

FERNANDO CORONADO FRANCO*

DERECHOS HUMANOS, PODER JUDICIAL Y ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO

CONTENIDO: 1. *Los derechos humanos universales*. 2. *La actuación del poder judicial en una democracia deliberativa*. 3. *Estado constitucional y poder judicial*. 4. *Impunidad*. 5. *La evolución del Derecho judicial de los derechos humanos*. 6. *El principio de jurisdicción universal (el caso Pinochet)*. 7. *Otro criterio jurisdiccional del Derecho interno*.

1. *Los derechos humanos universales*

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas que se reunió en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968, a 20 años de haber sido aprobada la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, se propuso examinar los progresos logrados en ese tiempo y preparar un programa para el futuro. De entonces a la fecha han transcurrido otros casi 32 años, aún podemos, por una parte alegrarnos y, por otra, dolernos dado que las condiciones objetivas para establecer plenamente una cultura de los derechos son, hoy día posibles pero a la vez son un reto de titánicas proporciones.

En la Declaración solemne de Teherán se reconoce que las Naciones Unidas han logrado sustanciales progresos en la definición de normas para el gozo, y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. En tal sentido los pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituyen para ese momento el acto legislativo internacional más importante en el proceso de positivización de los derechos y dan cumplimiento al mandato de las Naciones Unidas en el

* Profesor del Master «Sistemas penales comparados» que imparten las universidades Autónoma Metropolitana de México y Autónoma de Barcelona.

sentido de que la Declaración constituya el fundamento ético universal, a partir del cual se construiría un sistema convencional de derechos humanos, que incluiría además mecanismos para lograr la efectividad del Derecho Internacional de los derechos humanos.

No sin un espacio de polémica, existe la tesis que aprecia el ingreso a una nueva etapa de la humanidad conocida como *mundialización* o *globalización*, la cual se habría producido o emergido precisamente al finalizar la Primera Guerra Mundial, pues en ese momento se definía como continente libre y soberano el último y tal vez el más pobre, África; a la vez que se planteaba la terminación de formas de dominación características del imperialismo decimonónico, se anunciaaba también la emergencia de sujetos internacionales de derecho, ostentados en las soberanías nacionales, así como un impacto generalizado de la lógica del saber científico y tecnológico, por un espacio de comunicación universal antes no conocido; en tal contexto la proclama del Palacio Chaillot de París, fue hecha paradigmáticamente a un mundo que por primera ocasión en la historia de la humanidad podría hacerla suya.

Es pertinente hacer notar, que la Declaración de los Derechos Humanos no estuvo exenta de ciertas disidencias que aún hoy día tienen consecuencias, pues la resolución 217 A (III) de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948, no fue aprobada por los siguientes países: Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoeslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Ucrania, Unión Soviética y Unión Sudafricana. No participaron en la votación final Honduras y Yemen. Es significativo que los argumentos de los países socialistas hayan apuntado a sostener que la Declaración, no contenía un equilibrio que garantizase una igual promoción de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, respecto de los Civiles y Políticos y que por ello, promovía una democracia formal o semántica; que la opinión de los países árabes considera en considerar que la Declaración, era, expresión de la visión occidental de los derechos humanos, es decir, como una actitud eurocéntrica; tal tesis «se refuerza hoy con la presencia de 53 Estados miembros y 4 observadores de la Organización de la Conferencia Islámica, que suscriben la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam, aprobada el 5 de agosto de 1990, en el marco de esa Organización»¹. La razón de Sudáfrica, fue en su momento injuriosa, pues su desacuerdo se sustentaba en la práctica del crimen del *apartheid*; otras manifestaciones que hoy día también se dirigen a enfrentar el eurocentrismo de que se acusa a la Declaración de 1948, es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los

¹ *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, BILLÁN, CARLOS, Icaria, Barcelona 1998, p. 80.

Pueblos, llamada Carta de Banjul de 1981, y la Declaración de Bangkok de 1993 o Declaración de los Valores Asiáticos, en las cuáles se plantea un reproche a la radicalidad de la opción individualista que consideran, comparen en la Declaración Universal, así como el primado del conflicto de intereses sobre su armonía, y la existencia de derechos sin obligaciones; postulan, además, la posibilidad y el derecho de hacer una lectura distinta de la condición humana y de proponer un derecho natural más de acuerdo con sus propios principios, mediante el argumento de que la Declaración Universal se inspiró en la concepción aristotélico-tomista de la naturaleza ética del hombre y se preguntan ¿por qué va a ser más universal la propuesta occidental en este tema que la africana o la asiática? ¿Por qué el individuo *mónada* va a ser una entidad superior al individuo-vínculo del pensamiento oriental?²

Como se ve, a más de cincuenta años de haberse producido la proclama, se han manifestado graves discordancias entre el discurso de Occidente y los discursos disidentes de otras culturas; han emergido estas voces de reclamo ante la actitud eurocéntrica de Occidente y se ha puesto de manifiesto que existen condiciones globalizadas de abuso de poder económico y político en nada propicias para lograr un pleno entendimiento sustentado en los principios de dicha Declaración.

Es indudable que la *Carta de los Derechos Humanos* se convirtió en un parteaguas ético y jurídico y en el referente de múltiples discursos que interpretan la historia humana de forma profundamente enriquecedora para el fortalecimiento de una conciencia ética universal, capaz de encarnar un *mundo de vida, libre, tolerante y solidario*. Las paradojas que se manifiestan en el fenómeno aludido son, por una parte, movimientos de liberación, de naciones y pueblos, por una parte y por otra actitudes de fundamentalismos religiosos, éticos y políticos. Emergencia de movimientos intelectuales y de prácticas comunitarias de solidaridad, de tolerancia como lo son el *ecumenismo religioso* y las *teologías que postulan un policentrismo ético, antropológico y liberador*, y por otra los retornos a teologías no sólo trascendentalistas y *ahistóricas*, sino excluyentes, que dan sustento a ideologías en conflicto con la superación de toda actitud que se proponga excluir al otro —sujeto histórico— de mi liberación.

