberg de 1945*,
- el Convenio sobre el crimen de genocidio de 1948,
- los Convenios de Ginebra de 1949.

La constatación por el Secretario General del carácter consuetudinario de estos instrumentos es vinculante para todos los Estados conforme al art. 25 de la Carta de la ONU, pues el Consejo de Seguridad aprobó el Informe del Secretario General sin ninguna reserva (S/Res. 827, 25 de mayo de 1993, párr. 2).

<sup>1</sup> Artículo en *The New York Times* y en el *International Herald Tribune* de 25 de octubre de 1996.

<sup>2</sup> Por ejemplo, el artículo publicado en enero de 1997 en la Revista *ACLU Int'l Civil Liberties Report* bajo el título "Spanish Criminal Prosecutions Use International Human Rights Law to Battle Impunity in Chile and Argentina", del Prof. Richard J. Wilson, Director del Consultorio de Derecho Internacional de Derechos Humanos en la American University, Washington D.C.

## LAS CONVENCIONES DE GINEBRA

Están vigentes en España y Chile:

— los Convenios I y II de Ginebra, de 12.VIII.1949 (RCL 1952/1193 y NDL 15192), y el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977 (RCL 1989/1646, 2187, 2197),

— el Convenio III de Ginebra, de 12 de agosto de 1949 (RCL 1952/1251 y NDL 24622), y el Protocolo I Adicional de 8.VI.1977 (RCL 1989/1646, 2187 y 2197),

— el Convenio de Ginebra de 12.VIII.1949 (RCL 1952/1184 y NDL 15379), y el Protocolo I Adicional de 1977 (RCL 1989/1646, 2187 y 2197),

— los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12.VIII.1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hechos en Ginebra 8.VII.1977 (BOE 26.VIII.1989, 7.XI.1989, 9.X.1989),

— el Convenio II de La Haya de 29.VIII.1899 (sobre parlamentarios y personas que les acompañan), y el Protocolo II Adicional de 8.VI.1977 (RCL 1989/1946, 2187 y 2197),

convenios a los que remite también el Código Penal español (cap. III, art. 608 y ss).

Forman parte del derecho interno de Chile, asimismo, convenios anteriores a los citados de Ginebra que recogen principios equivalentes de Derecho Internacional: el Código de Justicia Militar de 1925; las normas y principios de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907; el Código Lieber de 1863; la Declaración de Bruselas de 1874 sobre las leyes y costumbres de la guerra; la Convención de Ginebra de 1864; la Declaración de S. Petersburgo de diciembre de 1864.

Las cuatro Convenciones de Ginebra de 12.VIII.1949, en su art. 3, contemplan disposiciones básicas aplicables a todo conflicto armado, *incluyendo en ellos a los no-internacionales o internos, que prohíben "en cualquier tiempo y en cualquier lugar",*

"a) atentar contra la vida y la integridad corporal, en especial el asesinato en todas sus formas, las mutilaciones,

b) la toma de rehenes;

c) atentar contra la dignidad de las personas, en especial los tratos humillantes y degradantes ....".

En la lista de infracciones figuran en cada Convención el homicidio intencionado, la tortura y los tratos inhumanos, incluidas las experiencias biológicas, el hecho de causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud.

La Convención IV prohíbe las penas colectivas, las medidas de intimidación, el saqueo, las represalias (art. 33).

Un crimen de guerra puede ser también un crimen *contra la Humanidad* (concurso ideal de delitos) en función del móvil que caracteriza al segundo (político, racial, o religioso). Como ha subrayado el Tribunal Supremo francés en su Sentencia de 20.XII.1985 (affaire Barbie), y también la Comisión de Derecho Internacional (*Rapport C.D.I.*, 1987, doc. ONU A/42/10, p. 31).

Las resoluciones 1074 (XXXIX) y 1158 (XLI) del Consejo Económico y Social de la ONU, de 28 de julio de 1965 y 5 de agosto de 1966, se refieren al castigo de los criminales de guerra y los individuos culpables *de crímenes contra la Humanidad*.

