

# ESPAÑA

Carlos CASTRESANA FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Procesos de delincuencia de Estado seguidos ante los tribunales españoles*. III. *Respuestas a las preguntas del Coloquio*. IV. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El derecho internacional de los derechos humanos viene cobrando creciente importancia en las últimas décadas. Al reconocimiento en los instrumentos jurídicos más importantes de los derechos humanos básicos, la vida, la libertad, la integridad física, han venido añadiéndose otros que complementan a aquéllos, como las libertades de expresión, de información y las de participación política. Unos y otros forman también parte esencial del derecho interno de los Estados.

2. Junto con el reconocimiento y proclamación de los derechos, en los últimos años se ha venido desarrollando, como consecuencia de la constatación de que en muchos países se producen violaciones masivas y sistemáticas de aquéllos, una creciente conciencia de la necesidad de garantizar el efectivo respeto de los derechos, y de instrumentar garantías para la vigencia de los mismos, arbitrando mecanismos de tutela judicial para restablecer el orden jurídico en los casos y situaciones en los que se han producido violaciones de aquéllos.

3. El papel asignado a los tribunales de justicia, y al derecho penal como garantía de los derechos humanos, en su doble vertiente disuasoria y punitiva, es cada vez más relevante, tanto en lo referido al derecho interno y a la actuación de los tribunales nacionales, como en lo relativo a los acontecimientos producidos en la última década; en particular, la creación de dos tribunales penales internacionales *ad hoc* por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la aprobación del Estatuto de Roma para la constitución de la Corte Penal Internacional, y los diversos casos de

persecución penal extraterritorial por parte de Tribunales nacionales, al amparo del principio de jurisdicción universal, o con fundamento en los principios de personalidad activa o pasiva.

4. Los Estados más avanzados y democráticos, y sus estructuras políticas y organizativas, se caracterizan actualmente, no solamente porque los cargos públicos sean renovados periódicamente mediante sufragio universal con procedimientos electorales transparentes —lo que es una condición *sine qua non*—, sino principalmente porque los poderes públicos someten su actuación al principio de legalidad, y en particular, porque garantizan a sus ciudadanos el efectivo respeto y el libre ejercicio de sus derechos fundamentales, individuales y colectivos, y les aseguran una reparación adecuada cuando sus derechos son lesionados.

5. En los procesos de transición democrática, en Estados en los que después de etapas de gobierno autoritario se ha accedido a sistemas políticos de democracia formal, la aplicación del derecho penal como instrumento de garantía del efectivo respeto de los derechos humanos, y como medio de restablecer mediante el castigo de los culpables y la reparación a las víctimas el orden jurídico perturbado por una situación anterior de violación grave de aquellos derechos, ha ofrecido resultados muy desiguales en función de la realidad social y del contexto político en el que dichas transiciones se han producido.

6. Puede considerarse a las declaraciones de derechos del derecho interno y del internacional de los derechos humanos (fundamentalmente, las contenidas en las Constituciones nacionales y en la Declaración Universal de 1948) como la moderna reedición del contrato social. Se establece, por una parte, que cualquier ser humano, por el hecho de serlo, es titular de un conjunto de derechos fundamentales. Se establece, al mismo tiempo, que los Estados, que constituyen la articulación política y organizativa de las sociedades humanas, son garantes de una doble obligación derivada de ese contrato social, esencial para dotar de legitimidad a esa manera de organización de la sociedad: de una parte, las instituciones públicas deben respetar y asegurar el respeto de los derechos de los que son titulares los individuos. De otra parte, deben perseguir y castigar las violaciones cuando éstas se produzcan.

7. La aportación realizada a partir de 1996 por los tribunales españoles a la persecución extraterritorial de los crímenes contra la humanidad ha incidido, aunque de manera desigual, en las transiciones democráticas y en la realidad social de Argentina, Chile y Guatemala.

## II. PROCESOS DE DELINCUENCIA DE ESTADO SEGUIDOS ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

### 1. *Atribución de jurisdicción penal extraterritorial*

8. El ordenamiento jurídico español anterior a la transformación democrática del Estado (hasta 1975) ya contenía algunas normas procesales de atribución de competencia extraterritorial a la jurisdicción penal española. Con arreglo a las normas que son habituales en el derecho comparado, y estableciendo como criterio básico el derivado del principio de territorialidad, la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 incluía previsiones complementarias de aplicación extraterritorial de la ley penal española atendiendo al principio de personalidad activa, al real o de protección de los intereses nacionales esenciales, y al de universalidad.

9. Además de algunos delitos relativos a la prostitución, piratería, los de falsificación de moneda, y más modernamente, los delitos contra la salud pública, se consideraban persegubiles por la jurisdicción española todos los delitos tipificados en el Código Penal en el capítulo relativo a la seguridad exterior del Estado.<sup>1</sup> Entre ellos quedó comprendido en el artículo 137 bis el delito de genocidio a partir de 1971, en el que se tipificó en nuestro Código Penal<sup>2</sup> después de que España ratificara la Convención sobre el genocidio de 1948.<sup>3</sup> De igual manera, los delitos de terrorismo, que en la legalidad predemocrática eran perseguidos como delitos militares, tenían la consideración de delitos de persecución universal con arreglo al artículo 17 del Código de Justicia Militar.<sup>4</sup>

10. Entre los cambios legislativos destinados a adaptar el ordenamiento jurídico español a la Constitución de 1978 y a los compromisos deri-

<sup>1</sup> Artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.

<sup>2</sup> Ley 47/1971 de 15 de noviembre (BOE de 16 de noviembre de 1971). El genocidio se tipifica en el capítulo III de los delitos contra el derecho de gentes, dentro del título I de los delitos contra la seguridad exterior del Estado. Se mantiene igual en el texto refundido, Decreto 14 de septiembre de 1973 (BOE 12 de diciembre de 1973).

<sup>3</sup> La adhesión de España se produjo el 13 de septiembre de 1968 (BOE de 8 de febrero de 1969).

<sup>4</sup> Artículo 17 del Código de Justicia Militar aprobado por Ley de 17 de julio de 1945 (BOE de 5 de agosto de 1945) al que se incorporaron las conductas tipificadas como delitos de terrorismo, consideradas desde entonces delitos militares, por Ley 42/1971 de 15 de noviembre, artículos 294 bis a), hasta e).

vados de la ratificación en esos mismos años de la mayor parte de los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, se promulgó y entró en vigor en 1985 una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

En su artículo 23, adoptando la tendencia desarrollada en los países democráticos más avanzados, que desde hace décadas vienen estableciendo el marco de aplicación de la ley penal en el espacio con arreglo a criterios de protección supranacional de los bienes jurídicos más importantes —superando la concepción decimonónica del *ius puniendi* como manifestación y como límite de la soberanía nacional—, la ley estableció en el apartado 1, como regla general para la determinación del ámbito espacial de la jurisdicción penal española, el principio de territorialidad; añadiendo en el apartado 2 criterios de atribución jurisdiccional con arreglo al principio de personalidad activa, es decir, en atención a la nacionalidad del autor del delito (manifestación y consecuencia, a su vez, del principio *aut dedere aut punire* en materia de extradición, y del principio, actualmente cada vez más cuestionado, de no entrega de nacionales).

En el apartado 3 se incluyeron los supuestos de atribución de competencia en aplicación del principio real o de protección, tales como los relativos a delitos de traición y rebelión, contra la Corona, contra funcionarios y autoridades españolas, etcétera; y en el apartado 4, los criterios derivados del principio de universalidad.

11. Entre estos últimos, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica atribuye competencia extraterritorial a la jurisdicción penal española por los delitos de genocidio, terrorismo, piratería, falsificación de moneda extranjera, prostitución, tráfico de drogas, y como cláusula abierta complementaria, cualquier otro delito que “según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

12. La única limitación al ejercicio de acciones ante los Tribunales españoles por delitos cometidos fuera de España correspondientes a los tipos penales más arriba señalados en los apartados 2, 3 y 4, se establece en el artículo 23.2 c) y es la relativa a la excepción de cosa juzgada, al exigirse, para reconocer la competencia, que “el delincuente no hubiera sido previamente absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, que no hubiera cumplido la condena”, especificándose seguidamente que, si la hubiera cumplido en parte, el tiempo de cumplimiento le será tenido en cuenta para rebajarle proporcionalmente la pena que le corresponda.

13. El legislador de 1985, en contra de la tendencia generalizada en el derecho comparado, optó por no incluir ningún precepto de atribución de competencia con fundamento en el principio de personalidad pasiva, es decir, atendiendo a la nacionalidad de la víctima del delito.

## *2. El proceso conocido como Caso Pinochet*

14. Cuando en marzo de 1996, la Unión Progresista de Fiscales se planteó ejercer la acción penal en España, interponiendo una denuncia contra los responsables de las juntas militares argentinas, y en el mes de julio del mismo año, otra contra los integrantes de la Junta Militar chilena, no disponía, según lo examinado, de preceptos que permitieran ejercer la acción exclusivamente respecto de las víctimas españolas.

15. Únicamente respecto del delito de tortura, de forma indirecta, a través de la cláusula residual más arriba mencionada, contenida en el artículo 23.4 g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que alude a las obligaciones derivadas de los tratados y convenios en cuya virtud determinados delitos deban ser perseguidos en España, puesta en relación con el artículo 5.1 c) de la Convención de 1984 contra la Tortura, ratificada por España en 1988, podía establecerse un criterio de conexión jurisdiccional específicamente relacionado con el elevado número de ciudadanos españoles que fueron víctimas de la Guerra Sucia en Argentina y Chile, el primero, después de los propios ciudadanos argentinos y chilenos.

