

DERECHOS HUMANOS Y DESAPARECIDOS EN DICTADURAS MILITARES*

Juan Carlos Gutiérrez Contreras y Myrna Roxana Villegas Díaz**

INTRODUCCIÓN

"En este país no se mueve ni una sola hoja sin que yo lo sepa."
(General Augusto Pinochet Ugarte)

"...En Argentina no quedan desaparecidos con vida. Asumo toda la responsabilidad y me siento orgulloso".
(General Ramón Camps,
Jefe de la Policía de Buenos Aires)

Las violaciones a los derechos humanos, alteran y ponen en entredicho cualquier posibilidad de convivencia pacífica en el interior de un Estado, y como afirma Rawls, en el marco de la sociedad de naciones, "el respeto por los derechos humanos es una de las condiciones impuestas a cualquier régimen político para ser admitido como miembro pleno de una sociedad política de pueblos justa"¹.

Cuando nos adentramos en las conductas y el estudio de las violaciones a los derechos humanos cometidas por las dictaduras del Cono Sur de América Latina nos sorprendemos de la brutalidad de sus procedimientos en contra de la población. Sólo en la última dictadura militar argentina (1976-1983) las fuerzas de seguridad, con la excusa de encontrarse en una situación de guerra interna, dieron muerte entre 10.000 y 30.000 personas, entre ellos muchos niños².

La consolidación de gobiernos de facto en países como Argentina o Chile, así como los atroces actos que cometidos por éstas, fueron amparadas en el discurso de la recuperación de la "cultura occidental cristiana" basados en la ya conocida tesis de Carl Schmitt³ del "Amigo-Enemigo", distinción elaborada a partir de la axiología que tenga un Estado en un momento dado de la historia, en la medida de legitimar la posibilidad real de eliminar físicamente al que se considera "enemigo", llegando al extremo de incluir en las *listas negras* a quienes simplemente se oponían al gobierno dictatorial por medio de las formas legales de reivindicación.

Esta concepción tendenciosa de lo político, que cobró especial importancia bajo el régimen nazi, constituye el elemento central de la denominada doctrina de la "seguridad nacional", manifestada en las dictaduras militares, donde la tolerancia (elemento de lo democrático) la necesidad de reconocer al otro (supuesto enemigo político), y aún se mantienen mientras no se superen los niveles de manipulación de la información y la denominada "reconciliación nacional" no

se sustente sobre la base del respeto, castigo y sanción a los responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas en dicha época⁴.

Si estas sociedades no producen experiencias comunes de transformación creativa de los acontecimientos traumáticos, si continúan guardando estos hechos en el inconsciente colectivo amparados en la impunidad de los actores de la violencia estatal, es inevitable que el manto del olvido y el

* Este artículo ha sido elaborado para el XI Congreso de alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Su texto es un extracto del original que aparecerá publicado en la revista del XI Congreso que se celebrará los días 10-12 de marzo de 1999 en la ciudad de Salamanca (España).

** Área Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca.

1. RAWLS, John: *El derecho de los Pueblos*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, p. 131.

2. Al respecto el informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP), *Nunca Más*, Buenos Aires, 1985. La comisión fue dirigida por el escritor ERNESTO SÁBATO, dando cuenta además, de la desaparición de 8.960 personas, según denuncias debidamente probadas y documentadas. Señala el informe que en Argentina existían 340 centros clandestinos de detención, dirigidos por altos oficiales de las Fuerzas Armadas. La CONADEP descubrió que entre los oficiales de las Fuerzas Armadas y policiales se estableció un "pacto de sangre" que implicaba la participación de todos en las violaciones a los derechos humanos. "Tenemos la certidumbre de que la dictadura militar produjo la más grande tragedia de nuestra historia, y la más salvaje", concluyó la comisión. Al respecto ver CUYA, Esteban: *Las comisiones de la verdad en América Latina*. KOAGA ROÑETA (1996). <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>.