El profesor Antonio Cassese observa que, «por un lado —existe— la tendencia a buscar algún género de *unificación* por lo menos, en torno a algunos problemas cruciales. Por el otro, el replegarse, ante las dificultades planteadas por la *universalidad* hacia la *regionalización* de los derechos hu-

² *El País*, sábado 6 de marzo de 1999, VIDAL BENEYTO, JOSÉ, «Cultura y derechos humanos».

manos y, contemporáneamente, hacia su *sectorialización*, es decir, su especificación en orden a los problemas particulares o categorías concretas de personas».³ En este contexto debe de reconocerse que cuando fue emitida la Declaración, muchos de los países del tercer mundo no eran países independientes, de ahí que no hayan sido en su momento protagonistas históricos, sujetos de Derecho Internacional y, sin embargo, también debe de reconocerse que fueron países de ese tercer mundo, particularmente del área latinoamericana, en específico, Cuba, Panamá y México⁴ quienes hicieron notar que la *Carta de San Francisco*, no incluía en sus primeros proyectos una referencia explícita a los derechos humanos y a su protección⁵, después fueron estos países quienes promovieron los primeros textos de la *Declaración Universal*.

Cabe prenotar que, en todo caso el proceso de occidentalización del mundo, o también dicho, como el proceso de universalización de Occidente se manifiesta con gran fuerza en la *Declaración Universal* misma y en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, el cual por su parte incluye en el párrafo quinto del Preámbulo, una visión de origen sólo común a los europeos, al declarar lo siguiente: «resueltos en cuanto Gobiernos de Estados Europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas, para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos anunciados en la Declaración Universal».

Finalmente, hoy podemos decir que existe un movimiento intelectual que se extiende a una interpretación del mundo sustentada en la racionalidad de los derechos y, que discute seriamente los problemas que plantea el debate *universalidad-particularidad* así como los retos que se ubican en la exigencia moral de hacer prevalecer ciertos derechos sin la anulación del *alter-ego*.

La cuestión está en cómo lograr una vigencia razonable de los derechos, teniendo en cuenta que se trata de una vigencia dimensionada por el principio de *integralidad* y, por lo tanto, se requiere emprender acciones en diversos ámbitos del derecho, de la política y de la vida social organizada. Se necesita una *judicialización* de los derechos económicos, sociales y cul-

³ *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 75-76.

⁴ Ver Reunión de Chapultepec donde 21 países americanos subrayaron que la futura Organización debería tener objetivos más desarrollados y concretos en relación con los derechos humanos.

⁵ Ver proyecto de Dumbarton Oaks. La reunión de Dumbarton Oaks se celebró del 28 de agosto al 7 de octubre de 1944.

turales y una transformación de las instituciones que se han encargado de la seguridad pública, la promoción y la administración de justicia.

Sólo después de la guerra el Derecho Interno de Europa se dirigió hacia una interpretación de sus normas de acuerdo con *cartas de derechos humanos*.

En el ámbito latinoamericano estamos moralmente obligados a tener presente la historia de los agravios infligidos a los pueblos de la América luso-hispana por violaciones a los derechos fundamentales de miles y miles de personas. Las transformaciones que se requieren tienen que ver con una actitud ético-política que se manifieste en leyes, instituciones, prácticas y actitudes inspiradas en el principio *ex parte populi*, según el cual el derecho de los derechos humanos es una visión del derecho desde la posición del más débil, como lo considera Ferrajoli en su ensayo en torno a dicha temática.⁶

El invento de Occidente, para poner en práctica el código ético que son los derechos humanos, es el Estado constitucional y democrático de derecho. Dicho concepto tiene diversos elementos normativos, principios y normas, cuya finalidad es darle vida a la división del poder en tres espacios como medio para su ejercicio razonable, en este sentido, el constitucionalismo ha diseñado fórmulas legales de control inter e intra órganos entre los poderes del Estado. Cobra en este momento gran fuerza un movimiento de promoción del poder judicial como órgano eficaz de control respecto del legislativo y el ejecutivo; dicha promoción se sustenta en los principios que deben inspirar la actuación de dicho poder, a saber: independencia, autonomía, argumentación y prueba.

En seguida expreso algunas consideraciones en torno al debate sobre el papel del poder judicial en la democracia deliberativa, es decir, en una democracia cuya manifestación sustantiva es una argumentación de los derechos, es, el diálogo de los sujetos de la democracia.

2. *La actuación del poder judicial en una democracia deliberativa*

Roberto Gargarella sostiene que ante la tradición que considera que la decisión popular es la vía más adecuada para mantener o derogar el texto constitucional, deben hacerse notar las reflexiones de quienes, como Jefferson, se plantearon que «la gran pregunta era la de cómo conciliar el principio de preferencia por la voluntad mayoritaria con la convicción de que la regla de la mayoría era falible, y la de que los representantes no sólo no se

⁶ *Passim, Derecho y garantías, La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

*identificaban necesariamente con las mayorías, sino que tendían a actuar de un modo autointeresado*⁷. Es decir, se trataba, como se trata ahora, de conciliar el principio de mayoría con el de representación. En el debate actual la viabilidad de la democracia sigue estando en la práctica de la deliberación de la ley en los momentos que le corresponde actuar a la mayoría, en los que le corresponde actuar a sus representantes y en aquellos en los que el sentido, inclusive del texto constitucional, puede ser decidido por los jueces, lo cual ha de lograrse si en las fórmulas institucionales de *frenos y contrapesos* se pondera fuertemente el punto de vista de las instituciones más representativas como es el caso de la Cámara de Diputados. Si, además, se establecen controles eficaces de la actuación de los gobernantes para fincar responsabilidad política, administrativa y aun penal, y se fortalecen las fórmulas constitucionales de participación del poder judicial en el control de la actuación del gobierno y del poder legislativo.