16. Establecida la tipificación de los hechos denunciados como delitos de genocidio, terrorismo y tortura, y más genéricamente como crímenes de lesa humanidad (tipicidad no establecida expresamente como tal en el Código Penal español, pero importante para determinar algunos extremos de la acción penal, como el de la imprescribibilidad de tales conductas) no existía dificultad para reconocer la competencia de la jurisdicción penal española, tanto respecto de las víctimas españolas como en relación a las de cualquier otra nacionalidad, y tanto al amparo de las normas procesales vigentes en el momento de ejercicio de la acción, como de las vigentes en el momento de cometerse los delitos.

17. De esta forma se propiciaba la oportunidad de brindar, sin distinción de nacionalidades, tutela judicial a todas las víctimas; y también la de que los Tribunales españoles se pronunciaran sobre su competencia para perseguir conductas de aquella naturaleza cometidas fuera de Espa-

ña, con un planteamiento que, a la vista de la configuración de la jurisdicción extraterritorial en el derecho interno español, resultaba obligadamente más ambiciosa que las iniciativas procesales emprendidas en los años anteriores por tribunales franceses, italianos y de otros países europeos, que se habían declarado competentes con arreglo a normas que, aplicando el principio de personalidad pasiva, hacían referencia únicamente a sus propios nacionales, víctimas de los delitos.<sup>5</sup>

18. Impugnada la competencia de los tribunales españoles por la Fiscalía de la Audiencia Nacional en 1997, el Pleno de la Sala de lo Penal de dicho Tribunal dictó dos autos de casi idéntico contenido, de 4 y 5 de noviembre de 1998, el primero referente a Argentina y el otro a Chile, y en ambos, por unanimidad, se resolvió a favor de la competencia de la jurisdicción penal española.<sup>6</sup>

19. Los autos de la Sala rechazan la eficacia para el Tribunal español de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida Argentinas y del Decreto de Amnistía de Chile. Esas normas han sido reiteradamente consideradas contrarias a los deberes —a los que se hacía mención en la introducción— impuestos por la Convención Americana de Derechos Humanos y por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos a los respectivos Estados.<sup>7</sup> El Tribunal español rechazó su carácter vinculante, considerando que tales disposiciones, a los efectos del artículo 23.2 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial más arriba mencionado, no son equiparables a la abso-

<sup>5</sup> Una explicación más extensa de la iniciativa de la Unión Progresista de Fiscales a propuesta del autor de este trabajo puede encontrarse en Castresana Fernández, Carlos, “El juicio en cortes extranjeras a los miembros de las juntas militares argentina y chilena”. *La jurisdicción universal*, en Corcuera-Guevara, Santiago (comp.), *Justicia penal internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2001, pp. 51-71.

<sup>6</sup> El Auto sobre Chile de 5 de noviembre de 1998 (correspondiente a Sumario 1/98 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional, acumulado al Sumario 19/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la misma Audiencia), de texto prácticamente idéntico en su fundamentación jurídica al de 4 de noviembre de 1998 sobre Argentina, puede examinarse en García Arán, Mercedes *et al.*, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso de Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 317-328 (Anexo V).

<sup>7</sup> Fundamento jurídico octavo del Auto de 5 de noviembre de 1998. El Tribunal declara que tales normas pueden considerarse contrarias al *ius cogens* internacional. También véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, 1986, p. 204; Informe 28/92 CIDH Argentina; Informe 36/96 CIDH Chile.

lución o indulto, puesto que por tales procedimientos los hechos denunciados quedaron imprejuzgados.<sup>8</sup>

20. Desestiman también la alegación de que los procedimientos lesionen la soberanía de Argentina o de Chile toda vez que mediante ellos se hace “ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales”. Se legitima con ello, al amparo del carácter supranacional de los bienes jurídicos protegidos por la norma, un cierto “derecho de injerencia” jurisdiccional ante la no persecución de las violaciones masivas de los derechos humanos por los tribunales del lugar en que aquellas han sido cometidas. El Tribunal resalta también el “interés legítimo” de la jurisdicción española en la persecución de los hechos, interés que deriva de la existencia de un importante número de víctimas españolas, lo que supone una obvia alusión al principio de personalidad pasiva, no obstante carecer la ley española de criterios de atribución de competencia expresamente referidos a dicho principio.<sup>9</sup>

### *3. Calificación de los hechos como delincuencia de Estado*

#### *A. Genocidio*

21. La discusión acerca de la tipificación de los crímenes cometidos durante la Guerra Sucia en Argentina y Chile como delitos de genocidio, tipificación admitida por la Audiencia Nacional, excede del objeto de este trabajo.<sup>10</sup> Ello no obstante, la calificación del delito de genocidio como delincuencia de Estado no ofrece dificultad, ya que una violación de los derechos humanos contra la población civil que revista caracteres tales como para hacerse acreedora de tal calificación jurídica implica casi necesariamente, y desde luego, así ocurrió en los dos casos en cuestión,<sup>11</sup>

<sup>8</sup> *Idem*, fundamento jurídico octavo. El Decreto Ley 2191/1978 dictado en Chile es calificado por el Tribunal como “norma despenalizadora por razones de conveniencia política”.

<sup>9</sup> *Idem*, fundamento jurídico noveno: “España tiene un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de cincuenta los españoles muertos o desaparecidos en Chile, víctimas de la represión denunciada en los autos”.

<sup>10</sup> Véase Gil Gil, Alicia, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, UNED Alzira-Valencia, 1999, pp. 160 y ss.

<sup>11</sup> Y de manera más evidente aún en el caso de Guatemala, al que se aludirá más adelante.

la participación del aparato policial y militar de un Estado que la impulse, ordene y ejecute, para que adquiera carácter masivo y sistemático.

#### *B. Tortura*

22. En el caso de la tortura, la tipificación de los hechos como tal delito, y su calificación como delincuencia de Estado, es más clara todavía por obvias razones de tipicidad, al requerirse el carácter de autoridad o funcionario público del autor como uno de los elementos típicos de tal conducta delictiva, según lo dispuesto en el artículo 174 del Código Penal español y el artículo 1.1 de la Convención de 1984.

#### *C. Terrorismo*

23. En cuanto al “terrorismo de Estado”, su construcción jurídico-penal como delincuencia de Estado en España no puede ser adecuadamente evaluada sin tener en cuenta los antecedentes y los condicionantes jurídicos y políticos que precedieron e hicieron posible aquélla, las contradicciones que afloraron como consecuencia del hecho de abordar la violación de los derechos humanos de los regímenes autoritarios de otros países sin haber resuelto los del nuestro, y que determinaron también los obstáculos, inconvenientes y resistencias que se produjeron, así como el resultado. La situación de los derechos humanos en España después de nuestra transición democrática, y la respuesta del Poder Judicial, y más tarde del poder político, a las violaciones de esos derechos imputables al propio Estado o a sus servidores e instituciones, condicionaron también la actuación de los tribunales en los procesos tramitados al amparo del principio de jurisdicción universal.

#### *D. Antecedentes históricos*

24. El proceso de transformación democrática en España se desarrolló entre 1975, después de la muerte del general Franco, y 1978, fecha de la aprobación de la vigente Constitución. Durante ese periodo se abordó la reforma democrática desde las propias instituciones públicas de la dictadura. Los responsables del aparato del Estado autoritario en proceso de desmantelamiento impusieron a los responsables de la incipiente oposi-

ción democrática la no exigencia de responsabilidades por ninguno de los crímenes de Estado cometidos durante la dictadura. De hecho, tal posibilidad ni siquiera fue contemplada: en aquel momento, la prioridad de los grupos democráticos era conseguir su legalización y la libertad de las personas encarceladas por motivos políticos.<sup>12</sup> Se promulgó un indulto general en 1976 y una Ley de Amnistía en 1977. En ésta se excluyó la punición de los delitos “políticos” de la oposición, y junto con ellos, la de todos los delitos correspondientes a la represión ilegal de la dictadura.

25. Aunque la transición democrática española ha sido valorada generalmente, tanto en nuestro país, como en el exterior, de manera positiva, llegando incluso a ser considerada modélica, resulta discutible la decisión de renunciar entonces, y más aún después, no sólo a la exigencia de responsabilidades penales, sino incluso al restablecimiento de la verdad y de la memoria histórica.

26. Las insuficiencias del proceso de transición, y el mantenimiento en sus cargos oficiales no electivos de los principales responsables del aparato del Estado autoritario, propiciaron en los años siguientes un golpe de Estado fallido, así como la aparición de un fenómeno de terrorismo de Estado, que se prolongó hasta 1986 y acompañó a la actividad terrorista de ETA, que no se ha detenido.<sup>13</sup> En los años siguientes se dictaron sucesivas sentencias condenatorias en casos de torturas, detenciones ilegales y asesinatos cometidos en ese contexto histórico por funcionarios del Estado.

<sup>12</sup> Informe relativo a España por Carlos Pérez del Valle y Miguel Torres Ayuso en el marco del proyecto del Instituto Max-Planck sobre “Derecho penal como reacción ante crímenes de Estado, procesos de transición comparados” pendiente de publicación. Véase también, Pérez del Valle, Carlos y Torres Ayuso, Miguel, “España”, en Eser, Albin y Arnold, Jörg, *Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*, Freiburg i. Br., edition iuscrim, 2000, pp. 259 y ss.