3. SCHMITT, Carl: *El concepto de lo Político*. Alianza Universidad, Madrid, 1991, p. 56.

4. Es importante aclarar que este artículo estudia un momento histórico determinado de la violencia estatal en América Latina, esto es la protagonizada por las dictaduras militares especialmente del Cono Sur, sin embargo, no consideramos que el uso de la violencia por parte del Estado en esta parte del mundo esté exclusivamente limitado a los períodos de gobiernos militares. Como afirma PETER WALDMANN, Catedrático de Sociología de la Universidad de Augsburgo-Alemania: "...Es verdad que bajo las dictaduras militares del Cono Sur, los excesos de los organismos de seguridad contra los civiles alcanzaron en la década de los setenta unos tristes puntos máximos. Pero tras el relevo político en los años 80 de las Fuerzas Armadas por gobiernos civiles elegidos democráticamente, el problema no puede darse por terminado, máxime cuando la policía, el ejército y los servicios secretos siguen siendo en gran medida los mismos. A una serie de gobiernos civiles establecidos hace tiempo como los de Colombia, El Salvador y Guatemala habría que reprocharles la violación crónica y masiva de los derechos humanos elementales demostrando que, incluso en los regímenes democráticos formales, la policía y el ejército no desisten de intimidar a los simpatizantes de la oposición con métodos coactivos..." WALDMANN, Peter: "Represión Estatal y Paraestatal en Latinoamérica". *Revista América Latina Hoy*, 2.ª época, N.º 19, junio / 95.

silencio que se quiere cernir sobre las responsabilidades individuales, prolongue indefinidamente el clima de inestabilidad.

Con el fin de acercarnos a las argumentaciones jurídicas que pueden conllevar a la sanción y el castigo de los responsables, intentaremos abordar el presente artículo. El método a trabajar será el siguiente: de manera inicial y con la finalidad de ubicar al lector en el contexto histórico se presentarán los hechos sucedidos en aquellos países en el marco del denominado “Plan Cóndor”, y su relación con múltiples violaciones a los derechos humanos. En este sentido y ante las conductas enumeradas intentaremos ubicar las normas internacionales de los derechos humanos, la fundamentación y su responsabilidad. La competencia para juzgar estos crímenes en el ámbito del Derecho penal internacional y la normatividad del Derecho internacional de los derechos humanos. En seguida nos detendremos a analizar el concepto de Terrorismo de Estado enmarcado en el concepto de Abuso de Poder, para finalizar con la adecuación dogmática de las conductas penales inmersas en la violación a los derechos humanos sucedidas en las dictaduras militares.

Finalmente, es necesario destacar que fenómenos de dimensiones monstruosas como el presente, se enmarcan en problemas reales que afectan a los seres humanos. Al percibir el drama que vivieron aquellos países, no nos queda más que reflexionar respecto de nuestra actitud, pues, consideramos que dedicar horas a teorizar sobre los derechos humanos, sin asumir ningún tipo de compromiso en la defensa de la efectiva vigencia de los mismos, no sólo resulta contradictorio, sino que además de conducir a una reflexión estéril, resulta totalmente alejado de la cotidiana realidad que sacude la dignidad de miles de personas en el mundo actual. Sea un ejemplo a imitar la obstinación y valentía de las “Madres de la Plaza de Mayo” quienes con su actitud nos han dado muestra de dignidad.

1. LAS DICTADURAS MILITARES EN EL CONO SUR

La instauración de regímenes militares en el Cono Sur, a partir de 1964 determinó una profunda transformación de su historia política. Se puso fin al periodo de movilizaciones sociales que le antecedieron y que significaron un crecimiento inusitado de sectores sociales y populares. Crecimiento que derivó en algunos países como Uruguay y Argentina en movimientos de guerrilla urbana cuyo objetivo era impulsar una revolución social por esa vía⁵.

Estos regímenes, apoyados por las Fuerzas Armadas se caracterizaron por su afán desmovilizador y su represión exacerbada en contra de la disidencia política. En Argentina, Chile y Uruguay esta represión comenzó inmediatamente a la usurpación violenta del poder y el derrocamiento de los gobiernos constitucionales. Brasil tuvo su represión más cruda al finalizar la década de los años sesenta cuyo objetivo era aplastar los focos guerrilleros que se habían logrado levantar durante los cuatro años anteriores de dictadura. Argentina y Chile fueron los países en los que se vivió la represión clandestina de manera más violenta. En Uruguay la represión se caracterizó por ser más selectiva y dirigirse

principalmente a un control de la sociedad civil impidiendo la apertura de canales de participación. Pero fue la dictadura del General Stroessner en Paraguay (1954-1989) el modelo articulador para el resto de las dictaduras latinoamericanas. Éste fue elogiado por sus análogos y por el gobierno norteamericano, al resaltar su capacidad para mantener la “paz social a cualquier costo”, en otras palabras, por su eficacia en el control de la subversión⁶.