Toda fórmula en el sentido expuesto significa crear también un equilibrio ideal entre la máxima potestad de la soberanía popular y la continuidad de las libertades fundamentales y los derechos sociales de las generaciones futuras. El artículo 39 de la Constitución Mexicana proclama que *la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno*. Nótese que la supremacía de la voluntad popular, elevada a principio supremo al interior de la jerarquía de normas constitucionales conlleva enormes implicaciones ético-políticas, cuyo estatus está definido por una actitud preferencial hacia el principio de mayoría, el cual, en coyunturas históricas poco felices, podría plantear la hipótesis de un retorno a actitudes autoritarias que conllevarían la conculcación de derechos fundamentales, lo cual también supone reconocer que una generación puede decidir el futuro de las subsiguientes y no sólo el propio. Cabe discutir en este sentido sobre la necesidad de fortalecer la existencia de la sociedad civil, entendida ésta, como grupo social organizado, informado, reflexivo, crítico, propositivo, es decir deliberativo. La capacidad deliberativa de una sociedad como sustento razonable del principio de mayoría no es claramente verificable mediante el principio empírico, es decir, no se puede sostener seriamente que, al menos para todo tipo de debate, la mayoría sea infalible; tampoco es sostenible que la decisión de la mayoría se legitima por el solo hecho de ser la decisión de la mayoría; existen casos en los cuales una minoría formada y entrenada para aplicar un determinado criterio de justicia puede tener y tiene la razón por encima de la mayoría. De acuerdo con

⁷ Apud, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 123.

las reflexiones de Gargarella, en este sentido, el debate, en torno a los controles constitucionales derivó en algún momento posterior a la época del «terror» en la propuesta de un tribunal constitucional que hiciera Emmanuel Sieyès, el cual puede ser caracterizado de la siguiente manera: «el Tribunal tendría como misión principal la de pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra las normas legislativas (las denuncias en cuestión, conforme al proyecto, podían ser presentadas por el Consejo de ancianos, por el Consejo de los quinientos, o por los ciudadanos a título individual). Pero, además, el Tribunal actuaba como “suplemento de jurisdicción natural en los vacíos de jurisdicción positiva”, y funcionaba como un “taller de proposiciones para las reformas que, con el tiempo [exija] el texto de la Constitución”»⁸.

Analicemos ahora la relación entre el poder legislativo, cuyas decisiones se legitiman en virtud del principio de representación popular y el poder judicial, el cual actúa bajo el principio de administración de justicia.

En el centro de dicha relación surge la tesis que considera que ante un debate de constitucionalidad entre el poder legislativo y el poder judicial, este último, mediante la justificación del caso apoyado en principios de justicia, es mejor intérprete de la voluntad popular que el poder legislativo, quien por razones diversas puede, y ha llegado a actuar en contra de la Constitución. Es en este punto de las reflexiones, cuando surge la necesidad de explicar el origen de la legitimidad de la actuación de los jueces, con motivo de la defensa de la Constitución, a pesar de que el poder judicial se sustenta en el principio contramayoritario, en el sentido de no proceder de la aplicación del principio de elección popular y de que sus resoluciones se sustentan en los principios de justicia, producidos por la jurisprudencia, los cuales podrían, como de hecho ha ocurrido, no corresponder con los intereses y apreciaciones de la mayoría. Pongamos por caso temas a debate como la eutanasia, el derecho a morir dignamente, el aborto, la legalización del uso de drogas, la pena de muerte, o los correspondientes a la contraposición entre criterios de justicia y criterios de mercado en torno a tasas impositivas, etc.

Tal vez éste sea el momento de apreciar que la naturaleza deliberativa de la democracia, como el camino para fijar el contenido de la norma fundamental y mantener su espíritu a través del principio de mayoría, no puede entrar en contradicción con el principio de justicia, propio de los tribunales, a condición de que unos y otros, es decir, el pueblo, sus representantes y los jueces, asuman ciertas reglas del discurso racional práctico.

⁸ *Op. cit.*, GARGARELLA, pp. 130-1.

A este respecto, la teoría de la argumentación jurídica moderna, la cual pretende recuperar la tradición retórica perdida durante los siglos XVIII y XIX y parte del XX⁹ ha elaborado una teoría del *discurso práctico racional* general con la intención de sostener la viabilidad de soluciones preferibles en función de criterios pragmáticos y axiológicos que permitan la existencia de un espacio ideal de lo razonable.

Como lo explican, entre otros, los precursores de este resurgimiento intelectual, el modo de pensar tópico, propio de la ciencia jurídica, como fuera concebida en el derecho romano clásico, la ciencia de lo justo y de lo injusto, fue postulado por el propio Aristóteles en la dialéctica, la tópica y la retórica y continuado en la larga tradición de la retórica latina, y el humanismo; dicho modo de pensar permitió un distingo entre un sentido de verdad que corresponde a las cuestiones demostrativas y otro que corresponde a las cuestiones de justificación. El primer sentido busca la correspondencia lógica y ontológica entre el discurso y la realidad, en tanto que el segundo, buscaba la justificación de criterios para actuar, para decidir un caso difícil. Al respecto Perelman aprecia que la instauración del paradigma cartesiano del *cogito ergo sum* constituyó el inicio del declive de la retórica, y que el proceso de vulgarización de esta disciplina durante finales del siglo XVIII y principios del XIX constituyen su degradación como un saber prestigioso.

La recuperación de la retórica a través de la teoría de la argumentación, ha ensayado diversas fórmulas dirigidas a proponer las bases de un discurso práctico racional, que lo mismo sirva en el debate ético-político de las cuestiones públicas a través de los medios de comunicación, en foros diversos, etc., como también a los legisladores, a los teóricos de la ética, y por supuesto, a los jueces. Es razonable considerar que estas propuestas pretenden una renovación de los principios democráticos, con la intención de demostrar la viabilidad del Estado de derecho, social y democrático frente a quienes lo consideran como parte de la utopía moderna irrealizada e irrealizable.