<sup>13</sup> El GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación) fue una de las siglas bajo las que se agruparon grupos armados que desde la transición democrática en 1975 hasta mediados de la década siguiente actuaron clandestinamente, en especial, en el Sur de Francia, cometiendo atentados mortales y otros delitos contra personas efectiva o presuntamente vinculadas al grupo terrorista ETA. En varios casos que fueron juzgados por tribunales españoles y franceses se declaró probada la participación de funcionarios policiales españoles en los delitos enjuiciados. En los últimos años han resultado condenados, entre otros, el que fuera ministro del Interior y un general de la Guardia Civil. Para conocer más información sobre los casos de terrorismo de Estado durante y después de la transición democrática, véase Woodworth, Paddy, *Guerra sucia, manos limpias. ETA, el GAL y la democracia española*, Barcelona, Crítica, 2002. También Elorza, Antonio (coord.), *La historia de ETA*, Madrid, Temas de Hoy.

27. A los efectos que aquí interesan, esas sentencias son las únicas oportunidades en que nuestro Tribunal Supremo ha podido pronunciarse sobre la delincuencia de Estado, y han constituido el precedente jurisprudencial de la doctrina establecida por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el llamado Caso Pinochet.

#### *E. Precedentes jurídicos*

28. El Tribunal Supremo había definido ya en sentencias de 25 de enero y 27 de mayo de 1988 los grupos terroristas a los efectos del delito de pertenencia a banda armada.<sup>14</sup> En Sentencia de 12 de marzo de 1992, resolviendo el recurso de casación contra la sentencia dictada en uno de los casos de Guerra Sucia de funcionarios españoles, estableció una serie de principios importantes para la concreción del tratamiento procesal y penal de los casos de delincuencia de Estado en la jurisdicción española.<sup>15</sup> En dicha sentencia, dos funcionarios de policía fueron condenados como autores por inducción de una serie de delitos de asesinato en grado de frustración. En los fundamentos 150. a 170., el Tribunal analiza las figuras jurídicas de los delitos de asociación ilícita y de pertenencia a banda armada o grupo terrorista. Define esta segunda categoría como un tipo penal especial respecto de la primera, más grave y complejo que el anterior, caracterizado no sólo por la agrupación y el concierto de voluntades entre dos o más personas para delinquir, sino además por otras consideraciones relativas al contenido, naturaleza, extensión y fines que se persiguen por medio de tales agrupaciones delictivas, distinguiendo que las terroristas tienen una mayor entidad en tanto que buscan la subversión del orden social y del sistema democrático, su presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implican la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles.<sup>16</sup> Añade que tanto la asociación ilícita como el grupo terrorista suponen una pluralidad de sujetos así como cierta estructura estable con objetivos definidos (la subversión, el terro-

<sup>14</sup> Base de Datos de jurisprudencia de editorial Aranzadi R. J. 1988/3839.

<sup>15</sup> La Sentencia de 12 de marzo de 1992, dictada en el recurso 896/1991, está publicada en la Base de Datos de jurisprudencia de editorial Aranzadi R. J. 1992/2442.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Fundamento jurídico 15, *in fine*.

rismo o la delincuencia común) a medio de los actos concretamente ejecutados, con la particularidad de que en los grupos terroristas todo cuanto se refiere a la organización del grupo a la par que la violencia pasa a ser imprescindible, instrumento obligado de la acción con una perspectiva fundamentalmente política en el más amplio sentido.<sup>17</sup>

29. Añade el Tribunal Supremo que

...la subversión, el terrorismo y la ruptura del sistema democrático se inicia desde posturas irracionales, obtusas, incomprensibles e inadmisibles si, por encima de la voluntad mayoritaria, quieren producir terror, desorden, desastre y pánico, ante lo que poco han de valer supuestas ideologías, con planteamientos más o menos discutibles, que niegan el respeto a los más elementales derechos humanos.<sup>18</sup>

30. El Tribunal Supremo condenó a los funcionarios por el delito de asociación ilícita y no por pertenencia a banda armada, no por considerar que esta última calificación no fuera aplicable a las organizaciones que desde las instituciones públicas subvienten violentamente el orden constitucional y la paz pública, sino precisamente por estimar no probado que los acusados pertenecieran a un grupo de delincuencia de Estado de tales características.<sup>19</sup> En otros supuestos, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo condenaron a diversas personas que habían cometido delitos contra la vida integrados en grupos organizados de delincuencia de Estado por el delito de pertenencia a banda armada. En particular, en la Sentencia de 30 de abril de 2001, el Tribunal Supremo condenó por ese delito a un miembro del mismo grupo armado que había sido condenado por la Audiencia Nacional por los delitos contra la vida, pero absuelto por el delito de pertenencia al grupo armado.

*F. Pronunciamiento de la Audiencia Nacional*

31. Con estos antecedentes, no es sorprendente que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional calificara los crímenes imputados tanto a la Junta Militar chilena como a las sucesivas juntas argentinas —delitos contra la vida, la libertad y la integridad física, cometidos mediante la

<sup>17</sup> *Ibidem*, Fundamento jurídico 16, párrafo primero.

<sup>18</sup> *Ibidem*, párrafo segundo.

<sup>19</sup> *Ibidem*, Fundamento jurídico 17.

utilización de armas de fuego y explosivos por grupos organizados y jerarquizados que actuaron clandestinamente con permanencia en el tiempo—, como delitos de terrorismo, acogiendo expresamente la formulación de “terrorismo de Estado”.<sup>20</sup>

32. La construcción de la conducta de los militares chilenos y argentinos como delito de terrorismo fue discutida por la Fiscalía de la Audiencia Nacional, al sostener que faltaba el elemento subjetivo del tipo (la intención de subvertir el orden constitucional) ya que las juntas militares, según esa opinión, con su actuación mediante tales métodos “no pretendían sino la sustitución temporal del orden constitucional establecido, mediante acta institucional que tenía por objeto, precisamente, subsanar las insuficiencias de que ese orden constitucional adolecía para mantener la paz pública”.<sup>21</sup>

33. La Audiencia Nacional rechazó tal objeción, y estableció la siguiente interpretación:

Hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaliéndose de ella.<sup>22</sup>

34. El Tribunal estimó seguidamente concurrentes los demás requisitos necesarios para considerar los hechos incardinados en la figura jurídica del terrorismo: estructura estable, resultado de producción de inseuridad, turbación o miedo a la población, y rechazo del orden jurídico vigente.<sup>23</sup>

35. Adicionalmente, la Fiscalía sostenía que la atribución de competencia extraterritorial por delito de terrorismo establecida en el artículo 23.4 b) de la LOPJ se refería a aquellas conductas que tendieran a subvertir el orden constitucional español, pero no consideraba competentes a

<sup>20</sup> Auto de 5 de noviembre de 1998, fundamento jurídico sexto.

<sup>21</sup> Informe de la Fiscalía de 2 de octubre de 1997, transscrito como Anexo II en García Arán *et al.*, *op. cit.*, nota 6, pp. 300-304.

<sup>22</sup> Auto de 5 de noviembre de 1998, fundamento jurídico sexto.

<sup>23</sup> *Idem.*

nuestros tribunales para perseguir las conductas atentatorias al orden constitucional de otros países.<sup>24</sup>

36. Esta segunda argumentación es rebatible con un simple argumento de interpretación sistemática: si el legislador hubiera querido proteger solamente el orden constitucional español, la mención al delito de terrorismo debía haber figurado en el artículo 23.3, donde se enumeran los delitos respecto los que se establece la jurisdicción extraterritorial en aplicación del principio real o de protección de los bienes jurídicos esenciales para nuestro país, como la Corona, o la moneda nacional, y no en el apartado 4 del mismo precepto, donde se protegen los bienes jurídicos supranacionales o universales. Además, la persecución extraterritorial del terrorismo es obligación que deriva también, por la vía del artículo 23.4 g) ya mencionado, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la ratificación por España del Convenio Europeo de terrorismo de 1977.<sup>25</sup>

37. La Audiencia Nacional rechazó aquella interpretación señalando:

No estima el Tribunal que la incardinación de los hechos en el tipo del delito de terrorismo haya de quedar excluida, porque exigiéndose en sus distintas formas por nuestro derecho una finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se pueda encontrar en los hechos imputados tendencia alguna en contra del 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, y esta traslación necesaria de un elemento fáctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Sobre la preservación del orden institucional como bien jurídico protegido mediante la tipificación del terrorismo, y su consideración como bien jurídico internacional, véase García Arán, Mercedes, “La calificación de los actos contra los derechos humanos conforme a la ley española”, *op. cit.*, nota 6, pp. 101-159, 142 y ss.

<sup>25</sup> Resulta discutible que el convenio europeo de 27.01.1977 para la represión del terrorismo (BOE de 08.10.1980) permita sostener literalmente la interpretación del “orden constitucional” o institucional como bien jurídico protegido por la comunidad internacional en el marco de la *double criminality*. El tribunal menciona en el fundamento jurídico sexto del Auto de 5 de noviembre de 1998, reiterando otros pronunciamientos del Tribunal Supremo español, como bien jurídico protegido mediante la tipificación del terrorismo, además del “orden constitucional”, el de preservación de la paz pública frente a las alteraciones graves de la misma. Véase también García Arán, *op. cit.*, nota 6, pp. 142-145.