## TIPIFICACION DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

El *Estatuto del Tribunal de Nüremberg*, en su art. 6.c) define como crimen contra la humanidad:

"El *asesinato*, el *exterminio*, la sumisión a esclavitud, la *deportación*, y *cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil*, antes o durante la guerra, o *bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos*, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen".

Este artículo ha sido aplicado directamente por los tribunales aliados después de 1945 y también recientemente:

— en 1961, por el Tribunal del distrito de Jerusalén y el Tribunal Supremo de Israel (caso Eichmann. *I.L.R.*, 36, pp. 39-42, 45-48, 288, 295),

— en 1971, por los tribunales de Bangladesh en el caso de la solicitud de extradición a la India de oficiales de Pakistán "por actos de genocidio y crímenes contra la Humanidad" (*C.I.J. Annuaire 1973-1974*, p. 125),

— en 1981, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos, en el asunto Menten (*N.Y.I.L.*, 1982, pp. 401 y ss.),

— en 1983, por el Tribunal Supremo de Francia en el caso Barbie, que fundamenta la aplicación del citado art. 6.c) en los siguientes criterios (susceptibles de ser aplicables en España y Chile):

a) esta inculpación pertenece a "un orden represivo internacional al que le es fundamentalmente ajena la noción de frontera",

b) la adhesión de Francia a este orden represivo.

c) la consagración, por la resolución de 13.II.1946 de la Asamblea General de la ONU, de la definición de crímenes contra la Humanidad que figura en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg,

d) la recomendación de las NN.UU. a los Estados, en esta resolución, de perseguir o extraditar a los autores de tales crímenes,

e) la conformidad de tales textos con los arts. 15.2. del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (y al art. 7.2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre), que afirman que el principio de irretroactividad de las leyes penales no se opone a la persecución y condena de personas por hechos reputados como "criminales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones". Esta excepción —en el caso de que en propiedad lo

fuera— a la irretroactividad de las leyes penales ha sido aplicada en la persecución penal contra una persona acusada de haber desviado un avión cuando éste hecho no era punible por el *ius fori* en el momento de haber sido cometido (Sri Lanka, Cr. of App., 28.5.1986, caso Ekanayake, *I.L.R.*, 87, p. 298).

— en 1989, por el Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) en el caso Finta (10.5.1989, *I.L.R.*, 82, 438 ss.).

Los tratadistas André Huet y Renée Koernig-Joulin (*Droit Penal International*), Presses Universitaires de France, París, 1993, p. 52), sostienen que

"Esta categoría de crímenes (...) es más amplia que la de crímenes de guerra, (...) son susceptibles de ser cometidos contra los propios nacionales (...)"

Para D. Thiam, Ponente especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU,

"un acto inhumano cometido contra una sola persona podría constituir un crimen contra la Humanidad si se situara dentro de un sistema o se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor (...) Un acto individual podría constituir un crimen contra la Humanidad si se inscribiera dentro de un conjunto coherente y dentro de una serie de actos repetidos e inspirados por el mismo móvil: político, religioso, racial o cultural" (*Rapport C.D.I.*, 1989, p. 147, párr. 147).

De igual modo, no tanto una *desaparición forzada* sino la "práctica sistemática" de las desapariciones forzadas es lo que "tiene la naturaleza de *crimen contra la Humanidad*" (A/Res. 47/133, 18 dic. 1992, preámbulo, considerando 4o.).

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg en su

— art. 6 in fine 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 aquel plan, en el

— art. 7 establece que la condición oficial de un acusado de Jefe de Estado, de Gobierno o de alto funcionario no le concede inmunidad ni supone una circunstancia atenuante, y en el

— art. 10 afirma

"en todos los casos en que el Tribunal habrá proclamado el carácter criminal de un grupo o de una organización, las autoridades competentes de cada signatario tendrán el derecho de hacer comparecer a cualquier individuo ante los tribunales (...), en virtud de su afiliación a ese grupo o a esa organización. En esta hipótesis, el carácter criminal del grupo o de la organización será considerado como establecido y no podrá ser discutido".