Los postulados del *discurso práctico general*, al cual pertenece, como especie, el *discurso jurídico*, consisten en criterios éticos básicos como son la sinceridad, la seriedad y la imparcialidad. Alexy sostiene que «quien se dirige al auditorio universal —un auditorio ideal— se está también dirigiendo a sí mismo, puesto que es un miembro de ese auditorio. Por ello, en la argumentación ante el auditorio universal quedan excluidas afirma-

⁹ *Passim*, THEODOR VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964 y CHAÏM, PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1988.

ciones en las que el mismo orador no cree, y propuestas que él mismo no acepta. Rigen aquí, por tanto, las condiciones ya mencionadas de sinceridad y seriedad».¹⁰

En relación con la tesis de Perelman sobre la fuerza de la imparcialidad para lograr convencer al auditorio, sostiene Alexy que «quien actúa con parcialidad, supuesto que sea sincero, convence sólo a aquellos entre los cuales él se encuentra. Quien quiere convencer a todos debe ser imparcial. Esto presupone que él presenta también los respectivos contraargumentos. La regla que rige es: *"audiatur et altera pars"*».¹¹

La inferencia que se obtiene de estos postulados permite plantear que quien quiere convencer a todos, sólo puede proponer normas que pueda aceptar cualquiera.

En todo caso, la obtención de reglas del discurso práctico general es planteada por Alexy como la convergencia de aportaciones teóricas; de autores cuya referencia filosófica distinta confluye en dicha teoría.

Los aparentes conflictos que parecen suscitarse en torno a la supremacía del principio de mayoría, en relación con el principio de justicia o a la inversa, se superan si se reconoce, por una parte, que el pueblo, a través de vías jurídicas de participación universal o representativa, tiene la fuerza ético-jurídica para modificar aun la norma suprema, a condición de que esta reforma sea el producto de una deliberación sustentada en criterios de lo correcto como los que propone la teoría de la argumentación y se apegue al fortalecimiento de los valores contenidos en los derechos humanos y en los argumentos derivados de la doctrina internacional de estos derechos, porque toda actitud ética reclama responder de los propios actos. En consecuencia, un pueblo que reforma su norma fundamental debe asumir que las consecuencias de tal acto no sólo afectan a su generación, sino a las generaciones futuras. Por su parte, la acción del poder judicial, tanto la que corresponde al juez natural, a los tribunales de alzada, como la propia de los tribunales de constitucionalidad, deberá ser una acción congruente con los intereses históricos y progresivos del pacto constitucional, no sólo porque sean manifestaciones de los criterios de justicia de una determinada comunidad, históricamente considerada, o de sus representantes, sino también cuando son la recreación de los ideales de la democracia, expresados en un sistema de argumentos que legitiman la solución de un caso concreto al permitir identificar dicha solución como un acto de concreción de la fuerza de la Constitución.

¹⁰ ROBERT ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. de M. ATIENZA y T. ESPEJO), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 168.

¹¹ *Idem* p. 169.

Cabe ahora hacer un distingo entre los actos de legislación que proceden directamente de la voluntad popular, como es el caso de los constituyentes históricos y los que proceden de los legisladores ordinarios, tanto aquellos que se dirigen a la creación de normas secundarias como los que pertenecen a la reforma de la Constitución, pues sólo los primeros pueden ser apreciados como actos en los que se manifiesta la supremacía de la soberanía popular. Estos actos son concebidos como *momentos constitucionales* por Bruce Ackerman y Carlos F. Rosenkrantz¹² y se caracterizan por las siguientes circunstancias: «primero, por el hecho que un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la seriedad del asunto que se discute, seriedad mucho mayor que la seriedad que se otorga a las decisiones políticas normales; segundo, por el hecho que todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema que se discute; y, tercero, por el hecho que existe una mayoría partidaria de una determinada forma de solucionar el problema en cuestión».¹³

Este distingo de peso representativo entre un legislador histórico o el pueblo directamente a través de un referéndum, y un legislador ordinario, permite a su vez distinguir entre los actos legislativos procedentes de momentos constitucionales y aquellos actos legislativos y administrativos que pertenecen al gobierno, de tal manera que en esta concepción resulta consecuente la participación del poder judicial en la custodia de la expresión de los momentos constitucionales, mediante resoluciones que decidan en torno a la constitucionalidad, pues un poder judicial puede salvaguardar el sentido primigenio y progresivo de la Constitución mediante la realización jurisdiccional del principio de justicia.

Queda desde luego abierto el debate, con la posición del monismo constitucional que considera que los representantes elegidos por el pueblo tienen pleno poder para dictar leyes en tanto que los jueces, dado su carácter contra mayoritario, no están investidos de la legitimidad de los legisladores y gobernantes y por tanto no deberían de tener el poder de derogar los actos de quien sí está investido de legitimidad popular. En ese mismo sentido, Ackerman analiza «como se puede inferir de lo ya dicho el encuentro con la actividad de la Corte Suprema y con toda la cuestión del control de la constitucionalidad va a diferir enormemente según uno crea que el monismo o el dualismo es la mejor concepción de la democracia polí-

¹² BRUCE ACKERMAN y CARLOS F. ROSENKRANTZ, *Tres concepciones de la democracia constitucional*, en AA. VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 16.

¹³ *Idem.*

tica. Para el *monismo* el control constitucional es básicamente un acto anti-mayoritario y consecuentemente la justificación del control constitucional por parte de la Corte Suprema, si existe, va a provenir de algún argumento sofisticado acerca del especial rol de la Corte Suprema o de la naturaleza procedural, respecto del proceso democrático, de los derechos involucrados. Así por ejemplo, algunos autores, paradigmáticamente John Ely, sostienen que la Corte únicamente puede invalidar aquellas decisiones mayoritarias que tiendan a excluir a personas o grupos de la toma de decisiones políticas, por ejemplo, en el caso que un parlamento dicte leyes que restrinjan la libertad de expresión. Por contraste, el *dualismo* ve a la Corte Suprema y al Contralor Constitucional, como una institución de preservación de una sociedad democrática bien ordenada que, más que amenazar la democracia, sirve a la democracia protegiendo las decisiones de una ciudadanía movilizada contra las decisiones de los representantes que no han obtenido la clase de apoyo requerida para obtener la máxima legitimidad¹⁴. Desde luego que habrá de distinguirse en todo caso cuáles son las expresiones que provienen de *momentos constitucionales*.