Pese a esta diferencia en el mayor o menor grado de represión, lo cierto es que todos ellos redundaban en ciertas características comunes: *Primero*, su incapacidad política para dotarse de bases de legitimidad que les permitiera crear una forma de Estado diferente de la democracia política⁷. *Segundo*, sus violaciones reiteradas y persistentes a los derechos humanos producto de la implementación de una metodología represiva sistemática y a gran escala. Estas violaciones a los derechos fundamentales estaban teñidas con el carácter ideológico que imponía la eliminación de toda disidencia política, y se materializaron a través de diferentes figuras delictivas tales como detenciones ilegales y secuestros, seguidas en la mayoría de las ocasiones de homicidios, asesinatos y desapariciones forzadas, previa tortura de las víctimas, todas ellas propias de las prácticas del terrorismo de Estado. *Tercero*, una marcada cooperación a nivel internacional en el control y en la eliminación de la disidencia política, cuyo blanco principal era la izquierda política, en especial los Partidos Comunistas y Socialistas, amén de los focos guerrilleros.

1.1. La organización criminal internacional de represión: “El Plan Cóndor”

Las relaciones internacionales entre los oficiales de las fuerzas armadas sudamericanas se habían estrechado desde fines de la década de los sesenta producto de una especialización contrainsurgente conjunta en las academias militares norteamericanas⁸. Esta especialización se enmarcó dentro

5. Para un examen de las causas de la instauración de regímenes autoritarios en el Cono Sur, véase COLLIER, David; *The new authoritarianism in Latin America*, Princeton University Press, Estados Unidos, 1979; LECHNER, Norbert; *Estado y Política en América Latina*, Ed. Siglo XXI, México., 1981; GARRETTON, Manuel Antonio; *En torno a la Discusión sobre los Nuevos Regímenes autoritarios en América Latina*, en PORTALES, Carlos; *La América Latina en el Nuevo Orden Económico internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 334-360.

6. La dictadura de Stroessner amparada por las Fuerzas Armadas y por sectores de derecha fue el nido que cobijó a criminales como el médico nazi Josef Mengele, el jefe de la Logia Masónica P-2 Licio Gelli, el franquista español Juan León Córdón, el chileno responsable de numerosas desapariciones forzadas, torturas y asesinatos, Miguel Estay Reyno, “El Fanta” que residió clandestinamente en este país hasta 1992. Recordemos asimismo que Paraguay sirvió para el adoctrinamiento xenófobo desde fines del siglo pasado, fue Bernard Forster, médico, quien fundó allí la colonia Nueva Germania, con el objetivo de aplicar su programa de pureza racial. CAMUS, María Eugenia. Rev. APSI. 441, Santiago 1993. Por otra parte Richard Nixon designó a Paraguay como “un eje estratégico clave para la lucha contra el comunismo”. CUYAS, Esteban; ob. cit.

7. FRÜHLING EHRILCH, Hugo; *La defensa de los derechos humanos en el Cono Sur. Dilemas y perspectivas hacia el futuro*, en “Represión Política y defensa de los derechos humanos”, Programa de derechos humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Centro de Estudios Sociales (CESOC) Ediciones Chile y América, 1986, pp. 15-37.

8. Sobre la intervención de la CIA en la formación de militares latinoamericanos, véase también CALLONI, Stella; *Los Archivos del Horror del*

de la “Doctrina de Seguridad Nacional”, cuya esencia era la de lograr el “orden” en la sociedad civil y la eliminación física de los disidentes. Estas relaciones de militares argentinos con sus similares uruguayos, paraguayos, brasileños, chilenos, bolivianos y peruanos, tendrían sus frutos en los años de las dictaduras⁹.

Dentro de este marco de cooperación, los dictadores sudamericanos forman una organización criminal de alcance hemisférico, “Operación Cóndor”, cuyo objetivo era la consecución de los objetivos políticos y económicos de la conspiración y la neutralización o eliminación de la oposición política y múltiples personas por razones ideológicas¹⁰. Fue así como esta organización aprovechándose de la usurpación violenta del poder que subvirtió el orden constitucional, que le garantizaba la impunidad, y profitando de la estructura militar, concibió, desarrolló y ejecutó un plan sistemático de detenciones ilegales seguidas de secuestros prolongados, que derivaron en desapariciones forzadas de personas o en asesinatos, precedidos de torturas en la mayoría de los casos. En su accionar no establecieron diferencia entre la oposición violenta y la no violenta. Estas acciones afectaron a ciudadanos de Argentina, España, Reino Unido, Estados Unidos, Chile, Suiza y Francia, entre otros.