<sup>26</sup> Auto de 5 de noviembre de 1998, fundamento jurídico sexto.

38. Finalmente, el Tribunal, citando a Quintano Ripollés recuerda que

...una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos... es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se vale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo.<sup>27</sup>

### III. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DEL COLOQUIO

1. *¿Denomina el poder estatal en España, con relación a procesos de transformación en Argentina y Chile, un comportamiento social específico previo de allí posteriormente como “delincuencia de Estado”?*

39. La pregunta debe responderse afirmativamente.<sup>28</sup> La respuesta afirmativa obedece a los pronunciamientos en ese sentido por parte de los tribunales de justicia, según ha quedado expuesto.

40. La respuesta afirmativa, sin embargo, no se refiere a la posición del gobierno español, que no ha sido uniforme ni transparente. Ya se ha señalado la oposición a la tramitación de los procedimientos que desde 1997 protagonizó el ministerio fiscal español.<sup>29</sup> En tal posición recibió el respaldo expreso del presidente del gobierno en los medios de comunicación de Chile<sup>30</sup> y en el Congreso español.<sup>31</sup> No hizo lo mismo en los medios de comunicación españoles, donde la postura fue mucho más ambigua.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Con alguna salvedad referente al caso de Guatemala a la que se hará mención más adelante.

<sup>29</sup> Entrevista al fiscal jefe de la Audiencia Nacional española en el diario chileno *El Mercurio* de 22 de octubre de 1977. Véase también “Los casos de Argentina y Chile sobrevivieron a la reiterada oposición de los fiscales”, *El País*, 19 de octubre de 1998.

<sup>30</sup> Declaraciones al diario chileno *El Mercurio*, de 9 de noviembre de 1997: “La posición del fiscal... lleva implícita la posición del gobierno”.

<sup>31</sup> Véase *Diario16*, 12 de noviembre de 1998.

<sup>32</sup> *El País*, 18 de octubre de 1998: “Aznar evita pronunciarse sobre la detención (de Pinochet). El ministro de Asuntos Exteriores español espera que los tribunales sean respetuosos con la legalidad nacional e internacional”. Véase también Castresana Fernández, Carlos, “La figura del Acusador Público ante el principio de justicia universal”, *El principio de justicia universal*, Madrid, Colex, 2001, pp. 181-186.

41. De la misma forma, cabe señalar las reticencias expresadas por el gobierno después de la detención del general Pinochet respecto de la posibilidad de tramitar la demanda de extradición.<sup>33</sup> Finalmente, la demanda fue remitida a las autoridades británicas<sup>34</sup> después de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictase su pronunciamiento favorable y unánime.<sup>35</sup> Conviene recordar, no obstante, que en el momento de transmitir la demanda el gobierno español, el general Pinochet tenía reconocida inmunidad por la decisión de la High Court de Londres, y no parecía probable que la Cámara de los Lores la revocase.<sup>36</sup>

42. A lo largo de 1999, el gobierno español se mostró reiteradamente partidario de una solución extrajudicial y negociada con Chile,<sup>37</sup> y parece evidente que los contactos gubernamentales entre los tres gobiernos afectados fue constante. No quedan muchas dudas de que en sus últimos trámites, la extradición se sostuvo a instancia de Bélgica, puesto que el gobierno español, en contra de las instrucciones del juzgado español, dispuso que la Fiscalía de la Corona británica que defendía la demanda española no impugnase las decisiones del *home office*, que había acordado la liberación del detenido por razones humanitarias; optó decididamente por la solución extrajudicial que interrumpiría por razones de salud de Pinochet la extradición ya concedida.<sup>38</sup> La consumación de la extradición, y el juicio del general en España, no fueron contemplados

<sup>33</sup> *El Mundo*, 19 de octubre de 1998: “Aznar reclama a Garzón fundamentos reales para tramitar la extradición”. “El presidente del gobierno español reclamó ayer responsabilidad y prudencia...” y con cita literal “Las relaciones entre Chile y España son espléndidas y deseo que no se vean alteradas por nada”. En el mismo sentido, *El País y Diario 16*, ambos del 19 de octubre de 1998.

<sup>34</sup> *El Mundo*, 7 de noviembre de 1998.

<sup>35</sup> Los propios autos más arriba citados de 4 y 5 de noviembre de 1998 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional expresan (antecedente de hecho cuarto) que la decisión fue adoptada por unanimidad de todos los magistrados del tribunal.

<sup>36</sup> *El Mundo*, 29 de octubre de 1998: “El juez inglés concede a Pinochet la inmunidad de los jefes de Estado”. “La sentencia será recurrida ante la Cámara de los Lores... El fallo no impide que el juez Garzón siga preparando su demanda de extradición, pero arroja serias dudas sobre la viabilidad de esta demanda”. En el diario *El País* de la misma fecha: “Algunas fuentes que trabajan en el sistema judicial británico... consideraban como altamente improbable que los Lores fueran a desautorizar los argumentos de uno de ellos, nada menos que Lord Bingham, el juez-jefe de Inglaterra y Gales”.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, *El País*, 2 de agosto de 1999: “El gobierno no descarta someter al Consejo de Estado un posible arbitraje sobre Pinochet”.

<sup>38</sup> *La Razón*, 30 de junio de 1999: “Aznar no se opondrá por motivos humanitarios a que Pinochet pueda ser juzgado en Chile”.

en ningún momento. No es aventurado sostener, pues, que sólo la firme actitud de los tribunales y el tenor de las resoluciones judiciales<sup>39</sup> sostuvieron una pretensión punitiva que en ningún momento contó con el respaldo del poder político en España.<sup>40</sup>

43. De la misma forma, no es desdeñable el papel de respaldo al procedimiento que a través de los medios de comunicación realizó la opinión pública española de forma mayoritaria. Sin ese factor, el gobierno español hubiera realizado probablemente esfuerzos mucho más decididos por interrumpir el proceso. Tampoco es descartable que en la decisión negativa adoptada respecto de Guatemala haya influido el gran desconocimiento que en la opinión pública española existía respecto de lo acontecido en aquel pequeño país, la falta de actuación de los medios de comunicación para darlos a conocer, y la actitud más claramente reticente del gobierno español que para entonces ya disfrutaba de mayoría absoluta después de nuevas elecciones generales; el nuevo ministro de Asuntos Exteriores manifestó por entonces que era de desear que los procedimientos judiciales no volvieran a interferir las relaciones diplomáticas.<sup>41</sup>

2. *¿Se persigue penalmente (en forma extraterritorial) en España esta “delincuencia de Estado” en relación a estos procesos de transformación?*

44. La pregunta debe responderse también afirmativamente. Los tribunales españoles han considerado que las conductas eran perseguibles

<sup>39</sup> *El País*, 26 de noviembre de 1998: “Los Lores entregan a Pinochet a la justicia”; 25 de marzo de 1999: “Los siete jueces Lores del Reino Unido anunciaron ayer, por mayoría de seis votos contra uno, que el general Augusto Pinochet debe someterse al procedimiento de extradición planteado por España”; 9 de octubre de 1999 “La justicia británica concede la extradición de Pinochet”. Las resoluciones de los juzgados y del Tribunal español pueden encontrarse en [www.derechos.net/nizkor/chile/juicio](http://www.derechos.net/nizkor/chile/juicio). Las británicas, en [www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa](http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa).

<sup>40</sup> Otras significativas intervenciones a favor de Pinochet o en contra del procedimiento fueron las del Vaticano (*El País*, 20 de febrero de 1999) y la del ex presidente del gobierno español Felipe González (*ABC*, 25 de octubre de 1998).

<sup>41</sup> Puede encontrarse un detallado relato acompañado del análisis jurídico (en particular, desde el derecho internacional) de los principales pormenores de la tramitación del procedimiento de extradición seguido tras la detención del general Pinochet en Remiro Brotons, Antonio, *El caso Pinochet, los límites de la impunidad. Política exterior*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.

desde la jurisdicción española, y han procurado hacer efectiva esa persecución con los medios disponibles. No solamente se han practicado diligencias en la sede del tribunal; se han remitido adicionalmente comisiones rogatorias internacionales a diferentes países, se han librado órdenes internacionales de detención a efectos de extradición, se ha acordado la prisión provisional efectiva respecto del único imputado que se encontraba en territorio español, y se han tramitado dos demandas de extradición (la del general Pinochet, a Gran Bretaña, y la de un militar argentino, a México), ambas resueltas favorablemente por los tribunales respectivos.<sup>42</sup>

45. Mención específica merece el caso de Guatemala. El del país centroamericano es el otro caso de delincuencia de Estado, después de los de Argentina y Chile, de los que se ha ocupado la Audiencia Nacional española aplicando el principio de justicia universal. Con posterioridad a la presentación de la denuncia, y no obstante el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional declaró la competencia de la jurisdicción penal española, en sintonía con las resoluciones anteriores de la Sala de lo Penal.<sup>43</sup> El Fiscal presentó recurso, y la Sala de lo Penal lo estimó.<sup>44</sup> El Tribunal reafirma la doctrina establecida respecto de Argentina y Chile, y reconoce que la jurisdicción penal española también puede perseguir los crímenes cometidos en Guatemala en tanto los mismos participen de las mismas características y tipicidad que los examinados en los casos anteriores.<sup>45</sup> Sin embargo, atendiendo a que en el proceso de transformación democrática en Guatemala se adoptaron medidas de gracia de las que expresamente se excluyeron los crímenes contra la humanidad, concluye que la posibilidad de perseguir los hechos en Guatemala ante los tribunales nacionales de ese país se encuentra legalmente expedita.<sup>46</sup> Consiguientemente, estimando que la competencia extraterritorial de los tribunales españoles tiene carácter subsidiario respecto de la reconocida a los tribunales del

<sup>42</sup> Cfr. Castresana Fernández, Carlos, "Pinochet, balance provisional", *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 37, marzo de 2000.

