

Pinochet: balance provisional

Carlos CASTRESANA FERNANDEZ

I

La abrupta interrupción por el Gobierno británico de la tramitación en Londres de la extradición del general Pinochet, con el beneplácito de los poderes ejecutivos de los demás países involucrados en el proceso —Chile y España, principalmente— ha clausurado, quizá definitivamente, una experiencia insólita de aplicación del derecho penal internacional.

Es demasiado pronto para hacer un balance de esta experiencia. La sensación de haber asistido, por una parte, a un avance histórico en la protección internacional de los derechos humanos, se ha visto empañada, de otro lado, por la frustración y la impotencia al contemplar cómo razones extrajurídicas se imponían, fuera de los tribunales de justicia, a los progresos evidentes logrados en éstos. La razón de estado se ha impuesto sobre la aplicación del derecho y ha hurtado a las víctimas, una vez más, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Quedan muchas incógnitas por despejar. Queda por saber cuál será la evolución de los procedimientos judiciales iniciados en España en 1996; cuáles los efectos de los que se tramitan ante diferentes tribunales argentinos; cómo será el futuro inmediato, y a medio plazo, en Chile; cómo el precedente del llamado "caso Pinochet" influirá en sus puestos posteriores.

La impunidad escandalosa extendida por gran parte del planeta, de la que han venido disfrutando responsables de crímenes de lesa humanidad, ha sido seriamente contestada por la comunidad jurídica internacional. En América Latina, la sociedad ha conocido que los generales no son intocables. Videla y Massera, definitivamente indultados por Menem en 1990, han vuelto a ser encarcelados. Contreras, en Chile, por primera vez, y de forma inesperada, se ha visto acompañado en su privación de libertad por otros connotados responsables de los crímenes de la dictadura militar.

Augusto Pinochet Ugarte personificaba hasta el 16 de octubre de 1998, el paradigma de la impunidad. Había gobernado Chile con mano de hierro durante diecisiete años, después de hacerse con el poder mediante un golpe de estado; había mantenido su control absoluto de ese poder mediante un baño de sangre tan gratuito como ordenado y sistemático, y se había desembarazado expeditivamente, dentro y fuera de Chile, después de derribar a Allende, de cuantos suponían una amenaza para su ilimitada ambición: Prats, Leighton, Letelier, y tantos otros. Una sola vez consultó al pueblo chileno, mediante referéndum, sobre su permanencia en el poder: la respuesta fue que debía marcharse. Se dotó entonces de un complejo blindaje jurídico de inmunidad estatal-diplomático-parlamentario, infranqueable hasta hoy en Chile, y siguió manejando los hilos más importantes desde la sombra, con apariciones e intervenciones públicas cada vez más esporádicas, pero en las que invariablemente ame-

nazaba al recién nacido sistema democrático, para conjurar cualquier intento desde éste que pretendiera desenterrar el pasado y exigir responsabilidades. Y sin embargo, fue detenido.

El tiempo dirá si los avances conseguidos con tanto trabajo se consolidan, o si asistiremos a un retroceso generalizado de las libertades democráticas y de las garantías individuales. Para los defensores de los derechos humanos, para las víctimas y sus familiares, el retorno a Chile de Pinochet en libertad, por razones de salud más que cuestionables, inmediatamente desmentidas por la renovada actitud arrogante de aquel, y sin compromiso alguno por parte de las autoridades chilenas frente a la comunidad internacional de someterle a juicio, agrega una dosis más de escepticismo a las que se han venido acumulando por décadas. Quienes tienen la responsabilidad de gobernar en los países democráticos deberían reparar con más frecuencia en que tienen el deber de constituir un referente ético para los ciudadanos.

La primera constatación que cabe obtener de lo ocurrido es que los tribunales de justicia han estado, en general, a la altura de la ocasión: han sabido abordar un caso prácticamente inédito, han sabido rescatar del olvido una parte sustancial del ordenamiento jurídico internacional y ponerla en aplicación, y han sido capaces, además, de ordenar las consecuencias de tal actuación sustrayéndose a las permanentes interferencias del poder político. Conviene subrayar, porque no es casual, que tal fenómeno se ha producido en países en los que el poder judicial alcanza un margen razonable de independencia en el ejercicio de sus funciones.

La segunda conclusión es igualmente evidente: los gobiernos afectados por la iniciativa judicial se han sentido desbordados, han interpretado la actuación de los tribunales como una interferencia y una invasión de un área de competencias que consideran suyas y que hasta ahora habían monopolizado, y han reaccionado tarde y mal.