La organización criminal “Cóndor” nació a instancia de la dictadura militar de Chile, y de hecho su sede estuvo en Santiago. Numerosos documentos acreditan que sus orígenes se remontan al “Primer Encuentro de Trabajo de Inteligencia Nacional”, en el que participaron, entre otros, el general chileno Manuel Contreras, acusado y condenado posteriormente por el asesinato del ex-ministro del presidente Allende, Orlando Letelier¹¹, y el general paraguayo Guanes Serrano. Allí, Contreras ofreció las instalaciones de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional Chilena) como el cuartel general para “la centralización de la información sobre los antecedentes de personas, organizaciones y otras actividades conectadas directa o indirectamente con la subversión”¹².

Este cuartel sirvió entonces para que en octubre de 1975 se reunieran los jefes de la inteligencia militar de Argentina (SIDE), Brasil, Paraguay y Uruguay, y tan solo un mes después, se reunieron en el cuartel general de la DINA, Contreras, Guanes Serrano y el jefe de la policía paraguaya, Francisco Brites, y se procuraron “un banco de datos, un centro de información y talleres”. Ocultando el verdadero nombre y disfrazándolas con el término “talleres” se llevaron a cabo las sesiones de planificación de los grupos multilaterales de agentes encargados de vigilar, arrestar, encarcelar, torturar y “repatriar” a opositores de los diferentes regímenes.

Los primeros en ser objeto de persecución y atentados fueron altos dirigentes y líderes opositores a las dictaduras latinoamericanas, entre ellos, los ex ministros de la Unidad Popular chilenos Carlos Prats, asesinado en Buenos Aires; y Orlando Letelier asesinado en Washington, y Bernardo Leighton, que logró sobrevivir a un atentado contra su vida en Roma¹³.

Los blancos de la *Operación Cóndor* fueron extendiéndose hacia otros militantes y simpatizantes de izquierda. Chilenos, uruguayos, paraguayos, brasileños, y bolivianos, fueron objeto de detenciones ilegales y secuestros en

Argentina y Paraguay, por agentes policiales de sus respectivos países. Los militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria de Chile (MIR) fueron los más perseguidos en Argentina, igualmente se llevó a cabo una represión coordinada y sistemática contra ciudadanos alemanes, españoles, judíos y peruanos, entre otros, que figuran entre los miles de desaparecidos. Para la realización de este tipo de crímenes utilizaban el manto de impunidad que les otorgaban los respectivos gobiernos dictatoriales, quienes proporcionaban la infraestructura adecuada¹⁴.

Operativo Cóndor. KO'AGA RONE'ETA; <http://www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html>.

9. CUYAS, Esteban; *La Operación Cóndor: El Terrorismo de Estado de Alcance Transnacional* KO'AGA RONE'ETA se.vii (1996) - <http://www.derechos.org/vii/1/cuyas.html>.

10. EQUIPO NIZKOR; Documento distribuido a la solidaridad internacional para lograr la detención y el procesamiento de Augusto Pinochet Ugarte, <http://www.derechos.org/nizkor/>. Véase también CALLONI, Stella; Ko'aga Rone'eta - Los Archivos del Horror del Operativo Cóndor. KO'AGA RONE'ETA; <http://www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html>.

11. En febrero de 1998 se acumuló al expediente de la causa chilena en España, el testimonio prestado por el General y Director Ejecutivo de la DINA, Manuel Contreras Sepúlveda, ante la Corte Suprema de Chile. En este documento señala que la DINA era un organismo militar que dependía directamente de Pinochet, al que “informaba diariamente”. Recordemos que a raíz del juzgamiento de los militares Contreras, y Sergio Espinoza por el asesinato de Orlando Letelier, la propia Corte Suprema chilena declaró a la DINA como organización criminal en la línea de la figura reconocida en Nüremberg por sentencia de 30 de mayo de 1995 (Caso Letelier). Tanto Contreras como Espinoza se encuentran hoy en prisión, el primero condenado a siete años de prisión y el segundo a cinco años y un día. Ambos se encuentran reclusos en una cárcel especialmente construida para estos efectos a las afueras de Santiago de Chile.

12. EQUIPO NIZKOR; Documento distribuido a la solidaridad internacional para lograr la detención y el procesamiento de Augusto Pinochet Ugarte, <http://www.derechos.org/nizkor/>.