<sup>43</sup> Los ya citados Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998.

<sup>44</sup> Auto de 13 de diciembre de 2000 del Pleno de la Sala de lo Penal. Diligencias Previyas 331/99 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional.

<sup>45</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico primero, que no entra en el análisis de los tipos penales invocados. La argumentación posterior alude sólo al genocidio.

<sup>46</sup> *Ibidem*, fundamento jurídico tercero.

lugar de comisión del delito,<sup>47</sup> ordena el archivo provisional de las actuaciones hasta en tanto no conste la imposibilidad de actuación de los tribunales guatemaltecos.<sup>48</sup>

46. Resulta discutible, en primer lugar, el argumento de la subsidiariedad de la jurisdicción universal respecto de las nacionales, ya que existen argumentos, tanto de derecho interno español como de derecho internacional, para defender su carácter alternativo o concurrente. La cuestión, sin embargo, excede del objeto del presente trabajo.<sup>49</sup>

47. Más discutible aún resulta, en mi opinión, apreciar de oficio una cierta excepción de litispendencia que es puramente teórica. La realidad de los últimos años muestra los esfuerzos tan sostenidos como infructuosos de los grupos de derechos humanos en Guatemala para obtener pronunciamientos de los tribunales guatemaltecos, sometidos a la presión continuada del poder político; las interferencias, amenazas, agresiones y atentados a los jueces y a los fiscales, testigos y denunciantes, no permiten, en mi opinión, desestimar la posibilidad de seguir en España o en otros países una investigación penal ya iniciada, por el hecho de que se constate de forma meramente hipotética la posibilidad legal de que se produzca un doble enjuiciamiento.<sup>50</sup> La decisión ha sido recurrida en casación, si bien es discutible que la resolución de la Sala de lo Penal sea efectivamente impugnable ante el Tribunal Supremo, toda vez que no ordena el archivo definitivo, sino que acuerda el sobreseimiento provisional.

<sup>47</sup> *Ibidem*, Fundamento jurídico segundo. Afirma que la subsidiariedad de la jurisdicción universal forma parte del *ius cogens* internacional.

<sup>48</sup> *Ibidem*, Fundamentos jurídicos cuarto y quinto.

<sup>49</sup> Mayores detalles en Cottier, Michael, “What Relationship between the Exercise of Universal and Territorial Jurisdiction? The Decision of 13 December 2000 of the Spanish National Court Shelving the Proceedings against Guatemalan Nationals Accused of Genocide”, en Fischer, Horst *et al.*, *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlín, Berlin Verlag Spitz, 2001, pp. 843-857.

<sup>50</sup> Cf. por ejemplo, Simon, Jan-Michael, “Guatemala”, en Eser, Albiny Arnold, Jörg, *Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*, Freiburg i. Br., edición iuscrim, 2000, pp. 171-182, como el artículo del mismo autor en este libro.

3. Si se observa que el poder estatal en España denomina posteriormente un comportamiento social específico previo como “delincuencia de Estado”, ¿cambian las respuestas a las preguntas para la primera sesión del Coloquio con relación a Argentina y Chile?

48. La respuesta debe ser negativa. La mera declaración de los órganos judiciales españoles de que las violaciones de los derechos humanos por parte de las autoridades argentinas, chilenas y guatemaltecas durante los períodos anteriores a la transición democrática en esos países constituyía delincuencia de Estado, no ha tenido, en mi opinión, consecuencias concretas en ninguno de los países mencionados. Invariablemente, las reacciones de las autoridades estatales, acudiendo a la doctrina más tradicional de la soberanía nacional, han reclamado la no injerencia extranjera respecto de las conductas de Guerra Sucia al considerar que se trataba de asuntos internos.

49. Tanto las autoridades argentinas como las chilenas han negado cualquier cooperación a la autoridad judicial española, que les ha sido requerida reiteradamente tanto a los efectos de que prestaran asistencia judicial en la investigación, como a fin de ejecutar las órdenes internacionales de detención. Conviene resaltar que la negativa a la cooperación con las autoridades españolas ha supuesto el incumplimiento de obligaciones previamente contraídas mediante la firma y ratificación de sendos convenios bilaterales vigentes de extradición y asistencia judicial que vinculan a España tanto con Argentina como con Chile.<sup>51</sup> El gobierno español no ha reaccionado ante el incumplimiento de los convenios.

4. Si se observa persecución extraterritorial, ¿cambian las respuestas a las preguntas para la primera sesión del Coloquio con relación a Argentina, Chile y Guatemala?

50. Al contrario que la mera consideración de la Guerra Sucia como delincuencia de Estado, que no ha tenido consecuencias prácticas, la efectiva persecución extraterritorial de los responsables de los crímenes

<sup>51</sup> Tratado de extradición y asistencia judicial bilateral de 14 de abril de 1992 entre España y Chile, *Boletín Oficial del Estado* (España) de 10 de enero de 1995. En el mismo sentido, el Tratado bilateral hispano-argentino de 3 de marzo de 1987 (*BOE* de 17 de julio de 1990).

sí ha supuesto cambios importantes, por lo que la respuesta a la pregunta debe ser claramente afirmativa en los casos de Argentina y Chile. No así en el caso de Guatemala. Seguidamente se exponen algunos de los cambios producidos.

### *A. Argentina*

51. En el caso de Argentina, la decisión del Tribunal español de calificar las conductas imputables como delincuencia de Estado, seguida de la eficaz persecución extraterritorial de los responsables, ha producido cambios significativos en la realidad de aquel país.

52. Argentina abordó su transición democrática en una situación de crisis política y económica sostenida en el tiempo. La dictadura militar cedió precipitadamente el gobierno a las autoridades democráticas como consecuencia de la gravísima crisis económica e institucional a la que le abocó la derrota militar en la guerra de las Islas Malvinas (Falklands). En esa situación de emergencia, de descrédito del estamento militar, y ante una demanda social mayoritaria, las autoridades democráticas promovieron entre 1984 y 1986 la efectiva exigencia de responsabilidades penales en el seno de las fuerzas armadas y de las fuerzas de seguridad del Estado por el fenómeno de delincuencia de Estado que se había producido durante los años de la dictadura.

53. Ese proceso se vio interrumpido a partir de 1986, con la promulgación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, como consecuencia directa de la presión del estamento militar sobre las autoridades democráticas, después de dos intentos de golpe de Estado por parte de unidades militares de élite conocidas como “carapintadas”, y fue clausurado definitivamente en 1990 con el indulto presidencial de los pocos responsables que habían resultado condenados.<sup>52</sup>

54. Entre 1990 y 1996, los grupos defensores de los derechos humanos mantuvieron la reivindicación de justicia sin resultado positivo. Ante la constatación de la imposibilidad de perseguir penalmente los crímenes, se abrió la vía alternativa de los llamados “juicios de la verdad”, que son objeto de análisis en otras ponencias del coloquio.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Cfr. por ejemplo, Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 326 y ss.

<sup>53</sup> Cfr. el artículo de Schiffrin, Leopoldo, en este libro.

55. Entre tanto, algunos tribunales extranjeros se habían ocupado de la delincuencia de Estado de la dictadura argentina. La actuación más reseñable fue el enjuiciamiento en Francia, en rebeldía, del capitán Alfredo Astiz por el homicidio de dos ciudadanas francesas, por el que fue condenado a cadena perpetua, lo que conllevó su reclusión de facto en Argentina ante el libramiento de una orden internacional de detención que permanece vigente.

56. La interposición de la denuncia en España y la apertura de la causa penal supuso una modificación radical de la situación; en especial, después de que el juzgado español<sup>54</sup> librase la primera orden internacional de detención, que se dirigió contra el general argentino Leopoldo Fortunato Galtieri, y de sucesivas resoluciones de procesamiento y nuevas órdenes de detención. Se produjo una reacción en cadena, y los tribunales argentinos empezaron a abordar una serie de iniciativas, retomando las pocas vías dejadas abiertas por las leyes de Punto Final y Obediencia Debida: se reabrieron procedimientos penales contra responsables militares y policiales argentinos por la desaparición de niños y por los delitos contra la propiedad que acompañaron a la represión política.<sup>55</sup> El Parlamento argentino aprobó en marzo de 1998 la derogación de aquellas leyes. Y finalmente, como consecuencia lógica de la reapertura de las causas, se produjeron varias declaraciones judiciales de nulidad e inconstitucionalidad de las mencionadas leyes, encontrándose las correspondientes resoluciones pendientes de recurso.<sup>56</sup>

57. Los procesos iniciados en Madrid han originado también la reapertura de la causa que se seguía en Italia contra militares argentinos desde 1992, y ésta ha conducido recientemente a la condena en rebeldía de los generales Suárez Mason y Riveros y otros inculpados, y ha permitido también la apertura de procesos penales en Francia, Alemania y otros países europeos.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> El primer resultado concreto de las denuncias que el autor de este trabajo había presentado en marzo de 1996 en nombre de la Unión Progresista de Fiscales: El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional acordó en marzo de 1997 la busca y captura del ex general Galtieri por el asesinato y la desaparición forzada de varios ciudadanos en Santa Fe, Argentina, veinte años antes.