Tarde, porque su errónea evaluación inicial de la dimensión del precedente, hizo que no se preocuparan por detenerlo cuando habrían podido hacerlo sin tanto escándalo y sin permitir a las víctimas albergar unas expectativas ahora frustradas; y mal, porque su posterior y sostenida intención de eludir el coste político de la interrupción del proceso, frente a una opinión pública cada vez más consciente de la importancia del caso, esperando siempre que alguna resolución judicial o la actuación de otro Estado les brindase una salida providencial y gratuita, les ha llevado a buscar subterfugios, pretextos, y soluciones extraprocesales que sólo han contribuido, en definitiva, a aumentar el escándalo y su descrédito, habida cuenta del escaso respeto demostrado por las víctimas del anciano ex dictador.

En pocas ocasiones, como en estos días, y en este caso, hemos podido asistir a tal cúmulo de

manifestaciones de refinado cinismo por parte de los responsables políticos de instituciones democráticas. La liberación del general está resultando manifiestamente "cruel e injusta".

Frente a tan lamentable como indisimulado ejercicio y justificación pública de la razón de estado por parte de los representantes políticos de los países afectados, el papel jugado en este proceso por los grupos y organizaciones de defensores de derechos humanos, por las asociaciones de víctimas y de familiares, los medios de comunicación, la opinión pública y la sociedad, en general, ha sido ejemplar y esencial. El procedimiento seguido en España no hubiera podido prosperar sin las acusaciones populares y particulares, habida cuenta de la abstención, primero, y la tan abierta como sorprendente beligerancia a favor de los imputados, más tarde, del ministerio fiscal en nuestro país. De la misma forma, la fiscalía británica, tantas veces cortocircuitada en sus relaciones y comunicaciones con el juzgado español, no habría podido sacar adelante la extradición sin el concurso inestimable de Amnistía Internacional y los demás grupos que apoyaron el proceso en Gran Bretaña.

La reconstrucción somera de los hitos jurídicos y cronológicos de este proceso nos permitirán, quizás, avanzar algunas conclusiones, indicativas de los resultados obtenidos, de los errores cometidos, de los pasos a dar en el futuro.

II

La denuncia de la Unión Progresista de Fiscales presentada el 28 de marzo de 1996 abrió el camino. La decisión del juez de admitirla a trámite, y de abordar una instrucción que se adivinaba larga, compleja, y trabajosa, fue recibida con escepticismo y polémica. Se calificó de brindis al sol, de misión ciclópea. En julio de 1996 la denuncia de la Unión Progresista de Fiscales se extendió a la Junta militar chilena.

Los actos de instrucción, los argumentos jurídicos, fueron abriéndose camino contra pronóstico. Las sucesivas resoluciones de los Juzgados intervinientes fueron configurando los hechos como delitos de genocidio, de terrorismo, de torturas, como crímenes de lesa humanidad (véase J.E. Garcés, JpD número 28, marzo 1997; C. Castresana, JpD número 31, marzo 1998); fueron configurando el complicado entramado de derecho penal y procesal interno e internacional, la jurisdicción, la imprescriptibilidad, la extradición, la invalidez de las leyes de autoamnistía.

En la madrugada del 16 de octubre de 1998, agentes de Scotland Yard ejecutaron en Londres la orden de detención de Augusto Pinochet, y el 4 de noviembre siguiente el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional constituyó el que puede calificarse como uno de los precedentes más importantes de aplicación del derecho penal internacional desde los juicios de Nuremberg y Tokio, con la excepción, quizá, de la constitución de los tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda;

pero con la característica singular de que en este caso la iniciativa no era promovida por ningún Estado ni organismo internacional, sino por las víctimas.

La resolución de la Sala, discutida en alguno de sus extremos, resuelve sin embargo con nitidez la mayor parte de las numerosas y complejas cuestiones sometidas a debate.

Afirma la competencia de la jurisdicción de España para conocer de los hechos denunciados. Analiza y considera aplicable el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, descartando la interpretación del artículo 6 de dicho Convenio que propugnaba la Fiscalía de la Audiencia Nacional apelante, según la cual el Convenio no contemplaba otra jurisdicción que la del Estado en que se cometió el delito o la Corte Internacional; lo cual, aduce la Sala, es cierto, pero en nada obsta a que la ley interna de los Estados parte pueda establecer complementariamente, cual es el caso del artículo 23, 4, a) de la LOPJ española, una tercera posibilidad jurisdiccional: "*Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende*".

La Sala resolvió también convincentemente la aplicabilidad al enjuiciamiento de los hechos, anteriores a 1985, en tanto que norma procesal, del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en vigor desde ese año.

Ofreció seguidamente una discutida interpretación del tipo penal del genocidio, que le permitió afirmar la perseguibilidad universal de los hechos objeto del sumario. Definió el genocidio como "*un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano mediante la muerte o la neutralización de sus miembros*".