De tal manera que los espacios de deliberación a través de la práctica del principio de mayoría y a través de la administración de justicia no pueden rebasar legítimamente ciertos principios y ciertos derechos como son: los derechos fundamentales, los cuales en esta concepción deben reconocerse como inalterables, pues tienen la función de preservar la identidad de la Constitución, aun por encima de decisiones que provienen de la mayoría. Bajo esta concepción de los derechos fundamentales como vallas a la democracia puede sostenerse que un parlamento legítimamente constituido, por estar claramente legitimado en el voto universal, está en posición de violar derechos fundamentales como los de expresión, reunión, del debido proceso legal, etc., y en estos casos el poder judicial debe intervenir aunque interfiera en el proceso democrático.

La reflexión que antecede da cuenta de la acción relevante que el actual momento jurídico-político le provee al poder judicial, basado en los atributos constitucionales y en la naturaleza argumentativa de dicho poder.

3. *Estado constitucional y poder judicial*

Desde luego que en un Estado constitucional de derecho se exige la superación de ciertas condiciones fácticas y normativas que obstaculizan el ideal reflejado en los planteamientos aquí expuestos. En México no esta-

¹⁴ *Op. cit.*, p. 21.

mos en condiciones de sostener que han sido superadas esas ciertas condiciones anticonstitucionales, de cuyos efectos se siguen circunstancias contrarias a los derechos humanos, una de cuyas manifestaciones más perniciosas es la impunidad. Al respecto Kay Ambos aprecia las siguientes formas de aparición de la impunidad:

- a. **Normativa.** Mediante leyes de amnistía e indulto.
- b. **Fáctica.** Mecanismos que impiden el procesamiento y la penalización (amenazas e intimidación en contra de las víctimas y/o de los testigos, falta de independencia e imparcialidad de los órganos de jurisdicción).
- c. **Por falta de regulación normativa.**
- d. **Procesal**, que a su vez se puede subdividir en: impunidad fáctica, impunidad investigativa, impunidad por congestión e impunidad legal.
- e. **Como problema estructural.**

Las hipótesis de impunidad que he citado tienen su origen en la acción de alguno de los tres poderes del Estado, sin embargo América Latina puede documentar casos actuales e históricos en los que concurren prácticamente todas las hipótesis. Son muchos los casos de leyes de obediencia debida, amnistía, punto final. Existe una práctica estructural de simulación de procesos. El 68 mexicano es un vivo ejemplo de impunidad absoluta.

Enseguida emprendo una reflexión en torno a esos graves acontecimientos, hecha desde el derecho de los derechos humanos que ya entonces era aplicable.

4. *Impunidad*

En el contexto en que ocurrieron los *hechos del 68* imperaba en el país una práctica *estructural y sistemática de impunidad*, lo cual pone de manifiesto la improbabilidad de una actuación *imparcial y autónoma* del ministerio público federal, o local del Distrito Federal, menos aún del ministerio público militar, que hubiese garantizado un impulso procesal efectivo.

En consecuencia, si se iniciaron averiguaciones previas, y si aun se abrieron procesos, no hay ninguna garantía de que dichas acciones legales hubiesen prosperado.

Tendrían que estudiarse también las implicaciones del requisito de *procedibilidad* a que se refiere el artículo 111 de la Constitución, respecto de ciertos funcionarios que pudieron haber estado implicados en los hechos que aquí se comentan y que no podían ser procesados penalmente si previamente no se agota un procedimiento de jurisdicción material a cargo de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Parece ser que por las razones antedichas no había en ese momento el equilibrio de poderes que

pudiese haber sometido a la institución presidencial en modo alguno; por ello, es necesario tener en cuenta el siguiente análisis.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* adoptada el 10 de diciembre de 1948, considera en el *preámbulo* que es esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. A su vez el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado el 16 de diciembre de 1966, establece en el *preámbulo* que la *Carta de las Naciones Unidas* impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.

En los términos del articulado de dicho pacto los Estados partes contraen el deber de respetar y garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales que contiene tal instrumento legal internacional; artículos 2.1, 2 y 3; por su parte el artículo 7º. proscribe la tortura; el 6.1, la ejecución extralegal o sumaria; y los artículos 5.1 y 5.2, establecen el criterio de interpretación del pacto en beneficio de los derechos humanos.

El Estatuto de los tribunales de *Nüremberg* y *Tokio* propició la sentencia de 30 de noviembre de 1946, la cual justificaba la responsabilidad penal internacional de las personas físicas de la siguiente manera:

Que el Derecho Internacional impone deberes y responsabilidades tanto a los individuos como a los Estados ha sido reconocido durante mucho tiempo. Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometieron tales crímenes pueden ejecutarse las previsiones del Derecho Internacional. El principio de Derecho Internacional que, bajo ciertas circunstancias protege a los representantes de sus Estados no puede aplicarse a actos condenables como crímenes según el Derecho Internacional.

Los autores de estos actos no pueden ampararse en su posición oficial para eludir el castigo en procesos apropiados.