<sup>55</sup> Cfr. el artículo de Abramovich, Víctor y Guembe, María José, en este libro.

<sup>56</sup> Cfr. el artículo de Parenti, Pablo, en este libro.

<sup>57</sup> Cfr. el artículo de Schlagenhauf, Petra Isabel, en este libro.

### B. Chile

58. La transición pactada entre las autoridades de la dictadura militar y la oposición democrática incluyó la imposición por parte de aquéllas de la no persecución de las violaciones de derechos humanos imputable a la dictadura militar. Se mantuvo la vigencia del decreto de amnistía aprobado en 1978, y salvo algunos casos excepcionales de exigencia de responsabilidades, la impunidad fue casi completa.<sup>58</sup>

59. Se siguió un proceso penal en Italia por el ametrallamiento en Roma de Bernardo Leighton y su esposa, contra los autores materiales del atentado, y otro proceso en Estados Unidos contra los autores del atentado con coche bomba que costó la vida a Orlando Letelier y Ronnie Moffit.<sup>59</sup> También se abrió un sumario en Argentina por el asesinato del general Prats y su esposa, y la presión norteamericana obligó a los Tribunales chilenos a enjuiciar al general Contreras y su asistente por el caso Letelier.<sup>60</sup>

60. Como consecuencia del proceso abierto en España, se empezaron a dar las condiciones, después de 25 años, para la presentación y admisión a trámite en Chile de una larga serie de querellas criminales contra el general Pinochet y sus más directos colaboradores, impensables hasta ese momento;<sup>61</sup> y la situación se tornó irreversible, no solamente en los Tribunales chilenos sino también en los de otros países europeos que, además de España, finalmente formalizarían demandas de extradición: Francia, Bélgica y Suiza, a partir del 16 de octubre de 1998, cuando el general fue detenido en Londres.<sup>62</sup>

61. La decisión de la Audiencia Nacional española de confirmar el procesamiento del general Pinochet, la de la Cámara de los Lores británica de retirarle la inmunidad, y la posterior decisión de un juzgado de Londres de conceder su extradición a España, originaron en Chile un desbloqueo institucional que permitió, al regreso del general a su país en

<sup>58</sup> Cf. sobre los mecanismos legales de impunidad el artículo de Millaleo, Salvador, en este libro.

<sup>59</sup> *La Vanguardia*, 25 de octubre de 1998.

<sup>60</sup> Sentencia de 12 de noviembre de 1993, confirmada por otra de 30 de mayo de 1995 en los autos Ing. Corte núm. 30.174-94.

<sup>61</sup> Contra esta valoración de la situación chilena, las palabras de Guzmán Tapia, Juan en su artículo en este libro.

<sup>62</sup> Véase, por ejemplo, *El País*, de 27 de septiembre de 1999: "La detención del ex dictador ha provocado cambios en la política y la justicia chilena".

2000, que pudiera ser desaforado por la Corte Suprema de Chile y posteriormente procesado por un Juzgado de Santiago.<sup>63</sup>

62. Aún cuando en el caso particular del general Pinochet se optó por dar una salida extrajudicial al proceso de extradición ante los tribunales británicos, habiendo desembocado las diligencias seguidas en Chile en la inexigencia de responsabilidad penal a aquel como consecuencia de su deficiente estado de salud, otros procedimientos siguen adelante respecto de diferentes responsables de la dictadura militar.

63. La existencia de procedimientos judiciales en diferentes países ha resultado decisiva para que los tribunales chilenos hayan encontrado condiciones idóneas, antes inexistentes, que les han permitido desbloquear los resortes autoritarios del Estado y llevar adelante los procedimientos.<sup>64</sup>

64. Además, con toda probabilidad, la internacionalización de la persecución penal de Pinochet ha evitado la desestabilización política del sistema democrático chileno con ocasión de los procesos judiciales.<sup>65</sup>

### C. Guatemala

65. La decisión de los tribunales españoles, favorable primero, y negativa enseguida, a enjuiciar el genocidio de Guatemala, apenas ha tenido repercusión en la realidad de este país, al menos por el momento, al no haber producido aquellas resoluciones consecuencias prácticas en el terreno de la investigación penal, y menos aún en el de la efectiva tutela judicial de las víctimas y exigencia de responsabilidad a los culpables. La diferencia esencial entre el caso de Guatemala y los dos anteriores es que respecto de este último se produjo la declaración de los crímenes como delincuencia de Estado, pero faltó la persecución extraterritorial efectiva. Por esa razón no ha habido consecuencias concretas.

<sup>63</sup> Contra esta valoración Guzmán Tapia en su artículo en este libro.

<sup>64</sup> Aun concediendo que “pudo haber preparado a la sociedad chilena”, Guzmán Tapia en su artículo en este libro. Aunque pueda resultar innecesario, es preciso resaltar que fue precisamente Guzmán Tapia el juez chileno que acordó el arresto y procesamiento de Pinochet. Véase diario *El País*, 30 de enero de 2001.

<sup>65</sup> *El Mundo*, 26 de enero de 2001: “Lagos prepara al país ante un eventual juicio a Pinochet”; *ABC*, 26 de enero de 2001: “El gobierno de Chile pide que se acate la decisión judicial sobre Pinochet; *La Vanguardia*, 31 de enero de 2001: “Chile acoge con calma el proceso a Pinochet”.

66. Al mismo tiempo, el de Guatemala es un ejemplo de las consecuencias que para los procesos democráticos tiene la impunidad. La transición de Guatemala ha sido vigilada, auspiciada y generosamente financiada por la comunidad internacional. Se han obtenido acuerdos y se han promulgado leyes que han respetado formalmente las exigencias del contrato social a que se hacía referencia en la introducción, en su doble aspecto interno e internacional.<sup>66</sup> Sin embargo, en la medida en que prevalece una situación de facto de denegación de justicia, el sistema democrático es apenas una superestructura formal, y la sociedad guatemalteca se ve sometida actualmente a las mismas condiciones de descomposición estructural del Estado, de corrupción, de impunidad, y de deslegitimación institucional, similares a la que presentaba antes del conflicto armado.<sup>67</sup> La amenaza de nuevas violaciones masivas de los derechos humanos de la población civil sigue presente, las violaciones en casos concretos se siguen produciendo, y la incapacidad de respuesta del Estado democrático es la misma.<sup>68</sup>

#### D. Otras consecuencias

67. Igualmente, el proceso contra Pinochet parece haber acelerado, especialmente en los países de América Latina, el proceso de ratificaciones del Estatuto de Roma de 1998 para la Corte Penal Internacional,<sup>69</sup> y haber facilitado nuevas iniciativas análogas como la inculpación de Hissène Habré en Senegal,<sup>70</sup> del propio Habré, de Ariel Sharon,<sup>71</sup> y de otros

<sup>66</sup> Sobre el proceso de transformación del conflicto armado en Guatemala *cfr.* el artículo de Simon, Jan-Michael, en este libro.

<sup>67</sup> Sobre esta situación *cfr.* los artículos de Mack, Helen *et al.* y de Simon, Jan-Michael en este libro.

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> Hasta el 31 de julio de 2002, en toda la región (excepto la región del Caribe) son 12.

<sup>70</sup> *Cfr.* Brody, Reed, “El caso Hissène Habré”, *El principio de justicia universal*, *op. cit.*, nota 32, pp. 233-235 como también Brody, Reed y Duffy, Helen, “Prosecuting Torture Universally: Hissène Habré, Africa’s Pinochet?”, en Fischer, Horst *et al.*, *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin: Berlin Verlag Spitz, pp. 817-842 (sobreseído a principio de 2001).

<sup>71</sup> Sobreseído el 26 de Junio de 2002 por la Cámara de Apelaciones de Bruselas. La decisión ha sido recurrida, y ha dado lugar a una proposición de modificación de la Ley belga vigente, mediante una ley interpretativa que pretende mantener la actual regulación

responsables en Bélgica,<sup>72</sup> el del ex dictador de Surinam en Holanda,<sup>73</sup> o el proceso iniciado ante los tribunales norteamericanos contra responsables de la compañía angloholandesa Shell por crímenes cometidos en Nigeria,<sup>74</sup> entre otros.

68. La actuación de los tribunales europeos ha permitido, pues, que los poderes públicos en diferentes países de América Latina, no obstante las reiteradas invocaciones a la soberanía nacional de los gobiernos afectados, hayan recalificado *a posteriori* lo que en su día se consideró como “lucha contra la subversión” en delincuencia de Estado perseguible extraterritorialmente en su condición de crímenes de derecho internacional. En este sentido, es particularmente relevante la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en 1998 sugirió a los Estados miembros que reconocieran y regulasen en su derecho interno, y que ejercieran de manera efectiva la jurisdicción universal.<sup>75</sup>

69. Es igualmente relevante el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de noviembre de 1999, que ha declarado que el Estado de Chile está obligado, en tanto que no persiga los hechos (asesinato en 1976 en Santiago de Chile del funcionario español de Naciones Unidas Carmelo Soria Espinosa), a tolerar la persecución que haga la jurisdicción nacional de cualquier otro país.<sup>76</sup>

de la jurisdicción universal ante los tribunales del Reino de Bélgica, si bien adaptándola a las consecuencias que en materia de inmunidad de los jefes de Estado y de gobierno y ministros de Asuntos Exteriores se desprende de la sentencia de 14 de febrero de 2002 de la Corte Internacional de Justicia en el “caso Yerodia” (A demanda de la República Democrática del Congo contra el Reino de Bélgica respecto de la orden internacional de detención librada por un juez belga contra el entonces ministro de Asuntos Exteriores de Congo, Yerodia Ndombasi, por delito de inducción al genocidio).