Tal interpretación fue extensamente motivada en el Auto de la Sala, que se remontó a los antecedentes de la Convención, entre ellos la Resolución número 96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y concluyó que el término "*grupo nacional*" incluido en la definición del delito no excluía, en tanto que "*grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación*", la consideración del mismo como "*grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor*". Interpretación contestada por algún sector doctrinal, pero no muy distinta de la patrocinada por el Relator de Naciones Unidas para el seguimiento de la Convención sobre el Genocidio, que aceptó en su informe de 1985 la consideración como genocidio de la "*destrucción de una fracción importante del grupo nacional*", incluso la cometida por "*integrantes del mismo grupo nacional*".

El tribunal español asumió igualmente la calificación de los hechos imputados como constitutivos de terrorismo, delito susceptible también de persecu-

ción internacional en tanto que contemplado en el artículo 23, 4, b) de la LOPJ. Esa consideración permitió a la Sala, acertadamente, rechazar la alegación de los apelantes de que la subversión del orden constitucional o la finalidad de alterar gravemente la paz pública, tuvieran que referirse al orden constitucional español: *“la tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del país en el que el delito de terrorismo se comete o al que directamente afecta como destinatario del ataque”*. Citando a Quintano Ripollés, el Tribunal aceptó también como una forma de terrorismo el de Estado, *“el terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos”* modalidad que *“desborda obviamente el campo propio del derecho penal interno, aunque pueda importar al inter-nacional penal en la dimensión de los llamados crímenes contra la humanidad o los genocidas”*.

Finalmente, la Sala de lo Penal rechazó también las alegaciones de cosa juzgada y la eficacia para los tribunales españoles de las leyes de amnistía, punto final y obediencia debida; y declaró la competencia de nuestra jurisdicción para la persecución de los delitos de torturas. En este punto hubiera resultado conveniente, quizá, que la Sala hubiera ampliado su argumentación, que afirma la competencia por subsunción en los tipos penales anteriores, y en el mismo marco del artículo 23, esta vez, apartado 4, g) de la LOPJ en relación con la Convención contra la Tortura de 1984; máxime por cuanto, como se vio enseguida, la imputación de tortura se convirtió en la principal y decisiva para sostener la demanda de extradición ante los tribunales británicos.

III

La primera resolución de la Cámara de los Lores sobre el General Pinochet, el 25 de noviembre de 1998 estimó, por tres votos contra dos que, dada la naturaleza y gravedad de los delitos que se le imputaban, no podía disfrutar de inmunidad por haber sido jefe de Estado cuando aquellos tuvieron lugar, y por ello debía someterse al procedimiento de extradición.

Anulado en diciembre el primer pronunciamiento, en la segunda apelación se produjo un cambio que se reveló luego como sustancial: el Gobierno de Chile se personó para defender su propia inmunidad como Estado y reivindicar su soberanía, que estimaba lesionada por el proceso español; fue aceptado como parte. Este cambio, unido quizá a las reacciones a favor del militar de personalidades tales como Margaret Thatcher, Georges Bush, el Dalai Lama o el Papa, a la incrementada reacción internacional con nuevas demandas de extradición, y a la experiencia adquirida después del primer debate sobre la inmunidad, hicieron que en la segunda oportunidad se profundizasen los aspectos en discusión, y los lores se vieron obligados a resolver, prejuzgar casi, sobre aspectos sustanciales de la extradición.

Es requisito común a todo proceso de extradición el de la doble incriminación, es decir, que los hechos en cuya virtud se solicita la entrega sean constitutivos de delito tanto en el país requirente como en el requerido. En este caso, además, estaba en discusión la inmunidad del reclamado. Los lores comenzaron por determinar cuáles de los hechos imputados al general eran perseguibles de manera homogénea en España y el Reino Unido, procediendo a eliminar del proceso todos aquellos que, a su entender, no cumplían aquel requisito. Y pasaron a analizar a continuación si el general Pinochet disfrutaba o no de inmunidad respecto de los restantes, es decir, de los que cumplían la condición de la doble incriminación y por ello justificaban la extradición.

La conclusión es conocida: los lores consideraron que el general Pinochet sólo podía ser objeto de extradición por los delitos de tortura y conspiración para la tortura, y de éstos, únicamente por los cometidos después de Diciembre de 1988, fecha a partir de la cual la Convención de 1984 estaba en vigor en los tres países.

La resolución de los lores salvó lo principal: declaró que la tortura es un crimen contra la humanidad, de persecución universal, respecto del que no cabe alegar inmunidad alguna porque *la tortura no puede ser considerada en ningún caso un acto de Estado*. Declaró también que Chile no podía alegar vulneración de su soberanía porque renunció a una parte significativa de ésta al ratificar la Convención contra la Tortura.