La "Dirección de Inteligencia Nacional" (DINA) ha sido calificada como "organización criminal" en la Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 30 de mayo de 1995 (caso Letelier).

## EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX-YUGOESLAVIA

Creado en 1993, su art. 10 dispone que la regla *non bis in idem* no impide al tribunal juzgar a una persona ya juzgada por el mismo hecho en otro Estado si, en ese Estado, ese hecho ha sido considerado como una infracción de derecho común o si el proceso se parece a una denegación de justicia. El carácter unívoco de esta excepción permite evitar que el acusado pueda protegerse detrás de procesos nacionales de pura forma.

En síntesis, siempre que concurren los criterios de gravedad, carácter masivo y móvil político, racial, religioso, social o cultural, *los crímenes contra la Humanidad comprenden:*

— el asesinato (Nüremberg, art. 6; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.a), el homicidio (Tokio, art. 5.c),

— el exterminio (Nüremberg, art. 6.c; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.b),

— la esclavitud (Nüremberg, art. 6.c; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.c),

— la deportación (Nüremberg, art. 6.c),

— la expulsión (Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.d),

— cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil (Nüremberg, art. 6.c; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.i),

— las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos (Nüremberg, art. 6.c; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.h), sociales o culturales (proyecto de código de crímenes contra la seguridad de la Humanidad, art. 21),

— el genocidio (Convención de 1948, Estatuto del Tribunal para ex-Yugoslavia, art.4),

— el apartheid (Convenio de 1973, art. II),

— el encarcelamiento (Ley nº 10 promulgada por el Consejo de control aliado en Alemania en 1945, art. II, 1.c; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.e),

— la tortura (Ley nº 10 promulgada por el Consejo de control aliado en Alemania en 1945, art. II, 1.c; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.e),

— la violación (Ley nº 10 promulgada por el Consejo de control aliado en Alemania en 1945, art. II, 1.c; Estatuto del Tribunal para ex-Yugoeslavia, art. 5.g),

— la práctica sistemática de desapariciones forzadas (Resolución de la A.G. de la ONU 47/133, de 18.XII.1992),

— el uso de armas atómicas en determinadas circunstancias (Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 1996).

Sin embargo, el móvil no es un criterio determinante de *todos* los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU considera como tales

delitos la "violación sistemática o masiva de los derechos del hombre", las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, pero también las persecuciones por "motivos sociales o culturales" (proyecto de Código de crímenes contra la seguridad de la humanidad, art. 21); e incrimina los hechos constitutivos de "violaciones sistemáticas o masivas de los derechos del hombre" —homicidio intencionado, tortura, encarcelamiento, violaciones, desapariciones forzadas, esclavitud...— según el art. 5 del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia.

## **CAMPO DE APLICACION RATIONE PERSONAE**

En lo referente a las víctimas, y a diferencia del crimen de guerra, el crimen contra la Humanidad existe con independencia de los lazos de nacionalidad, u otros, que puedan unir al autor y a la víctima.

## **APLICACION RETROACTIVA DE LA LEY PENAL EN LOS CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD**

El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19.XII.1966, ratificado por Chile y España (BOE 30.IV.1977), en su art. 15 recoge el principio *nullum crimen sine lege* "nacional o internacional", pero agrega en su párrafo 2º:

"Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

En el mismo sentido se manifiesta el art. 7 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4.XI.1950 (BOE 10.X.1979 y 30.IX.1986).

## **NO CABE PRESCRIPCION NI AMNISTIA**

El Derecho Internacional por lo general no conoce la prescripción. Y los crímenes contra la Humanidad deben regirse por el orden jurídico del que dimanen, es decir el Derecho Internacional. Establecen también la no prescripción, entre otros textos,

— la Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre la desaparición forzada de personas, aprobada por consenso el 18.XII.1992 (A/Res. 47/133),

— el art. 1 del Convenio del Consejo de Europa de 25.I.1974, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la Humanidad,

— la Resolución 291 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU al aprobar, el 9 de diciembre de 1968, la *Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la Humanidad*, que "constata que en ninguna de sus declaraciones solemnes, acuerdos

y convenciones relativas a la persecución y represión de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad no ha sido previsto límite de tiempo". Dispone en particular su art. 1.b)

"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",

y su art. III establece la obligación de permitir la extradición.