72 Sobre la aplicación del principio de universalidad en Bélgica, en general, *cfr.* Vandemeersch, Damián, “Droit belge”, en Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille, *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*, París, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 69-119.

73 Désiré Delano Bouterse y la discusión del caso por Kleffner, Jan K., “Droit néerlandais”, en Cacéese y Delmas-Marty, *loc. cit.* nota 72, 2002, pp. 217-257, 221-225. El caso ha sido sobreseído por el Tribunal Supremo de Holanda.

74 *El País*, 28 de marzo de 2001: “Shell será juzgada en Estados Unidos por violar derechos humanos en Nigeria [por su presunta vinculación con las muertes del escritor Ken Saro-Wiwa y otros ocho activistas nigerianos de la tribu Ogoni]”.

75 Recomendación de 8 de diciembre de 1998. 101 Periodo ordinario de sesiones.

76 Informe 133/39 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso 11.725, aprobado en la Sesión núm. 1453 de 10. de noviembre de 1999 (OEA/Ser/L/II./105. Doc. 12, 19 de noviembre de 1999).

*5. Si las respuestas cambian, ¿cómo se aprecian las consecuencias de las decisiones en España para cada proceso de transformación?*

70. Las iniciativas más arriba descritas parecen haber afectado favorablemente a los procesos de transformación, en la medida en que, de una parte, no han tenido consecuencias desestabilizadoras, y de otra, han posibilitado en mayor o menor medida que los Tribunales nacionales encuentren finalmente condiciones para poder garantizar a sus ciudadanos tutela judicial efectiva; adicionalmente, han desbloqueado los procesos de cambio institucional, especialmente en Chile, donde por primera vez desde 1990 empieza a abordarse consensuadamente la reforma constitucional.

71. Queda comprometida y puesta en entredicho la tesis sostenida reiteradamente durante los años ochenta y la primera mitad de los noventa en el sentido de que los procesos de transformación democrática requerían como condición *sine qua non* la impunidad de los crímenes de Estado.

72. Lo expuesto lleva a las preguntas del papel desempeñado por los derechos humanos, y por la invocación de los mismos por los diferentes partícipes en el proceso de transformación: políticos, autoridades civiles y militares, tribunales de justicia, víctimas y victimarios.

*6. Los derechos humanos, con relación a las decisiones tratadas arriba ¿se vuelven argumento de reacciones ante dichas decisiones?*

73. El desafío era, en el momento de las transiciones, y sigue siéndolo hoy, la impunidad. Entre los derechos humanos fundamentales se encuentra el de la tutela judicial efectiva. Demasiadas veces la violación primaria del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, viene seguida de una segunda violación de los derechos de las víctimas: se les niega el derecho a la justicia, al resarcimiento, al restablecimiento del orden jurídico perturbado por el crimen mediante el castigo de los culpables; se niega incluso a sus familiares el derecho a la verdad, a conocer el destino de las miles de personas desaparecidas.

74. La impunidad de los responsables de crímenes de lesa humanidad tiene otra consecuencia además de la injusticia que supone para las víctimas: impide el desarrollo del Estado de derecho. Los gobernantes se renuevan periódicamente en las urnas, pero los ciudadanos no confían en sus instituciones, que adolecen de un manifiesto déficit de legitimidad y credibilidad. Es inútil pretender que los países en los que se ha asentado

la impunidad respecto de tales crímenes puedan profundizar su democracia, y la situación reciente en Argentina es buena muestra. Se pide demasiado a países que no están en condiciones de satisfacer la demanda de justicia por sus propios medios, bien por la falta de voluntad de sus autoridades, como es el caso de Guatemala, bien por la inexistencia de las condiciones mínimas de estabilidad social y política, como es el caso de Argentina.

75. Esta realidad hace que la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española suponga un cambio sustantivo, y, seguida de la tramitación de la extradición ante los Tribunales británicos, ha erigido el “caso Pinochet” en un precedente de interés mundial: el Poder Judicial de un país integrado en esa comunidad internacional, sin respaldo de su gobierno, a instancia sólo de las víctimas, ha reconocido a éstas su derecho a la verdad y a la justicia, a la tutela de los tribunales respecto de crímenes para los que, como señaló la Sentencia del Tribunal de Casación francés en el caso Barbie “es esencialmente ajena la noción de frontera”. El ejemplo ha sido continuado por los tribunales de otros países (y no es casualidad que tal reacción se haya producido en sociedades en las que, por disfrutar de un margen razonable de independencia judicial, los tribunales pueden actuar sin contar con el previo beneplácito de los respectivos gobiernos, cuya actuación suele estar mediatisada por la razón de Estado), y, lo que es más importante, ha terminado por producir la reacción de los tribunales nacionales de los Estados afectados. Algunos de los protagonistas de las transiciones democráticas latinoamericanas que alcanzaron a restablecer la verdad, pero tampoco quisieron o pudieron llegar más allá, pensaron que se puede instaurar una verdadera democracia sin justicia. Es un error. La desmemoria compromete el futuro de la cultura democrática.

76. La Guerra Sucia en América Latina fue objeto de debate en una Comisión Especial de Investigación en el Senado español en 1983.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> La Comisión de Investigación fue creada por acuerdo del Pleno del Senado de 29 de diciembre de 1982 y su objeto era la desaparición de súbditos españoles en países de América. El dictamen de la Comisión Especial, de 5 de julio de 1983, fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 35, de 1983. El debate y votación del dictamen aparece en el Boletín núm. 25, de 10. de agosto de 1983. Un Senador sostuvo un voto particular en el que se proponía la supresión de un epígrafe del dictamen relativo a “La actitud del Poder Judicial”. El dictamen fue aprobado por unanimidad y el voto particular fue rechazado por 136 votos en contra y 43 a favor.

Entre las conclusiones, el Senado aprobó respaldar al gobierno español en su demanda y exigencia de explicaciones satisfactorias sobre la suerte de los desaparecidos españoles, en particular en Argentina, instando también a la reparación de las víctimas; proponiendo al gobierno estudiar la posibilidad de plantear la cuestión de los desaparecidos españoles ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas; proponiendo igualmente al gobierno que auspicie la adopción de un convenio internacional sobre desaparición forzada y resolviendo presentar el informe al Consejo de Europa, Parlamento Latinoamericano y Unión Interparlamentaria; solicitando que se declare la detención y desaparición, como práctica generalizada, crimen contra la humanidad, como así lo declaró el propio Senado. En las deliberaciones, únicamente se produjeron discrepancias significativas en cuanto a un apartado del dictamen que censuraba la pasividad del Poder Judicial argentino durante la dictadura militar, con particular referencia a la ineeficacia de los procedimientos de *habeas corpus* interpuestos por los familiares de los desaparecidos.

77. En los años siguientes no se produjo ningún debate público significativo sobre la cuestión, en instituciones oficiales españolas. Solamente después de las denuncias de la Unión Progresista de Fiscales en marzo y julio de 1996, en relación con las incidencias de los procesos judiciales que les siguieron, y especialmente, con ocasión de la detención del general Pinochet, a partir de octubre de 1998, se produjo un intenso debate en la sociedad española respecto de la Guerra Sucia de América Latina. La opinión pública y los medios de comunicación manifestaron una posición, progresivamente creciente a lo largo de ese periodo, mayoritariamente favorable a la tramitación de los procesos. La conciencia de la importancia de la aportación que estaban haciendo los tribunales españoles para la protección internacional de los derechos humanos fue igualmente generalizándose entre 1996 y 1998.

7. *¿Quién convierte los derechos humanos en tema de las reacciones? (por un lado: las víctimas, los perpetradores y movimientos sociales; por otro lado: políticos, funcionarios públicos y jueces)*

78. Los derechos humanos son invocados como argumento por todos los interlocutores en los procesos de transformación democrática. En el caso de las víctimas, de algunos jueces, fiscales, abogados, políticos y

organizaciones de derechos humanos, para reclamar su efectividad, en los términos del artículo 2o. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966. En otros casos, responsables políticos los invocan formalmente como argumento de futuro para propiciar el cambio político y justificar la supuesta necesidad de la impunidad, y la inactividad de los Tribunales. Esta invocación se realiza desde las diferentes posiciones políticas por entender que la efectiva tutela judicial de las víctimas y la exigencia de responsabilidades impedirían la reconciliación social. Otras veces, desde las posiciones sostenidas por los responsables de los crímenes ya cometidos, o de las instituciones a las que pertenecen, los derechos humanos son invocados para negociar o imponer la impunidad de sus crímenes.