En cuanto a la inmunidad, la decisión constituye un precedente muy importante: seis de los siete lores estimaron que todos los individuos son responsables por crímenes contra el derecho internacional, incluso aunque fueran jefes de Estado al cometerlos; y frente a una imputación de esa naturaleza no puede oponerse el hecho de que tal responsable hubiese actuado *en el desempeño de sus funciones oficiales* porque *el derecho internacional no puede reconocer como oficiales los actos que constituyen crímenes según el propio derecho internacional*.

Se ha proclamado también que tales crímenes son de jurisdicción universal, es decir, perseguibles en y por todos los países del mundo. Al menos, y en lo que se refiere a la tortura, perseguibles con carácter *obligatorio* por todos los países signatarios de la Convención de 1984, España entre ellos. Se complementaba así, en la resolución británica, alguno de los aspectos que había quedado sólo someramente motivado en la española —con especial extensión y claridad en el voto de Lord Millett—.

En tal contexto de perseguibilidad universal de la tortura, los lores rechazaron la pretensión del Gobierno de Chile, que reclamaba su exclusiva competencia para juzgar al ex dictador. En ese mismo contexto resultaba inconsistente la argumentación, que se reiteró en España por la Fiscalía de la Audiencia Nacional, de que la jurisdicción de nuestro país habría perdido su competencia al no haber ciudadanos españoles entre las víctimas de los delitos de tortura cometidos después de diciembre de

B.D.A.

BASES DE DATOS ARANZADI

Acceda a la Legislación de cada Comunidad de la forma más sencilla y ordenada.

COMUNIDADES AUTONOMAS

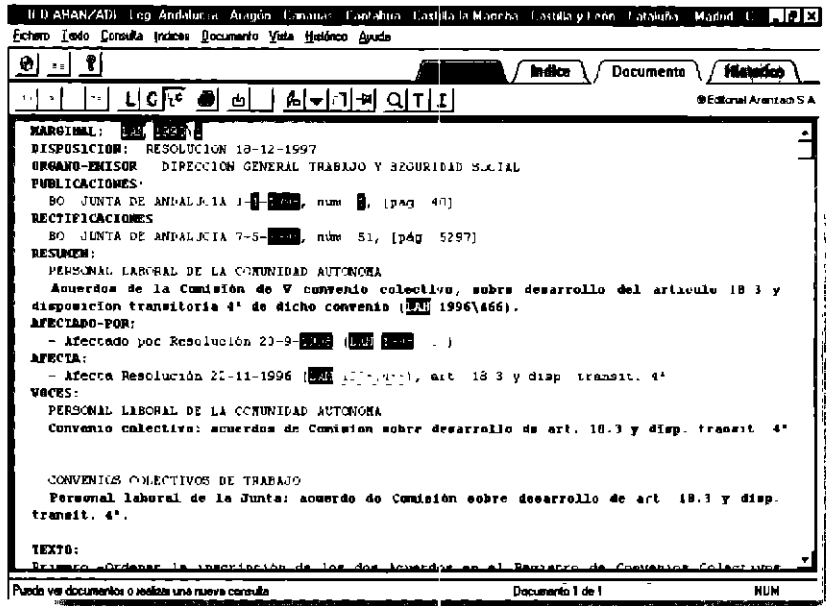


Más de 80.000 disposiciones de las distintas Comunidades Autónomas

La única que le ofrece, en formato DVD-Ram y Online bajo el sistema de licencias, bien en conjunto o individualmente, información legislativa completa de todas las Comunidades Autónomas.

La totalidad de normas a texto completo, desde 1992 referenciadas desde 1982, con la inclusión, también a texto completo, a partir de 1978, de las más importantes: leyes autonómicas, Reales Decretos de transferencia, Decretos Legislativos.

Resultado de una cuidada y exhaustiva labor de análisis interrelacionada con la BDA Legislación y con todas las Leyes de Jurisprudencia, dispone además de todas las características propias de nuestras Bases de Datos.



Compatible con la BDA Legislación, incluye los distintos y más variables rangos normativos

Constante y puntual presentación:

- **Envío permanente de pliegos**, con la legislación más reciente, de todas y cada una de las Comunidades Autónomas.
- **Actualización con cambio de disco bimestral**, incluyendo las novedades habidas durante esos dos últimos meses.
- **Diariamente actualización On-line**, en nuestra página web, "www.aranzadi.es", para que pueda consultar al día las últimas novedades.