Dado que la hipótesis de un eventual procesamiento de figura política en el 68 se planteaba como imposible, nadie se atrevió a presentar *acción popular* en tal sentido, nadie tenía espacio político para hacerlo, por ello el hecho se convirtió en un caso de impunidad fáctica, la cual podemos conceptualizar como *los mecanismos que impiden el procesamiento y la penalización* (amenazas e intimidación en contra de las víctimas y/o de los testigos, falta de independencia e imparcialidad de los órganos de jurisdicción). Tal impunidad se manifestó, por una parte, en la no investigación de los graves hechos del 2 de octubre, lo cual evitó que los responsables de

tales hechos fuesen llevados *oportunamente* ante la justicia, y por otra, en el procesamiento de los dirigentes del movimiento estudiantil y de otras personas, en un ámbito de autoritarismo expresado en el *uso del proceso para fines de represión política* y no de *administración de justicia penal, democrática*; por ello, se hace necesario plantear las siguientes cuestiones.

La costumbre internacional ha considerado que las violaciones *sistemáticas* o *masivas* de los derechos humanos, dentro de las cuales caben el asesinato, la desaparición forzada, las ejecuciones sumarias y la tortura, son crímenes internacionales, y así lo ratifican las convenciones específicas al respecto, en las que además se establecen *los principios de jurisdicción universal e imprescriptibilidad*, con el fin de enfrentar eficazmente la impunidad de estas conductas.

Si bien debe tenerse en cuenta que el Estado mexicano en 1968 no había aún suscrito las convenciones destinadas a una más eficaz protección de derechos fundamentales¹⁵, esta circunstancia no beneficia el alegato de inobservancia de una eficaz protección de los derechos fundamentales de los habitantes de México, porque ésta es una obligación contraída desde la *Declaración Universal* de 1948, como ha quedado dicho y porque la *costumbre internacional jurídica*, entendida en términos de *una práctica generalmente aceptada* como derecho y los *principios generales de derecho*, reconocidos por las naciones civilizadas son, de acuerdo con el artículo 38 (1) del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, fuentes de Derecho Internacional. A lo anterior podemos agregar que desde Nüremberg se reconoce que el *Derecho Internacional de los derechos humanos* rige también para los *individuos*, que no existe una separación tajante entre el orden externo e interno, puesto que, con diferentes fórmulas, los órdenes constitucionales introducen el Derecho Internacional y porque la existencia de tribunales internacionales establece un principio de jurisdicción internacional que vincula a los Estados para que enfrenten la impunidad y protejan eficazmente los derechos humanos. Finalmente, porque la jurisdicción universal se complementa con una jurisdicción internacional aplicable a personas físicas, en tanto sujetos de derecho penal internacional, cuando corresponda aplicar el principio de jurisdicción complementaria, es decir, cuando el Estado donde se cometió la violación a los derechos humanos no pueda o no esté dispuesto a juzgar a los posibles responsables.

¹⁵ México adoptó como miembro de las Naciones Unidas la «Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad», el 26 de noviembre de 1968 la cual entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

5. La evolución del derecho judicial de los derechos humanos

En las décadas de los setenta y ochenta se produjeron en América Latina graves casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos desde el Bravo hasta la Patagonia. Muchas de esas violaciones han sido puestas a la luz pública mediante el descubrimiento de archivos policiales y militares como es el caso de la denominada *Operación cóndor* que documentó actos de terrorismo de Estado imputables a Chile, Brasil, Uruguay, Argentina y Paraguay al menos.

Lo cierto es que esos hechos y los atribuibles al gobierno mexicano pueden y pudieron ser vistos a la luz del Derecho Internacional en términos de aplicación del Derecho Internacional al Derecho Interno. En este sentido hago las siguientes reflexiones.

Hasta antes de terminada la Segunda Guerra Mundial, el criterio imperante, respecto del Derecho Internacional en su relación con el Derecho Interno era el denominado de la teoría dualista de finales del siglo XIX, según el cual:

- a. Los objetivos del sistema internacional son distintos respecto del orden interno.
- b. Las fuentes de ambos órdenes también son distintas.
- c. El sistema internacional carece de órganos de control realmente capaces de hacer cumplir la ley.

Después de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló la denominada teoría monista, según la cual:

- a. Particularmente el Derecho Internacional de los derechos humanos rige también para los individuos.
- b. No existe una separación tajante entre el orden externo e interno puesto que, con diferentes fórmulas, los órdenes constitucionales introducen el Derecho Internacional.
- c. Particularmente en materia de derechos humanos existen tribunales internacionales que emiten sentencias obligatorias *verbigracia*: la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Justicia y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

La Corte Penal Internacional constituye el momento de jurisdicción internacional más representativo de la opción *monista* del Derecho Internacional e Interno, pues tratándose de un tribunal internacional su funcionamiento se sustenta en la cooperación permanente de los Estados que siguen su Estatuto. A diferencia de los otros tribunales internacionales, en éste las personas físicas son los sujetos de Derecho Internacional.

La Corte Penal Internacional encuentra sus antecedentes en el derecho de los tribunales de Nüremberg y Tokio y en los trabajos de la Comisión de

Derecho Internacional de las Naciones Unidas que formuló los principios de Nüremberg, en los siguientes términos:

Principio I. Cualquier persona que comete un acto que constituye un crimen bajo el Derecho Internacional es responsable del mismo y posible de pena.

Principio II. El hecho que las leyes domésticas no impongan penas por un acto que constituye un crimen bajo el Derecho Internacional, no exime a la persona que cometió el acto de responsabilidad bajo el Derecho Internacional.

Principio III. El hecho que la persona que cometió un acto que constituye un crimen bajo el Derecho Internacional, actuó en calidad de jefe de Estado o como funcionario gubernamental responsable no le exime de responsabilidad bajo el Derecho Internacional, supuesto que tenía la capacidad de tomar decisiones morales.

Principio IV. El hecho que una persona haya actuado siguiendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exime de responsabilidad bajo el Derecho Internacional, supuesto que tenía la capacidad de tomar decisiones morales.

Principio V. Cualquier persona acusada de un crimen bajo el Derecho Internacional tiene derecho a un juicio de hecho y de derecho.

Principio VI. Los crímenes aquí establecidos son punibles como crímenes bajo el Derecho Internacional:

A. Crímenes contra la paz:

1. Planeamiento, preparación, iniciación o libramiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales.

2. Participación en planes colectivos, o en conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados bajo el numeral anterior.