Esta Convención entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

Por su parte, el Código Penal español dispone que "el delito de genocidio no prescribirá en ningún caso" (art. 131).

En opinión de P. Mertens en *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'Humanité* (Univ. de Bruxelles, 1974, p. 226):

"No se concibe la aplicación de la 'ley del olvido' para los crímenes que han sido perpetrados contra la comunidad, las Naciones y la Humanidad en tanto que tal. Esos crímenes son imprescriptibles por naturaleza. Si, por razones técnicas, esos crímenes no pueden, en el estado actual de la evolución del derecho positivo, ser reprimidos más que en el plano interno, ello debe hacerse en conformidad con el derecho internacional y reconociéndole la primacía que le es debida".

## **NI LA EXCEPCION DE OBEDIENCIA DEBIDA**

Así lo disponen:

— el art. 8 del Estatuto del Tribunal militar internacional de Nüremberg,

— la resolución 95 (I) de la A.G. de la ONU, de 11 de diciembre de 1946,

— el art. 2.3 del Convenio de las NN.UU. contra la tortura, de 10.XII.1984,

— el art. 7.3 del Estatuto del Tribunal internacional penal para la ex-Yugoeslavia,

— el art. 6 de la Declaración de la Asamblea General de la ONU, de 18.XII.1992, sobre la protección de las personas contra las desapariciones forzadas,

— la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, tanto en la formulación de los Principios de Nüremberg en 1950 (*Y. bk. of the I.L.C.*, 1950, II, pp. 374-378), como en sus proyectos de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad de 1954 (art.4) y de 1991 (art. 12) -*Rapport C.D.I.*, 1991, p. 279.

## **EXTRADICION**

La Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre la *extradición* de individuos culpables de *crímenes* de guerra y *contra la humanidad*,

adoptada el 3.XII.1973 (resolución 3074, XXVIII), dispone en su art. 9:

"Cuando cooperan en el descubrimiento, arresto y extradición de individuos contra quienes hay pruebas de que han cometido *crímenes contra la Humanidad*, así como en el castigo de esos individuos si son declarados culpables, los Estados actúan en conformidad con las disposiciones de la Carta de las NN.UU. y de la Declaración relativa a los principios de derecho internacional concerniente a las relaciones amistosas y la cooperación entre los Estados, en conformidad con la Carta de la ONU".

y en su art. 5 que

"los individuos contra quienes existen pruebas que establecen que han cometido *crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad* deben ser llevados ante la Justicia y, si son reconocidos culpables, castigados, como regla general, en los países donde han cometido esos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán en todo lo que se refiere a la extradición de esos individuos".

Por consiguiente, no hay establecida una jurisdicción "exclusiva". La competencia jurisdiccional está subordinada a las normas *especiales* de aplicación, entre ellas los Tratados multilaterales de que son parte, en este caso, España y Chile, y los bilaterales, como el de Extradición de 14.04.1992 —que se rige por el principio 'aut dedere aut punire'. Así, en el caso de la detención ilegal, tortura y asesinato del español Carmelo Soria por funcionarios bajo las órdenes de la Junta Militar, es de aplicación la Convención de 14.XII.1973 sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (N. York, 14.12.1973), a la que se adhirió España el 26.07.1985 (BOE 7.02.1986) y Chile el 21.01.1977, cuyo art. 3 reza:

"La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional".