Legislación autonómica

ANDALUCÍA	ARAGON
CANARIAS	CANTABRIA
CASTILLA LA MANCHA	CASTILLA Y LEON
CATALUÑA	EXTREMADURA
GALICIA	COMUNIDAD DE MADRID
COMUNIDAD VALENCIANA	REGIÓN DE MURCIA
LA RIOJA	ISLAS BALEARES
NAVARRA	PAIS VASCO
PRINCIPALD DE ASTURIAS	

Sistema de Licencias, que le permite acceder a todas o a una única Comunidad.



ARANZADI EDITORIAL

► **Solicite más información**
Envíe este cupón ó bien llame al **902 444 144**

Rellene sus datos personales:

Nombre y Apellidos NIF/CIF

Profesión Especialidad

Empresa Actividad

Dirección CP

Población Provincia

Si, deseo recibir más información sobre la Base de Datos Comunidades Autónomas.

1988: tampoco había víctimas británicas, y sin embargo los lores aprovecharon para recordar al ministro Straw que si no concedía la autorización para la extradición a España de Pinochet, éste debería ser juzgado en los tribunales británicos.

No parece, sin embargo, que la drástica reducción de los cargos contra Pinochet estuviera justificada. El derecho internacional no está compuesto sólo por el derecho escrito, convenciones o tratados; también lo forman la costumbre internacional y los principios generales del derecho, e incluso las decisiones judiciales anteriores y la doctrina. En su decisión los lores, a pesar de analizarlas con detalle, prescindieron de la costumbre internacional, de los principios generales del derecho internacional y de los precedentes judiciales —lo cual resulta particularmente sorprendente en un tribunal anglosajón, para el que el derecho no escrito es esencial—. Aplicaron sólo los Convenios, y no todos.

Se diría que no quisieron imponer a Chile consecuencias derivadas del derecho internacional que este país no hubiese aceptado previamente de manera expresa ratificando un convenio internacional. O, dicho de otra manera, los Lords of Appeal quisieron dictar una resolución que resultase después absolutamente inatacable desde el punto de vista de la lesión de su soberanía que el Gobierno de Chile invocaba.

No hicieron uso del Convenio contra la toma de rehenes, cuya aplicabilidad podía ser discutida por razones de tipicidad. Rechazaron también la aplicabilidad del Convenio Europeo de Terrorismo, que establece una clara jurisdicción extraterritorial, y obliga a España y Gran Bretaña desde 1980, pero en el que Chile no es parte. Y analizaron el requisito de la doble incriminación únicamente desde el punto de vista de su derecho interno escrito, admitiendo como susceptible de extradición exclusivamente aquel delito, el de tortura, para el que los tribunales británicos tuvieran en la fecha de los hechos (desde diciembre de 1988 en adelante) jurisdicción extraterritorial expresa.

Obviaron con ello la aplicación del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, que les permitía analizar y resolver el requisito de la doble incriminación con arreglo al derecho nacional o internacional, y que autoriza a proceder por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos, no sólo según el derecho escrito, o los Convenios, sino también según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

No cabe duda de que los delitos imputados a Augusto Pinochet constituyen, por su gravedad, por su carácter sistemático, por su importancia cuantitativa, y por dirigirse desde el Estado contra ciudadanos indefensos, crímenes contra la humanidad, condenados por el derecho internacional y susceptibles de persecución universal al menos desde 1946. Lo son en el sentido del Estatuto de Nuremberg. Lo son también, o más aún, en el sentido establecido por resoluciones judiciales posteriores, como las dictadas en los casos de Paul Touvier o Klaus Barbie.

La consecuencia de la importante reducción cuantitativa de los cargos contra el General, no resultaba significativa para el proceso porque, como señaló el ministro Straw en la autorización para proceder que dictó seguidamente, los subsistentes eran más que suficientes para justificar la extradición.

Sin embargo, cualitativamente, la reducción era sustancial, y condujo a resultados incoherentes. Si, como se afirma, la prohibición de la tortura sistemática de los ciudadanos por los servicios oficiales del Estado, es una norma de *ius cogens*, obligatoria para todos los países del mundo, hayan firmado o no la Convención de 1984, y la tortura es un delito universalmente perseguible con carácter extraterritorial, ¿cómo podrá no serlo también el secuestro masivo de los ciudadanos seguido de su ejecución extrajudicial, o la sistemática desaparición forzada de los detenidos, que es una conducta objetivamente mucho más grave? ¿No deberá considerarse también prohibida por una norma de *ius cogens* la desaparición forzada? Negar la perseguibilidad extraterritorial de esta conducta aberrante por el hecho de que tal posibilidad no se encuentre expresamente aceptada por un Convenio, resulta incoherente. En derecho, lo que no es razonable suele no ser justo.