79. En el caso de España, el debate político sobre la importancia de los derechos humanos, sobre su efectiva preservación y la función que al efecto puede desempeñar el derecho penal, y sobre su protección internacional a través de mecanismos extraterritoriales de atribución jurisdiccional, centró la actividad política nacional como uno de los asuntos más importantes desde finales de 1997, cuando se dio a conocer un informe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional<sup>78</sup> que fue interpretado como una justificación de los golpes de Estado,<sup>79</sup> y se mantuvo a lo largo de todo el año 1998 y durante 1999, mientras se tramitaba en Londres la extradición del general Pinochet.

80. La actitud del gobierno español a lo largo de toda la tramitación del procedimiento ha quedado ya descrita.<sup>80</sup> Sostuvo oficialmente, en particular en España, un discurso de respeto y acatamiento a las resoluciones judiciales, y al mismo tiempo, en especial en Chile, un discurso de expreso respaldo a las posiciones de la Fiscalía General del Estado contrarias a la tramitación del procedimiento, y en especial, a la extradición de Pinochet. Por otra parte, tal postura del gobierno no era exclusi-

<sup>78</sup> Ya reseñado en nota 6.

<sup>79</sup> *El Mundo*, 19 de diciembre de 1997: “El PSOE solicita en el Congreso que el gobierno destituya de inmediato a Fungairiño y Cardenal”. Eduardo Fungairiño era el fiscal jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y según se publicó, autor del informe, y Jesús Cardenal era el fiscal general del Estado, quien públicamente respaldó a su subordinado después de conocerse dicho informe. Véase también *El País*, 12 de diciembre de 1997: “críticas de políticos y juristas a Fungairiño por su defensa anónima de las dictaduras”.

<sup>80</sup> *Ut supra*, párrafos 40 y ss.

vamente referida a los casos de Argentina y Chile.<sup>81</sup> Aunque el discurso oficial, tanto del gobierno como de la oposición, incluía en todo momento alusiones a los derechos humanos, a su importancia, y a la necesidad de su defensa, el gobierno respaldó las posiciones de la Fiscalía contrarias al procedimiento en los debates en el Congreso de los Diputados, lo que le fue reprochado por los partidos de la oposición; y al mismo tiempo, aprovechó para reprochar al principal partido de ésta su pasividad e incluso su oposición al procedimiento en la primera fase del mismo en la que aún gobernaba el partido socialista.<sup>82</sup> El discurso público del gobierno español pretendió también desvincular el proceso judicial y la protección a los derechos humanos de la trascendencia y repercusión política inherente a un asunto de tal naturaleza.<sup>83</sup> La invocación de los derechos humanos ha sido utilizada, pues, por unos y otros, como medio de legitimar y refrendar las respectivas posiciones políticas, pero sin que de tal invocación formal se hayan desprendido consecuencias concretas y coherentes en la actuación frente a los problemas planteados. Más allá de la invocación retórica de los derechos humanos, de los que todos se proclaman públicamente defensores, no parece que el término sea utilizado en una perspectiva de futuro como argumento para la modificación de la situación actual ni de los instrumentos jurídicos actualmente vigentes.

#### 8. ¿Con qué atribución funcional los derechos humanos se vuelven un tema en cada reacción?

81. Pocas veces, en situaciones de conflicto, se propugnan o arbitran soluciones tendentes a introducir el factor de justicia, de la exigencia de responsabilidades, como una vía de solución, sino que más bien se establece la negociación sobre la base contraria.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Por ejemplo, *ABC*, 15 de noviembre de 1997. Refleja las declaraciones de José María Aznar en El Salvador, en relación con el asesinato de seis jesuitas españoles en ese país, en las que el presidente español manifestaba su deseo de que “todos contribuyan con generosidad y comprensión” a la reconciliación salvadoreña, y en alusión a las posibles reclamaciones ante tribunales españoles de los familiares de las víctimas, abogaba “por no poner obstáculos a dicha reconciliación”.

<sup>82</sup> *Diario 16*, 12 de noviembre de 1998: “Aznar respalda la actuación de Cardenal en el caso Pinochet... el jefe del Ejecutivo recordó que el criterio de los fiscales había sido compartido por la Fiscalía en 1996, en los últimos meses de gobierno socialista”.

<sup>83</sup> *El País*, 26 de octubre de 1998: “Aznar califica de estupidez y tontería tratar de convertir el caso Pinochet en asunto político”.

<sup>84</sup> Por ejemplo, en la situación actual de Colombia.

82. Sin embargo, no es aventurado suponer que en muchas situaciones de conflicto es, precisamente, la convicción de las partes de que en ningún momento se hará justicia, de que nunca les serán exigidas responsabilidades penales, la que contribuye a la perpetuación del enfrentamiento. Abordar tales situaciones introduciendo entre las variables contempladas por los contendientes y negociadores la de que en algún momento será exigida responsabilidad penal por los crímenes de guerra y de lesa humanidad que se vienen cometiendo, podría contribuir eficazmente a romper el estancamiento de situaciones que en el contexto actual, y en la convicción de las partes de su completa falta de responsabilidad, carecen de expectativas de solución.

#### IV. CONCLUSIONES

83. El respeto de los derechos humanos en los procesos de transición democrática, manifestado en la exigencia de responsabilidades por las violaciones de los derechos del periodo precedente, la utilización a tal fin del derecho penal, y la aplicación que está destinado a tener en ese contexto, dependen directamente de las circunstancias políticas en las que se produce el proceso de transición, de la correlación de fuerzas presente en ese momento, y de la capacidad de las víctimas o de sus representantes de imponer la aplicación del derecho frente a la capacidad de los victimarios, en la dirección contraria, de condicionar el proceso de transición e imponer la ineffectividad del derecho y la inexigencia de responsabilidades.

84. En ese contexto es esencial, y de ello depende sustancialmente el resultado de la transformación democrática, si aquella correlación de fuerzas es tal que la oposición política democrática al régimen autoritario consigue imponer una ruptura con las estructuras institucionales y de poder de la etapa anterior, en cuyo caso el derecho penal encontrará condiciones de aplicación; si la transición democrática se desarrolla de manera pactada, produciéndose mediante consenso la reforma de las instituciones; o si es el propio régimen autoritario el que se transforma desde dentro, permitiendo acceder a formas organizativas democráticas.

85. Cuanto más débil sea la posición de la oposición democrática en el proceso de transformación, y más fuerte la de las estructuras autoritarias del Estado, más fácil es que se imponga la inexigencia de responsabilidades. Si los responsables del régimen autoritario disponen de la fuerza ne-

cesaria para controlar el proceso, impondrán las dos tesis reiteradas en casi todos los procesos de democratización: en el ámbito doméstico, la tesis de que la justicia es incompatible con la reconciliación, por lo que debe ser sacrificada en aras de esta última; y para el exterior, la de que, por razones de soberanía, las violaciones de los derechos humanos deben ser consideradas asuntos internos del Estado, cerrando cualquier posibilidad de participación o intervención en el proceso de organismos internacionales o de otros Estados.

86. En definitiva, el derecho penal es aplicado, produce efectos disuasorios y punitivos para los culpables, y ofrece reparación a las víctimas, cuando existe una correlación de fuerzas que lo impone. En tal caso, el contrato social se cumple; de lo contrario, queda inaplicado.

87. Ahora bien, así como se puede hablar de las obligaciones de las instituciones públicas en un determinado Estado para con sus ciudadanos, puede hablarse también de un contrato social internacional en la medida en que los Estados tienen obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos para con el conjunto de la comunidad internacional. Los Estados pueden resolver en el ámbito de su soberanía los conflictos internos en la manera que consideren más conveniente. Pero al mismo tiempo, han de respetar sus obligaciones en el ámbito del derecho internacional, concretadas fundamentalmente a estos efectos en el artículo 2o. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Con frecuencia, en los procesos de transición democrática, los Estados incumplen esas obligaciones. Las amnistías y otras medidas de gracia son un instrumento válido en los procesos de transición democrática o como vía de solución de los conflictos armados, pero lo son siempre y cuando respeten las limitaciones derivadas de las obligaciones de investigar las violaciones graves de los derechos humanos, y en particular, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, castigar a los autores y otorgar reparación a las víctimas.

88. Sin embargo, también en el ámbito internacional, la efectividad del derecho depende de la correlación de fuerzas. El incumplimiento de las obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional se produce en la medida en que está consciente de que se produzca sin adoptar las medidas que el propio derecho internacional contempla. ¿Qué capacidad de disuasión demuestra la comunidad internacional? Casi ninguna. La imagen de los más altos responsables militares de Guate-

mala escuchando impasibles el informe sobre el genocidio de ese país es bastante elocuente.

89. La comunidad internacional se comprometió a partir de 1945 a perseguir universalmente las violaciones masivas de los derechos humanos cometidas desde los Estados contra la población civil indefensa. La Asamblea General de Naciones Unidas proclamó en 1973 que todos los Estados tienen la obligación de perseguir a los responsables de crímenes contra la humanidad, y a colaborar con la persecución de los mismos emprendida por los demás Estados,<sup>85</sup> pero tales principios han tenido escasa aplicación.

90. El desafío de la comunidad internacional para los próximos años es conseguir imponer el derecho internacional y el respeto a los derechos humanos fundamentales sin necesidad de recurrir a las intervenciones armadas. Sin duda, quedan muchos responsables de crímenes semejantes a los imputados al general Pinochet en completa libertad, y probablemente, la mayoría no serán jamás molestados, pero el primer paso está dado.

<sup>85</sup> Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1973.