B. Crímenes de guerra: violaciones de las leyes y usos de la guerra, lo que incluye pero no se limita al asesinato, maltrato o deportación para trabajo esclavo o para cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado o en éste, asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o personas en el mar, asesinato de rehenes, saqueo de propiedad pública o privada, destrucción indiscriminada de ciudades, pueblos o aldeas, o devastación no justificada por necesidades militares.

C. Crímenes de *lesa humanidad*: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o persecuciones basadas en causales políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son cometidos en la ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o crimen de guerra.

Principio VII. La complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de *lesa humanidad*, tal como están

establecidos en el principio VI, constituye un crimen bajo el Derecho Internacional¹⁶.

Un breve análisis de los principios enunciados pone de manifiesto que en el ámbito del Derecho Internacional se reconoce la responsabilidad personal por la comisión de esta clase de crímenes. Este principio es el sustento de la jurisdicción complementaria, la cual, relacionada al principio de jurisdicción universal se convierte en la jurisdicción más amplia posible para evitar actos de impunidad en este tipo de delitos.

El principio I establece el principio de responsabilidad penal internacional de las personas físicas.

El principio II instaura la regla de *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

El principio III establece una regla de exclusión del principio de inmunidad que protege a los jefes de Estado y de gobierno, ya que los crímenes bajo el Derecho Internacional son perseguitables aun tratándose de personas con inmunidad para que esta condición no se constituya en una fórmula de impunidad ante tan graves actos y porque dada la tipificación de estos crímenes, son precisamente los funcionarios de los gobiernos quienes están en posición de cometerlos.

El principio IV establece la exclusión de la obediencia debida como causa de justificación de crímenes bajo el Derecho Internacional, puesto que dichas conductas no son reconocibles como medios legitimables bajo ninguna circunstancia.

El principio V reafirma la convicción ético-política de los mecanismos de legitimación democrática del uso del Derecho Penal. Sólo el debido proceso legal garantiza un acto de justicia racional y razonable.

En el principio VI se establece el catálogo de tipos penales de los crímenes de Derecho Internacional.

El principio VII establece la responsabilidad por coautoría para cuya aplicación podrán utilizarse las reglas que en tales casos contiene el derecho interno de los Estados que han sentado precedente en el juzgamiento de estos crímenes.

Podemos apreciar que el derecho de Nüremberg sienta criterios jurídicos de Derecho Internacional tanto para la aplicación de este derecho en el ámbito del Derecho Interno como para su aplicación en el de una jurisdicción penal internacional. En el primero de los casos se constituye en el precedente del derecho convencional de los derechos humanos contenido en los tratados dirigidos a enfrentar los crímenes contra la humanidad y

¹⁶ Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg, Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945.

los crímenes de guerra. En el segundo sentido es el sustento de los tribunales *ad hoc* que se han instaurado para juzgar a criminales de delitos contra la humanidad como es el caso de los tribunales de Ruanda y para la ex Yugoslavia; en este mismo sentido es antecedente del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual, como sabemos, entrará en vigor cuando al menos sesenta Estados lo adopten de acuerdo con los procedimientos que para el efecto establezca el Derecho Interno de dichos Estados.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968 mantiene la vigencia del derecho de Nüremberg al hacer una referencia explícita en los siguientes términos:

Artículo 1. Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) ...

b) Los crímenes de *lesa humanidad*, cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (1) de 13 de febrero de 1946 y 95 (1) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación, los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención del delito de genocidio, aun si esos actos no constituyen una violación del Derecho Interno del país donde fueron cometidos.

La resolución 23 denominada *Los derechos humanos en los conflictos armados* aprobada el 12 de mayo de 1968, por la Conferencia internacional de derechos humanos celebrada en Teherán, exhortó a los Estados para una mayor aplicación de los Convenios de Ginebra para proteger de mejor forma los derechos humanos de las personas afectadas; la exhortación derivó en los protocolos 1 y 2 adicionales a los Convenios de Ginebra.

El principio de *doble incriminación* en virtud del cual un crimen de guerra también puede ser un crimen contra la humanidad, ha sido reconocido por la Comisión de Derecho Internacional (Rapport C.D.I.) y por tribunales de diversos países.

De acuerdo con el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia «las decisiones judiciales [...] de las distintas naciones son un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho», es decir, son reconocidas como fuentes de Derecho Internacional. En este sentido la sentencia del tribunal supremo francés de 20-XII-1985 contra Klaus Barbie es analizada por Antonio Cassese en el sentido de que el artículo 6c

de los principios de Nüremberg «se propone cerrar la salida a posibles escapatorias destinadas a obstaculizar el castigo de los autores de graves atropellos. Esto se debe a que de acuerdo con dicha normativa todas las atrocidades que no se incluyen en los *crímenes de guerra* caen bajo la cuchilla de los *crímenes contra la humanidad*»¹⁷. En efecto el citado precepto tipifica como crímenes de *lesa humanidad*, el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o persecuciones basadas en causales políticas, raciales o religiosas. Son precisamente los móviles referidos los que permiten aplicar una doble valoración de los crímenes, como crímenes de guerra o crímenes de *lesa humanidad*. En el caso Barbie esto tuvo gran importancia debido a que en tanto crímenes de guerra los actos del encausado ya habían prescrito, no así en cuanto crímenes contra la humanidad.

En su relato Cassese cita el razonamiento del Tribunal Supremo que observó que, según el artículo 6c del acuerdo de Londres, constituyen crímenes contra la humanidad:

incluso si son igualmente calificables como crímenes de guerra según el artículo 6b del mismo texto, los actos inhumanos o las persecuciones que, en nombre de un Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos sistemáticamente, no sólo contra personas en razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa sino también contra los adversarios de aquella política, cualquiera que sea la forma de su oposición¹⁸.