Veremos seguidamente cómo esta incoherencia de la resolución de los lores vendría a ser luego, en cierta medida, subsanada por el juez que resolvió la demanda de extradición, aceptando la posibilidad de equiparación, alegada por el juzgado español, entre la configuración jurídica de la tortura y la desaparición forzada.

Podrá argüirse que la resolución de los lores ha sido la más avanzada que podía obtenerse teniendo en cuenta que es la primera vez desde 1945 que se seguía contra un ex jefe de Estado un proceso de estas características, al cual se oponía activamente el Gobierno de Chile y respecto del que la posición del Gobierno español fue equívoca, cuando no hostil, desde el principio. Podrá intuirse también que la decisión hubiera sido mucho menos restrictiva si se hubiera tratado, por ejemplo, de la extradición de un criminal nazi, o de la de un serbobosnio. Pero deberá convenirse, a pesar de todo, que constituye un avance histórico en la protección jurisdiccional de los derechos humanos, como lo constituye la previa resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española.

La Cámara de los Lores determinó que todos los casos de tortura y conspiración para la tortura cometidos desde diciembre de 1988 justificaban la extradición; y que frente a esa imputación no cabía inmunidad. Constataron también que la demanda española, en el marco del Convenio Europeo de Extradición, no necesitaba para su estimación la presentación de evidencias de los cargos imputados. Complicó su decisión con aspectos que no estaban sometidos a su consideración, ajenos a la estricta cuestión de la inmunidad, pero sentó las bases, definitivamente, para la posterior sentencia favorable a la extradición.

IV

La Sentencia de extradición dictada el 8 de octubre de 1999 por el juez Bartle, del tribunal de Bow Street, respetó las limitaciones impuestas por la Cámara de los lores, y concedió la extradición a España del general Pinochet por todos los casos de tortura, cometidos a partir de diciembre de 1988, que se le imputaban. Los que se mencionaban inicialmente en la demanda de extradición, y también los añadidos como complemento de aquella en virtud de la información solicitada por la Fiscalía británica y facilitada por el Juzgado español, nuevamente con la cerrada oposición de la Fiscalía española. En realidad, para conceder la extradición bastaba un solo caso de tortura, y Bartle lo sabía. Y debía saber también que un solo caso posterior a aquella fecha por el que se denegara la extradición, justificaba, y aún imponía, su enjuiciamiento en un tribunal británico. Carecía de sentido romper la continencia del proceso, para el que ambos países resultaban competentes, accediendo a la demanda en unos casos y desestimándola para otros.

Quizá por esa razón, el juez británico —y esto es lo verdaderamente trascendental de su decisión— recuperó, como susceptibles de justificar la extradición, los 1.198 casos de detenidos-desaparecidos que los lores habían dejado fuera sin demasiadas explicaciones. Tampoco las ofreció Bartle para volver a incluirlos. Estableció, sencillamente, que la apreciación relativa a si los casos de desaparición forzada podían o no tipificarse como delitos de tortura, según había alegado la Fiscalía británica, correspondía al Tribunal español, al considerar que tal extremo dependía del derecho interno español, que le era desconocido.

Este era, como se ha expuesto, uno de los aspectos más inexplicables de la decisión de la Cámara de los Lores. Aceptada por éstos la no inmunidad de Pinochet para todos los casos de tortura y conspiración para la tortura cometidos después de 1988, los lores no entraron a considerar si la desaparición forzada podía considerarse una modalidad de tortura, teniendo en cuenta que suponía un trato inhumano y degradante para el desaparecido y para sus familiares, y que era un delito de ejecución permanente, cuyos efectos se prolongan en el tiempo mientras se desconoce el paradero del secuestrado; con lo cual, aún producida la desaparición antes de 1988, prolongaba sus efectos después de esa fecha.

Lo había interpretado la Corte Interamericana de Derechos del Hombre, el 29 de julio de 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, al definir la desaparición forzada como una forma compleja de violación de derechos, entre los que se ven afectados, además de la libertad, el derecho a la vida y el derecho a no recibir tratos inhumanos. Así lo consideró también el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su resolución de 15 de julio de 1994, *Mojica v. República Dominicana*, al afirmar que la desaparición de una persona es indisoluble de tratamientos que comportan violación del artículo 7 (tortura) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La detención-desaparición viola los derechos de los familiares del desaparecido. Lo ha dicho el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 21 de ju-

lio de 1983 en el caso *Quintero v. Uruguay*: las desapariciones atentan gravemente contra los derechos de los familiares del desaparecido, a quienes se causa una grave angustia, que se prolonga frecuentemente durante años, en los que perdura la incertidumbre sobre el ser querido.