## EL TRATADO DE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL ENTRE ESPAÑA Y CHILE

De 14.04.1992 (BOE 10.01.1995), debe ser interpretado en coherencia con el posterior *Tratado General de Cooperación y Amistad entre Chile y España*, de 19.10.1990 (BOE 17.09.1991), en particular su art. 1 a), b), d) y h), que dice:

— art. 1 "Las Partes se comprometen a coordinar sus esfuerzos en el plano interno e internacional para promover la plena vigencia de los principios y objetivos siguientes:

a) La libre determinación de los pueblos, la no intervención, la solución pacífica de las controversias, la igualdad jurídica de los Estados, la cooperación

internacional para el desarrollo y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

b) *La defensa y respeto de los derechos humanos* en el marco del estado de derecho, garantía de la dignidad y seguridad de los ciudadanos.

d) *La firme condena de toda forma de violencia*, autoritarismo o intolerancia.

h) *El respaldo a las acciones internacionales destinadas a erradicar el terrorismo (...)*.

*El Tratado de Extradición y Asistencia judicial entre España y Chile*, de 14.04.1992, establece por su parte:

Art. 3: "Darán lugar a extradición, también conforme al presente Tratado, *los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean Parte*".

En la causa abierta en la Audiencia Nacional son pues de aplicación

1. en cuanto al delito de *Genocidio* la Convención de 1948, ratificada por Chile el 3.06.1953 y por España (BOE 8.02.1969), según cuyo art. VII "cada Estado parte está obligado a conceder la extradición en conformidad con sus leyes y tratados en vigor",

2. en cuanto al delito de torturas, la *Convención sobre la Tortura* de 10.12.1984, ratificada por España el 19.10.1987 (BOE 9.11.1987) y suscrita por Chile el 23.09.1987, cuyos arts. 4 y 5 extienden la jurisdicción al Estado del cual es nacional la víctima, aunque haya sido cometido el delito en otro Estado.

Si ello es así para la tortura, ninguna norma dice expresamente que no se aplique igual principio de jurisdicción universal al delito más grave de *genocidio*. O al de piratería, como dice el Ponente (rapporteur) especial de la ONU B. Whitaker, en su Informe de julio 1985 sobre el Convenio contra el Genocidio (E/CN.4/sub2/1985/6/p.38).

La *tortura* está asimismo prohibida en — la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 5,

— el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19.XII.1966, art. 7, ratificado por Chile y España (BOE 30.IV.1977),

— la Convención contra la Tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de 10.12.1984, ratificada por España el 19.10.1987 (BOE 9.11.1987) y suscrita por Chile el 23.09.1987, cuyo art. 1 incluye la tortura cometida por "agentes de la función pública o cualquiera otra persona que actúa de modo oficial o a instigación suya, o con su consentimiento expreso o tácito".

3. En el personal caso de Carmelo Soria, asesinado en Santiago el 14 de julio de 1976 siendo funcionario de la ONU, es de aplicación la citada *Convención de 14.XII.1973 sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*, de 14.12.1973, cuyo art. 8 dispone:

"1. En la medida en que los delitos previstos en el artículo 2 no estén enumerados entre los casos de extradición en tratados de extradición

vigentes entre los Estados partes, se considerarán incluidos como tales en esos tratados.

"4. A los fines de la extradición entre Estados partes, se considerará que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 3."

4. En la *experimentación del gas letal "sarín" en personas detenidas*, por funcionarios o agentes bajo la autoridad de los querellados, además de las normas ya mencionadas de Núremberg y concordantes es de aplicación la Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, y sobre su destrucción, hecho en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972 (BOE 11.VII.1979), suscrita por Chile el 10.IV.1972.

#### **INTERPRETACION DEL CONVENIO CONTRA EL GENOCIDIO POR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA**

Este tiene sentado que

"Los principios en que se basa el Convenio [para la prevención y la represión del genocidio] son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados, incluso al margen de todo vínculo convencional" (C.I.J., *Rec.* 1951, p. 23).

Esos principios han sido en cierto modo codificados en el Convenio de 9.XII.1948, que es "considerado hoy como formando parte del derecho internacional consuetudinario" (Informe del Secretario General de la ONU elaborado en conformidad con el pár. 2 de la Res. 808 (1993) del Consejo de Seguridad, ONU/S/25704, 3 de mayo de 1993, p. 13, pár. 45).