13. El 30 de septiembre de 1974, en Buenos Aires, fue realizado un atentado que cobró la vida del ex-Vice Presidente de Chile y Ministro de Estado en el gobierno de Salvador Allende, general Carlos Prats González y de su esposa Sofía Cuthbert. Este hecho fue una de las primeras acciones en el exterior que llevó a cabo la Dirección de Inteligencia Nacional de Chile, DINA, cuyo jefe era el general Manuel Contreras. El 6 de octubre de 1975 Bernardo Leighton, dirigente del Partido Demócrata Cristiano y ex Vice Presidente de la República de Chile, opositor al régimen de Pinochet fue acusado por éste de desarrollar “actividades antichilenas”, razón por la cual fueron objeto él y su esposa de un atentado en Roma. Pier Luigi Concutelli y Salvatore Falabella, neofascistas italianos, temporalmente al servicio de la DINA, fueron los autores y las víctimas sobrevivieron. Sobre estos casos véase: HARRINGTON, Edwin - GONZÁLEZ, Mónica; *Bomba en una calle de Palermo*, Ed. Emisión, 1987; VERDUGO; Patricia; *Los Zarpazos del Puma*, CESOC, Santiago de Chile, Septiembre de 1989. Pero sin duda fue el caso de Orlando Letelier el que mayor impacto ha causado a nivel internacional, el 21 de septiembre de 1976, la DINA atentó con una bomba de alto poder, en Washington D.C. contra el ex ministro de Estado en el gobierno de Salvador Allende, blanco de la mirada de Pinochet, el que le había privado de la nacionalidad chilena por “haber llevado a cabo en países extranjeros una campaña publicitaria tendente al aislamiento político, económico y cultural de Chile”, y “por influir en la política exterior norteamericana demandando la suspensión total de su ayuda militar a Chile”. En el atentado, también murió Ronnie Moffit, ciudadana norteamericana, secretaria de Letelier. La muerte de Moffit motivó la intervención de los Estados Unidos. Así el Fiscal, Ernest Lawrence Barcella, solicitó una comisión rogatoria al juez español encargado de la causa chilena. Quedó establecido en el proceso el carácter de la DINA como organización que conspiró para cometer atentados terroristas en España, Francia, Portugal, Italia, EEUU, Argentina, Chile y otros países, actividades de las que el General Pinochet estaba al tanto y dirigía.

Ver CUYÁS, Esteban, *ob. cit.*

14. Los organismos de seguridad chileno y paraguayo, por ejemplo podían disponer de líneas aéreas estatales. (LAN CHILE, Líneas Aéreas Paraguayas), y pleno poder de actuación en las cancellerías, en correos, en los tribunales de justicia, etc. Sus actividades se encubrían bajo la forma de empresas comerciales e industriales ficticias. De acuerdo a las investiga-

La acción de la DINA encontró en Argentina, un lugar en el que llevar a cabo impunemente sus acciones. Ya desde 1974, antes de la dictadura del general Videla (1976-1983), los lazos de colaboración se estrecharon con su análogo, SIDE. Desde mayo de 1975 numerosos activistas políticos chilenos fueron detenidos por la policía de este país y Paraguay para ser entregados a la DINA¹⁵, quien les trasladaba a los campos de concentración que mantenían en Chile (*Villa Grimaldi, Tejas Verdes, Colonia Dignidad*, etc.). Muchos de ellos fueron ejecutados, otros simplemente desaparecieron.

Es indudable que estas y otras desapariciones culminaron con el asesinato de las víctimas. Por ejemplo, en Chile en el año 1990 fueron descubiertas fosas comunes en la ciudad de Pisagua, al norte del país, con los cuerpos de varios desaparecidos en 1976. La cal propia del suelo desértico se encargó de mantener casi intactos los cuerpos de las víctimas¹⁶. En Argentina, el general Ramón Camps, Jefe de la Policía de Buenos Aires, declaró que: “en Argentina no quedan desaparecidos con vida. Asumo toda la responsabilidad y me siento orgulloso”. No sólo militantes activos de los movimientos opositores de izquierda fueron objeto de torturas, secuestros, detenciones ilegales, ejecuciones y desapariciones forzadas, sino asimismo sus familiares y amigos. El general Saint Jeant, Interventor de la Provincia de Buenos Aires igualmente dijo en la época de la dictadura militar: “Primero mataremos a todos los subversivos, luego mataremos a sus colaboradores, luego a sus simpatizantes, luego a quienes permanezcan indiferentes, y por último, a los indecisos”¹⁷.