Lo ha dicho también Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 25 de mayo de 1998, en el caso *Kurt v. Turquía*: la detención-desaparición de un individuo supone una total negación de sus garantías y una violación del Convenio, que garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad, estando obligadas las autoridades que procedieron a la detención a revelar el paradero del desaparecido. También supone, según el Tribunal de Estrasburgo, violación de los derechos de los familiares del desaparecido a no ser sometidos a tortura y a tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, en virtud de la situación de angustia y sufrimiento a que les ha llevado la desaparición de su familiar. Son responsables las autoridades del Estado. Y señala también la Sentencia *Kurt* que el Estado ha violado la obligación que le impone el Convenio Europeo de Derechos Humanos de desarrollar investigaciones efectivas tendientes a procurar la identificación y castigo de los culpables.

El juez británico asumió implícitamente tal posición, más con argumentos de sentido común que con razones de otra índole, y encomendó la apreciación final de la posibilidad de la inclusión de los desaparecidos en la imputación a Pinochet, como se ha señalado, a los jueces españoles. Interrumpido el proceso de extradición, tendrá que ser ahora el Estado de Chile el que procure la tutela judicial efectiva de las víctimas y de sus familiares.

V

La actitud del Gobierno español, partidario inicialmente de una negociación nunca concretada con el de Chile, luego de un arbitraje internacional, previa consulta al Consejo de Estado y sobre la base de un consenso que no tenía garantizado con los partidos políticos, y sorprendentemente satisfecho después ante la perspectiva de ser demandado ante la Corte Internacional de la Haya, contribuyó decisivamente, con o sin el pacto tripartito del que se han hecho eco estos días los medios de comunicación, a la decepcionante salida por la que finalmente ha optado el Gobierno británico. El paralelo proceder del Gobierno de Chile hizo el resto.

El arbitraje no era posible, en mi opinión, por lo que nunca debió ser considerado como una opción válida. Las reclamaciones del ciudadano Pinochet frente al órgano judicial que le procesó no podían ser solventadas por un eventual acuerdo entre dos Estados, ninguno de los cuales era parte en ese procedimiento judicial. Por otra parte, según nuestra Constitución, el poder ejecutivo no tiene poder de disposición sobre un procedimiento penal. La acción penal es obligatoria para los delitos perseguibles de oficio y el Tribunal no dispone de un principio de oportunidad. ¿Sobre qué pensaba transigir, entonces, el Gobierno español? ¿Sobre un proce-

dimiento que legalmente no controlaba? ¿Sobre una acción penal sobre la que no tenía capacidad de disposición? ¿Sobre un procedimiento de extradición respecto del que reconoció públicamente que la ley no le concedía margen alguno de discrecionalidad?

El hipotético arbitraje podría haberse referido a la interpretación de la extensión que la Convención contra la tortura confiere a la jurisdicción extraterritorial. Si así fuera —y la cuestión reviste actualidad porque todavía se plantea en estos días que Chile pueda acudir a la Corte de la Haya— conviene recordar, como señalaron los Lores, que la jurisdicción contra la tortura está regulada por normas de *ius cogens* de derecho internacional, que no pueden ser modificadas ni derogadas por los Estados, ni siquiera mediante un Tratado, y menos aún mediante un arbitraje.

Si Chile considerase seriamente la posibilidad de demandar a España ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, debería evaluar adecuadamente que, naturalmente, quien puede demandar, puede también ser demandado. Y no, en particular, por España, habida cuenta de que nuestro Gobierno no parece estar interesado en tal posibilidad, y ha demostrado mucho más interés por la suerte de las inversiones españolas que por la de nuestros desaparecidos. Pero sí, por ejemplo, por los demás países que habían interesado la extradición de Pinochet; o por cualquiera de los otros más de cien Estados que han ratificado la Convención contra la Tortura, a quienes la Corte de la Haya tiene que dar traslado de cualquier demanda relativa a la interpretación de la Convención, y que pueden desde ese momento intervenir como parte en el proceso.

Chile podría encontrarse en situación de dar muchas más explicaciones que las que está dispuesto a pedir: empezando por la suerte de los mil doscientos ciudadanos que permanecen desaparecidos, algunos desde hace más de veinte años. Tendría que explicar porqué mantiene vigente el Decreto de amnistía que se autoconcedió Pinochet en 1978, a pesar de su declarada nulidad conforme al derecho internacional. Tendría que explicar porqué la inmensa mayoría de los culpables permanecen en libertad y porqué las víctimas y sus familiares no han encontrado amparo judicial en los tribunales chilenos.

VI

El proceso Pinochet ha originado muchos problemas. Por su singularidad, se ha convertido en una prueba de fuego para el derecho internacional, en un referente para la protección universal de los derechos humanos. Hasta ahora, junto con la cólera de algunos y el escepticismo de muchos, había despertado la esperanza de muchos más. Por primera vez parecía que la consideración de la humanidad como sujeto de derechos era algo más que una proclamación retórica.