La más autorizada y reciente interpretación de la ONU sobre el Convenio contra el Genocidio y el genocidio "interior" es la de M. B. Whitaker, Ponente especial del "Estudio sobre la cuestión de la prevención y la represión del crimen de genocidio" (encargado por la ONU, ECOSOC, E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985), quien afirma:

"El genocidio no implica necesariamente la destrucción de un grupo entero (...) La expresión 'parcial' del art. 2 parece indicar un número bastante elevado en relación a los efectivos totales del grupo, o *también una fracción importante de ese grupo, como la de sus dirigentes*" (pág. 19),

"Las opiniones divergen cuando se trata de saber en qué medida las expresiones grupo 'nacional' o grupo 'étnico' engloban a las minorías (...). *El grupo de las víctimas puede de hecho ser tanto minoritario como mayoritario en un país; (...) la definición no excluye el caso en que las víctimas pertenecen al mismo grupo al que per-*

*tenece el propio autor de la violación.* El Ponente de las Naciones Unidas sobre los asesinatos en masa en Campuchea ha calificado esta matanza como "autogenocidio", expresión que implica una destrucción masiva en el interior del propio grupo de un número importante de sus miembros (E/CN.4/SR.1510)" (pág. 20),

"Durante el debate [sobre el Convenio de 1948] el delegado de Francia predijo que si bien en el pasado los crímenes de genocidio fueron cometidos por motivos raciales o religiosos, era evidente que en el futuro lo serían esencialmente por motivos políticos. Esta idea tuvo un amplio apoyo entre los otros representantes [Chile, E.E.UU., etc.]. Según Pieter Drost, en *The Crime of State, II: Genocide*, (Leyden, A.W. Sythoff, 1959), "la más grave forma del crimen de genocidio es la destrucción deliberada de la vida física de seres humanos tomados individualmente en razón de su pertenencia a una colectividad humana cualquiera en tanto que tal". (pág. 22),

"para ser calificados de genocidio los crímenes cometidos contra un cierto número de individuos, deben apuntar a su colectivo o a ellos mismos en tanto que miembros o engranajes de su colectivo" (pág. 23),

"el art. 8 de Estatuto del Tribunal de Núremberg claramente dispone que un acusado no podrá invocar en su defensa la obediencia debida a ordenes de sus superiores, incluso si el tribunal ve eventualmente en esta obediencia un motivo de atenuar la pena" (pág. 28),

"la responsabilidad individual no excluye sin embargo, necesariamente, en ciertos casos la responsabilidad colectiva del Estado respecto de sus víctimas, inclusive en ocasiones la indemnización o la restitución" (pág. 29),

"el Ponente especial considera que se debiera pedir a los Estados, o por lo menos a los Estados parte, que modifiquen sus legislaciones internas de modo que permitan la extradición de los culpables si no los persiguen ellos mismos. Se podría también hacer del genocidio una cuestión sometida al principio de la competencia universal: *aut dedere aut punire*, como es el caso de los crímenes de piratería" (pág 38), (...) ya en su Informe de 4.VII.1978 el Ponente especial concluía que el principio de la competencia universal permitiría la opción entre la extradición y la represión del crimen por el Estado en cuyo territorio el culpable ha sido hallado (E/CN.4/Sub.2/416, par. 627)"

recomendaciones ambas acogidas en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, art. 23.4.a), así como en el Tratado Bilateral de Extradición entre Chile y España de 14.04.1992, art. 3.

Sigue diciendo el Ponente especial Whitaker en el Informe de la ONU sobre el genocidio:

"se puede considerar que el genocidio no es una cuestión menos grave, ni mucho menos, que la tortura, por consiguiente el Ponente espe-

cial recomienda prever una disposición análoga a la establecida en el art. 8 del Convenio contra la tortura de 10.XII.1984" (pág. 39),

recomendación puesta también en práctica en la legislación interna española antes citada, que ha establecido la jurisdicción universal en el caso de genocidio, y en el art. 3 del Convenio Bilateral de extradición entre Chile y España.