Es así como se investigan casos de cientos de niños desaparecidos, hijos de detenidos desaparecidos, bajo el régimen militar en Argentina¹⁸. La Comisión de Verdad y Reconciliación de Chile, en su Informe Final, denominado “Informe Rettig”, acredita con documentos los casos de 33 ciudadanos chilenos desaparecidos tras ser capturados por agentes argentinos y paraguayos y entregados a la DINA, entre 1975 y 1976.

En 1992 el Juez José Agustín Fernández, en el marco de la investigación de una detención ilegal precedida de tortura, descubrió casualmente el archivo secreto de la inteligencia paraguaya, en una oficina de la “Sección Política y Afines” de la Policía de Investigaciones de Asunción, archivos en los que se encontraron numerosos documentos relacionados con casos de detenidos y desaparecidos paraguayos que el gobierno siempre negó tenerlos¹⁹. Estos documentos han permitido asimismo establecer que en este contexto de cooperación militar entre los países sudamericanos, fueron asesinados el ex presidente de Bolivia, general Juan José Torres, en Argentina; los legisladores uruguayos Zelmar Michelini y Héctor Gutiérrez Ruiz, así como del doctor Agustín Goyburú, dirigente del Movimiento Popular Colorado, de Paraguay, y cientos de activistas políticos chilenos, argentinos, paraguayos, y brasileños²⁰.

La “Operación Cóndor” costó la vida y la desaparición también de ciudadanos españoles, lo que llevó a que durante el primer semestre de 1996 se iniciaran ante la Audiencia Nacional Española las causas contra los integrantes de la Junta Militar Argentina (1976-1983) y Chilena (1973-1990) por delitos de genocidio, terrorismo internacional y tortura²¹, figuras delictivas que se materializaron mediante detencio-

nes ilegales, torturas, secuestros, desplazamientos forzados de miles de personas y desaparición selectiva de un mínimo de 3.178 víctimas, actividades todas que fueron desarrolladas dentro del marco de la actividad represiva violenta que se inició con la toma del poder en Chile mediante el golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973.

ciones judiciales, 30 fueron las empresas creadas en Chile para cubrir la actividad delictiva de la DINA cuyo centro de operaciones estuvo en el Puerto de San Antonio, Empresa Pesquera Chile. Asimismo existió una cofradía en Santiago de Chile, la “Sociedad Benefactora” integrada por ex agentes de la DINA, oficiales del ejército y agentes de inteligencia militar cuya misión era facilitar la impunidad de los ex agentes y sus familias mediante la producción de documentos falsos de identidad, pasaportes y visados de residencia en otros países, transferencias de recursos económicos y financieros, facilidades para su desplazamiento evitando controles policiales y la acción de la justicia. La “Cofradía” fue descubierta en 1992, durante el gobierno de la transición democrática, y estaba a cargo del General de la Fuerza Aérea de Chile y ex jefe de Inteligencia de esa institución, Vicente Rodríguez (Rev. APSI N° 441, Santiago, Chile, 1993).

15. Contamos entre ellos, a Jorge Isaac Fuentes, militante del ERP (Ejército Revolucionario del Pueblo), arrestado en Argentina, entregado a la DINA en Paraguay y trasladado ilegalmente a Villa Grimaldi en Santiago de Chile, donde desapareció. Su caso fue objeto de investigación por la Comisión Rettig (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990 durante el gobierno de la transición democrática en Chile). RETTIG GUISE, Raúl y otros: “Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación”. Texto oficial Completo. Publicado por el periódico “La Nación”. 287 págs. Santiago de Chile 5 de marzo de 1991. También el militante del MIR, Ives Claudet Fernández, franco-chileno, fue detenido en 1975 en Buenos Aires y posteriormente ejecutado por agentes de la DINA en esa ciudad, en una operación que se enmarcó dentro de un plan de neutralización de la resistencia de dicho Movimiento, plan que se integró por policías argentinos y agentes chilenos de la DINA.

16. Las fosas comunes encontradas en Pisagua revelaron la existencia de los cuerpos de 20 prisioneros políticos, víctimas de la operación denominada “caravana de la Muerte” que bajo la dirección del militar Sergio Arellano, arrasó con la disidencia política izquierdista en el norte de Chile. FORTÍN MAPOCHO, periódico chileno, N°1532, 8 de junio de 1990, Santiago, Chile.