Quienes han reivindicado en esta oportunidad la soberanía de Chile para que Pinochet regresara a

su país sin ser juzgado, para que todo siga igual, para que las relaciones comerciales continúen sin la interferencia que supone la protección efectiva de los derechos humanos, deberían reflexionar acerca del contenido de la soberanía de los estados. La soberanía decimonónica, concebida como la facultad de los Estados de realizar no importa qué aberraciones dentro de sus fronteras sin injerencias externas, debiera quedar definitivamente proscrita; sin embargo, por desgracia, se muestra preocupantemente vigente. Sabemos cuál es el significado de esa soberanía para muchos países en desarrollo: consiste en convertir aquellos sistemas políticos en democracias de papel, en estados de derecho de segunda clase, donde la igualdad ante la ley es pura ficción y donde los ciudadanos no encuentran amparo en las instituciones públicas.

Chile dispuso de la posibilidad de realizar, durante los últimos diecisiete meses, un acto de soberanía: solicitar la extradición de Augusto Pinochet. Obtuvo la libertad del general, por el contrario, sin asumir compromiso alguno, mediante lo que parece claramente un subterfugio. Existen individuos cuya libertad es inversamente proporcional a la de la sociedad en la que viven. Cuanto más libre es Pinochet, menos lo es Chile. El Gobierno de Chile tiene ahora la posibilidad y la responsabilidad de demostrar para qué quería la soberanía. No era en Madrid, ni en Londres, donde decenas de miles de personas reclamaban hace unas semanas, en el cierre de la segunda vuelta de la campaña electoral por la Presidencia, el juicio del anciano ex dictador.

El proceso seguido para la extradición de Pinochet encierra otras lecciones. Nos ha permitido conocer dónde estaba y donde está cada cual.

Nos ha permitido constatar las limitaciones de los tribunales de justicia como instrumentos efectivos de preservación de las garantías individuales, y el funcionamiento de los resortes de control que mantienen los Gobiernos en el seno de los procedimientos judiciales, especialmente eficaces en lo relativo a la cooperación judicial internacional y a la extradición. Hemos podido comprobar así que los tribunales son sólo uno, entre otros muchos, de los terrenos en los que pueden obtenerse resultados en la protección de los derechos humanos.

Hemos podido contemplar también cómo el poder ejecutivo bloqueaba reiteradamente las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, cómo se ponía en marcha y en aplicación una deliberada confusión entre la naturaleza política o judicial de las resoluciones; y cómo se patrocinaba para las decisiones políticas un margen de discrecionalidad rayano en la arbitrariedad. Sabemos, pues, que será preciso propugnar la eliminación en el futuro de las facultades atribuidas a la autoridad gubernativa en el derecho interno y en los instrumentos jurídicos internacionales, en materia de cooperación y comunicación entre órganos judiciales y en materia de extradición. Su mantenimiento coarta severamente la independencia judicial y el derecho a la tutela judicial en los casos en que confluyen intereses políticos y económicos importantes.

Queda mucho por hacer. La jurisdicción univer-

sal, aplicada cotidianamente sin grandes dificultades a los responsables de tráfico de drogas, falsificación de moneda o delitos relativos a la prostitución, ha puesto de manifiesto, cuando se trata de la persecución extraterritorial de crímenes de derecho internacional, sus posibilidades, pero también sus problemas y sus limitaciones: Pinochet ha estado privado de libertad un mes, aproximadamente, por cada año de su dictadura; un día por cada ocho de sus víctimas. Cada vez es más evidente que la jurisdicción concurrente de la Corte Penal Internacional debe funcionar cuanto antes. Las insuficiencias del Estatuto de Roma no pueden servir de pretexto para oponerse a la ratificación por el número de Estados necesarios para la constitución de la Corte.

El reconocimiento de la tortura como crimen de

derecho internacional no ha ofrecido mayores dificultades, merced a la Convención de 1984; no ha ocurrido lo propio, sin embargo, con otras figuras jurídicas, como la desaparición forzada, a pesar de los avances del derecho penal internacional en las últimas décadas. Debe ser objeto, cuanto antes, de una Convención como la de la tortura.

La amargura y la inevitable sensación de vacío y frustración que produce la "solución" extrajudicial del "problema" Pinochet no puede hacernos olvidar que el militar liberado ha regresado a un Chile diferente, que para él será el destino de su reclusión definitiva; a una sociedad democrática en la que se le pueden exigir responsabilidades y se le están exigiendo, y en la que muchas personas van a seguir trabajando para remover los obstáculos que ahora lo impiden.