### **APLICABILIDAD DE LA INCULPACION CONSUETUDINARIA EN EL CASO DE GENOCIDIO**

El art. V del Convenio contra el genocidio de 1948 pide a los Estados que adaptan su legislación interna para asegurar la aplicación del Convenio (lo que sí ha hecho España). Pero aunque la inculpación basada en este Convenio no fuere directamente aplicable (que sí lo es, según el Tribunal Internacional de Justicia), ello no excluye que la inculpación por genocidio pueda fundarse en el derecho consuetudinario basado en el derecho de Nüremberg. Pues este último es directamente aplicable en el orden jurídico de los Estados que lo han reconocido (todos los Estados miembros de las NN.UU., resolución 95 (I) de 11.XII.1946 de la A.G. de la ONU). Y ello con tanta mayor razón cuanto que el crimen de genocidio puede ser "cometido *en tiempos de paz*", como establece el art. 1 del propio Convenio de 1948.

El derecho de Nüremberg, y las resoluciones de la Asamblea General de la ONU que han establecido su vigencia, ha sido invocado como precedente tanto por la jurisprudencia interna de los Estados como por la doctrina, P.ej., por

— el Tribunal Supremo de los Países Bajos, J.K v. Ministerio Público, 27.X.1981, *N.Y.I.L.*, 1983, p. 427,

— la Cour d'Appel de París, caso Touvier, 27.X.1975, *A.F.D.I.* 1976, p. 924,

— la Cour de Cassation de Francia, caso Leguay, 21.X.1982, *A.F.D.I.*, 1983, p. 844,

— por Hans Kelsen en "Will the Judgment in the Nüremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", *I.C.L.Q.*, 1947, p. 153.

En el momento de crearse el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoeslavia no ha surgido duda alguna sobre la aplicabilidad directa en aquel territorio de las inculpaciones de Derecho Internacional Humanitario Convencional y Consuetudinario (*Informe del Secretario General elaborado en conformidad con el pár. 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Doc. ONU S/25704, 3.V.1993, p. 10 y ss.*).

### **COMPETENCIA UNIVERSAL**

Con independencia de la competencia para conocer de los delitos de genocidio y terrorismo cometido por los denunciados ante la Audiencia Nacional, que a ésta otorgan el art. 23.4 de la LOPJ, las nor-

mas penales internas e internacionales aplicables y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre competencia universal en los delitos enumerados en el art. 23.4 de la LOPJ —todo ello en relación con el art.3 del tratado bilateral de extradición con Chile—, debemos agregar que la competencia universal se sustenta en el propio Convenio de 1948. Eric DAVID, en sus *Principes de Droit des Conflits Armés* (Bruselas, Facultad de Derecho de la ULB, 1994, p. 621) concluye que

"El art. VI del Convenio contra el genocidio (1948) establece la competencia *prioritaria* del Tribunal del lugar donde se ha cometido el delito, pero en modo alguno excluye la competencia de otros Estados",

A idéntica conclusión llegan S. Glaser en su *Droit international pénal conventionnel* (Bruselas, Bruylant, 1970, p. 108); y el comentario sobre el "Eichmann case" en la *International Law Review*, 36, pp. 303-304; o el "US Senate's Report" sobre la ratificación del Convenio de 1948 por EE.UU., July 18, 1981, en *I.L.M.*, 1991, p.9.

Los trabajos preparatorios de la propia Convención de 1948 confirman esta interpretación. El Informe de la 6a. Comisión de la Asamblea General de la ONU precisaba en relación con la obligación enunciada en la primera parte del art. VI:

"Es así, en particular, que [la primera parte del art. VI] no afecta al derecho de cualquier Estado de presentar ante sus propios tribunales a cualquiera de sus ciudadanos por actos cometidos fuera de su territorio".

La expresión "en particular" apuntaba a reservar otras competencias extra-territoriales distintas de la competencia personal activa contemplada en este extracto del Informe (Doc. ONU, 6a. Com. de la A.G., sesiones 131-132, I.XII.1948, pp. 685-700).

El Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, por su parte, no se ha pronunciado explícitamente sobre este punto, pero sí ha afirmado que "todos los Estados parte [del Convenio] han asumido 'la obligación de prevenir y castigar' el crimen de genocidio" ("Aplicación de la Convención contra el genocidio, medidas cautelares, resolución de 8.IV.1993", C.I.J., *Recueil des Arrêts*, 1993, p. 22, pár. 45). Y en 1970 admitió que la ilegalización del genocidio, las reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidas la esclavitud y la discriminación racial, constituyen obligaciones *erga omnes*, "todos los Estados pueden ser considerados como teniendo un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos" (C.I.J., *Recueil des Arrêts*, 1978, p. 32).

El genocidio es un crimen contra la Humanidad y, también, un crimen de terrorismo magnificado. Siendo numerosos los convenios que establecen la competencia universal contra el terrorismo (p.ej., el europeo de 27.1.1977, y la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 9.XII.1985, A/Res. 40/61), es coherente que tam-

bién sea universal la competencia para reprimir el genocidio.

## **LA DESTRUCCION DE UN GRUPO EN RAZON DE SUS CONVICCIONES POLITICAS O IDEOLOGICAS ES UN CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD**

Así lo establecen los arts. 6.c) del Estatuto de Nüremberg; el art. 5.c) de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio; el art. 2.1. c) de la Ley No. 10 promulgada por el Consejo de control aliado en Alemania en 1945; el art. 5 del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoeslavia; el art. 21 del proyecto de Código de crímenes contra la seguridad de la Humanidad, preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Todos ellos incriminan "las persecuciones por motivos *políticos*, raciales o religiosos".

## **DOBLE INCRIMINACION Y RETROACTIVIDAD EN UN PROCEDIMIENTO DE EXTRADICION**

Solicitada ante la Audiencia Nacional la extradición, a efectos de su enjuiciamiento, de los responsables máximos del genocidio cometido en Chile entre 1973 y 1990, es interesante evocar que el magistrado D. José Luis Manzanares Samaniego se hace eco en España de la doctrina sobre la aplicación de un concepto básico del procedimiento de extradición, cual es que el hecho delictivo imputado al "extradituro" debe hallarse tipificado tanto en la legislación del Estado requirente como en el del requerido:

"Burgstaller<sup>3</sup> plantea el interesante problema de los hechos que en el momento de la decisión sobre la solicitud cumplen con la doble incriminación, pero que no reunían tal requisito cuando fueron cometidos. Dicho autor estima —apoyándose en Schultz y Linke— que esa falta de punibilidad enerva la extradición cuando se refiere al Estado requirente,

pero no cuando sólo se da en el ordenamiento del Estado requerido. La solución parece acertada si se repara en que no estamos ante una manifestación del *ius puniendi* del Estado requerido, sino de un auxilio judicial por su parte" (*La Ley*, 1986-2, p. 981).

## **LA ACCION CIVIL DE REPARACION**

En cuanto al derecho a reparación en los crímenes contra la Humanidad, se fundamenta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.XII.1966 (BOE 30.04.1977), cuyo art. 9.5 dispone que "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación", así como en el Código Penal (arts. 109, 116 y concordantes), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 112, 113 y concordantes) y en el Tratado de bilateral de extradición entre España y Chile.

En un proceso por crímenes contra la Humanidad pueden hacerse parte los familiares de los detenidos-desaparecidos y asesinados, también quienes sobrevivieron a campos de detención o concentración, a centros de torturas, fueron relegados dentro de su país o forzados al exilio, también aquellos cuyos patrimonios fueron confiscados. Cualesquiera sea su nacionalidad o su lugar de residencia. Mencionemos, por último, que el Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile de 24 de mayo de 1958 (BOE 14 de noviembre), en su art. 7 dispone que "los españoles en Chile y los *chilenos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio*, continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena y española, respectivamente. En consecuencia, *podrán especialmente (...) tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales*. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan".

<sup>3</sup> Burgstaller (Manfred): "Das europäische Auslieferungsbereinkommen und seine Anwendung in Österreich", en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1970, p. 11. SCHULTZ (Hans): *Das Schweizerische Auslieferungsrecht*, Basel, 1953, tomo 7 de los *Schweizerischen Criminalistischen Studien*, p. 100.