17. MARÍA LOZADA, Salvador; VIAGGIO, Julio; ZAMORANO, Carlos; BARCESAT, Eduardo; *Inseguridad y Desnacionalización. La Doctrina de la Seguridad Nacional*, p.107 Liga Argentina por los Derechos del Hombre. Ediciones Derechos del Hombre. Buenos Aires, julio de 1985. Cit. por CUYAS, ESTEBAN; *ob. cit.*

18. Por estos hechos fue detenido en noviembre de 1998 el ex almirante de la Marina argentina, Emilio Massera, miembro de la Junta que encabezó el golpe de Estado en 1976, y asimismo, con arresto domiciliario desde el 14 de julio de 1998 se encuentra el ex general golpista Jorge Videla, ambos acusados de ser autores mediatos del delito de sustracción de menores. Massera se encontraba en libertad desde 1990 tras el indulto que le concediera el Presidente Carlos Menem, tras haber sido condenado a cadena perpetua por homicidios, torturas, secuestros y robos perpetrados durante la dictadura militar. EL PAIS; 25 Noviembre de 1998, p. 5.

19. Stroessner se ha visto implicado en el caso de los hermanos Benjamín y Adolfo Ramírez, ambos ejecutados por su presunta vinculación con el grupo armado opositor, Organización Política Militar. CLARIN, 18 de enero de 1993, p. 13.

20. El Senador Zelmar Michelini, dirigente del Frente Amplio y el doctor Héctor Gutiérrez Ruiz, Presidente de la Cámara de Diputados de Uruguay, fueron secuestrados y asesinados en Argentina por un comando conjunto de militares uruguayos y argentinos (Uruguay Nunca Más. SERPAJ 1989) AMORÍN, Carlos; BLIXEN, Samuel; *Se destapa la multinacional del Terror*. Rev. Cambio 16, Número 1114, Madrid 29. 3. 1993. pp. 10-15.

21. Fuente: EQUIPO NIZKOR; <http://www.derechos.org/nizkor/>. El 4 de Julio de 1996, el Fiscal en el Tribunal Superior de Justicia en Valencia, en su condición de Presidente de la Unión Progresista de Fiscales de España interpuso una denuncia por presuntos crímenes contra la humanidad, delitos de genocidio (interior) y terrorismo (nacional e internacional) cometidos por el ex dictador de Chile, Augusto Pinochet, entre los años 1973-1990. Esta denuncia señala a siete ciudadanos españoles que fueron asesinados u objeto de desaparición forzada en este periodo por los servicios de seguridad de la dictadura chilena. Se fundamenta en el Tratado Bilateral de Extradición entre Chile y España y el Derecho Internacional

De manera clara observamos, que lo ocurrido en estos países durante las dictaduras militares –aniquilamiento sistemático de sectores de población (mediante asesinatos, secuestros, torturas masivas, desapariciones forzadas, detenciones ilegales, lanzamiento de cadáveres al mar)– constituyen conductas proscritas por la normatividad internacional, ya sea mediante la formulación prohibitiva hacia los Estados consagradas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o de conductas concretas que como la Tortura, el Genocidio o la Desaparición Forzada se encuentran descritas en instrumentos específicos que las consagran, desarrollan y prohíben.

Así las cosas y previo estudio de estos instrumentos internacionales en relación a los casos concretos de las dictaduras argentina y chilena, realizaremos a continuación una ubicación sistemática de los fundamentos jurídicos y filosóficos, que sustentan el andamiaje y permiten la posible persecución penal de responsables de tan execrables hechos.

2. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LAS VIOLACIONES COMETIDAS DURANTE LAS DICTADURAS MILITARES

Abordar la reflexión sobre los graves hechos que hemos venido relatando, implica, de una parte, remitirnos al concepto nuclear de los derechos humanos como eje central de la posible fundamentación y juzgamiento de los responsables²².

Actualmente es difícil e incluso comprometido aventurarse a dar una definición de qué son los derechos humanos, sin embargo, existe consenso en determinar categóricamente que la expresión “Derechos Humanos” se reserva a aquellos derechos positivizados y recogidos en las normas de carácter internacional (las Declaraciones y los Tratados Internacionales) que acompañadas de exigencias básicas desde la fundamentación, reconocen el principio de la dignidad humana como eje central de su objeto.

Sobre esta base observamos que Luis Prieto Sanchís nos acerca a una definición sobre el interrogante planteado: *Los Derechos Humanos son el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*²³.