Enseguida, dicho autor invoca como sustento del argumento referido el razonamiento jurídico del señor Le Gunehec, consejero del Supremo:

Si existe una jerarquía en el horror o en la crueldad, el crimen contra la humanidad suplanta al crimen de guerra en la medida en que aquel no es solamente una violación de las leyes y usos de la guerra creados por los hombres para mantener la conciencia tranquila y *legitimar el recurso a la fuerza absolutamente necesaria* sino que es, sobre todo, una lesión de los derechos fundamentales de la persona humana: el derecho a la igualdad, sin distinción de raza, color o nacionalidad, y el derecho al respeto a las opiniones políticas y religiosas de cada uno. Es un crimen cuya finalidad no es sólo herir o dar muerte, sino que acompaña esas heridas o esa muerte con una violación voluntaria, deliberada y gratuita de la dignidad de quienes son sus víctimas —hombres o mujeres— por-

¹⁷ CASSESE, *op. cit.*, p. 98.

¹⁸ *Ibid.*, p. 100.

que pertenecen a un grupo humano que no es el de sus verdugos o no acepta el dominio de éstos¹⁹.

En la parte correspondiente de la querella se citan criterios de tratadistas en el sentido de que los delitos contra la humanidad es una categoría más amplia que la de crímenes de guerra para efectos de su persecución. El texto es el siguiente: Los tratadistas André Huet y Renée Koering-Joulin B. sostienen que: «Esta categoría de crímenes (...) es más amplia que la de crímenes de guerra, (...) son susceptibles de ser cometidos contra los propios nacionales (...». Para D. Thiam, Ponente especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, «un acto inhumano cometido contra una sola persona podría constituir un crimen contra la Humanidad si se situara dentro de un sistema o se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor (...) Un acto individual podría constituir un crimen contra la Humanidad si se inscribiera dentro de un conjunto coherente y dentro de una serie de actos repetidos e inspirados por el mismo móvil: político, religioso, racial o cultural» (Rapport C.D.I., 1989, p. 147, pár. 147). De igual modo, no tanto una desaparición forzada sino la «práctica sistemática» de las desapariciones forzadas es lo que «tiene la naturaleza de crimen contra la Humanidad» (A/Res. 47/133, 18 dic. 1992, preámbulo, considerando 4o.).

El principio de la doble vía permite apreciar los crímenes internacionales bajo la categoría de crímenes contra la humanidad y por ello sometidos a un régimen de aplicación de normas del Derecho Internacional que tienen la intención de garantizar una más eficaz persecución de esos crímenes.

En ese mismo orden los crímenes contra la humanidad no pueden ser considerados bajo el mismo sentido de retroactividad que suele regular el derecho penal interno puesto que el mismo derecho de Nüremberg reconoce en el principio II que el hecho de que las leyes domésticas no impongan penas por un acto que constituye un crimen bajo el Derecho Internacional, no exime a la persona que cometió el acto de responsabilidad bajo el Derecho Internacional. En su momento el derecho de Nüremberg añadió a los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad; es respecto de estas categorías que se podía argumentar el principio *nullum crimen sine lege*, sin embargo, para justificar la excepción a ese principio se sostuvo lo siguiente:

no debemos dejarnos desviar por la circunstancia de que aplicamos el derecho *ex post facto*. Nadie ha de sorprenderse o impresionarse por la

¹⁹ *Ibid.*, p. 101.

circunstancia de que serán castigados quienes hayan ordenado o llevado a cabo actos bárbaros e inhumanos mientras estaban perdiendo una guerra. Muchos, en cambio, quedarían sorprendidos y estupefactos por la conclusión general de que aquéllos puedan librarse sin perjuicio alguno en todos los casos en que no pueda invocarse una norma preexistente²⁰.

En este sentido el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege instaurado* en el apartado inmediato anterior no se refiere a los casos de conductas delictivas que pudieran no estar reguladas en leyes nacionales o internacionales si lo son según los principios generales del derecho por la comunidad internacional.

Los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de *lesa humanidad* postula en el punto 1 que: «Los crímenes de guerra y los crímenes de *lesa humanidad*, donde quiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas». Estos principios fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1973.

6. *El principio de jurisdicción universal (el caso Pinochet)*

En cuanto a la jurisdicción de España para conocer de los delitos de genocidio y terrorismo de Estado, fue invocado el artículo 23, 4, a) de la LOPJ española, el cual establece que conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio, b) Terrorismo... La Sala que resolvió el alegato que interpretaba el artículo 6o. del *Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, de 1948, según la cual el *Convenio* sólo reconoce la jurisdicción del Estado en que se cometió el delito, sostuvo: «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 trascendencia en todo el mundo y que afecta a la

²⁰ *Ibid.*, p. 97.

comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio *Convenio* entiende».

7. Otro criterio jurisdiccional del Derecho Interno

La Sala también interpretó que el término *grupo nacional* incluido en la definición del delito de genocidio, establecido en el artículo II de la *Convención* referida, no excluía la comisión de dicho crimen en perjuicio de personas de la misma nación; para ello se apoyó en el informe de 1985 que siguió el relator de Naciones Unidas, para el seguimiento de la convención del genocidio, al conceptualizarlo como la destrucción de una fracción importante del grupo nacional, incluso la cometida por el mismo grupo nacional.

En cuanto al delito de terrorismo, la Sala consideró que de acuerdo al artículo 23, 4, b) de la LOPJ era aplicable la jurisdicción de España y no era atendible el alegato de la apelación en el sentido de que la subversión del orden constitucional español no se había producido, pues «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».

En cuanto al alegato de cosa juzgada respecto del delito de tortura, sustentado en las leyes de amnistía, *punto final* y *obediencia debida*, debe considerarse, por una parte que el delito de tortura ha pasado a ser considerado como un delito perseguible en todo tiempo, y desde el punto de vista del derecho de España, el artículo 23, 4, g) de la LOPJ española establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, aquellos que según los tratados y convenios internacionales deban ser perseguidos en España.