El concepto de “universalidad” se debe inferir del objeto de protección de los derechos humanos, pues implica un grado de homogeneidad del catálogo de conductas y derechos que se avienen como una meta a aspirar y un esfuerzo de unificación gradual, lento y difícil, que ha sido definido como un proceso de mínimos que se han logrado establecer entre la comunidad internacional y los Estados²⁴. Como apunta Martínez de Vallejo “es evidente que, junto a los procesos de positivación y el más reciente de especificación, estamos inmersos en una época de creciente internacionalización de los derechos, pero ello no debe conducir a confundirlo con el carácter universal de los mismos”²⁵.

Así concebidos, los derechos humanos son universales e indivisibles o absolutos: lo primero, porque se predicán del hombre; lo segundo, porque los derechos civiles y políticos han de ser efectivos, del mismo modo que los derechos económicos, sociales y culturales han de ser libremente definidos y garantizados por los Estados²⁶.

Estas consideraciones conllevan importantes consecuencias prácticas, a nivel jurídico como teórico conceptual.

Algunos autores denominan este proceso como “internacionalización”, pues los Derechos Humanos interesan hoy no sólo en el plano de las Constituciones de los Estados sino también en el del derecho internacional, ya que la protección de los derechos humanos, en cuanto garantía de la integridad moral y física de toda persona, ha quedado recogida tanto en los ordenamientos constitucionales estatales como en el orden jurídico internacional²⁷.

Jhon Rawls, teórico del contractualismo moderno y uno de los filósofos más importantes de la segunda mitad de este siglo, considera que los derechos humanos son un tipo

que vincula a ambos países. Con posterioridad haciendo uso de la Acusación Popular, figura del Derecho español, en la causa argentina, se querellaron la Secretaría de Derechos Humanos de Izquierda Unida (IU), y en la causa chilena, la Fundación Salvador Allende, esta querrela señaló al menos a tres mil personas de diferentes nacionalidades, incluidos españoles y descendientes, que fueron asesinadas o desaparecidas. Véase; GARCÉS, Joan; *Pinochet ante la Audiencia Nacional y el Derecho penal internacional. En Jueces para la Democracia*, N° 28, marzo de 1997, pp.92-99. También en KO'AGA ROÑETA, Serie iii Impunidad y Verdad (1997), <http://www.derechos.org/koaga/iii/5/garces.html>.

22. La reflexión sobre el tema de la fundamentación jurídica de los derechos humanos ha causado múltiples desvelos a un buen número de juristas, filósofos y teóricos en la materia. Algunos de los autores dedicados al tema han plasmado la discusión desde aspectos tan pretéritos como la significación del “término” realizando una llamada a la necesidad de recuperar un lenguaje riguroso “ante la vaguedad e imprecisión que rodean a las definiciones de derechos humanos”, por cuanto la ambigüedad y significación heterogénea del que se les acusa han desembocado en una descalificación global última, al punto que autores como Prieto Sanchís, ha llegado a afirmar que dicha noción se utiliza con excesiva frecuencia y en tan diversos conceptos, que perjudica su precisión y claridad conceptual: diríase que los derechos humanos son un concepto tan difundido como difuso y se han convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia y la insustancialidad teórica.

23. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Protección de los Derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid 1983.

24. MARTÍNEZ DE VALLEJO MUSTER, Blanca: “Del análisis del carácter fundamental de los Derechos Humanos a la distinción conceptual”, en *Derechos Humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, p. 4.

25. *Ibid.* p. 49.

26. Al respecto ver CARRILLO SALCEDO, Juan Ignacio: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Edit. Tecnos, Madrid, 1995, p. 15 ss. En contra de este criterio Martínez de Vallejo considera que es precisamente el juego de la articulación jurídico-positiva de los derechos sociales, económicos y culturales, junto a las tradicionales libertades públicas lo que ha cerrado las puertas al carácter absoluto de los derechos humanos mantenido por un sector doctrinal durante años, haciendo del mismo una nota vacía de contenido, a nivel tanto interno como internacional. Véase, MARTÍNEZ DE VALLEJO MUSTER, Blanca: *Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales*, ob. cit. p. 49.

27. CARRILLO SALCEDO: *Soberanía de los Estados... ob. cit.*, p. 21. En el mismo sentido otros autores como GUTIÉRREZ, C. J. consideran que la eficacia de la protección internacional todavía depende en gran medida de las garantías nacionales y del respeto de los principios democráticos en las relaciones domésticas, lo cual no deja de ser paradójico, si se toma en cuenta el carácter subsidiario de la protección internacional. GUTIÉRREZ, C.J.: *Balance y Relación entre las garantías nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos* en “*Derechos Humanos en las Américas*”, CIDH, Washington, 1984, pp. 41-53.

especial de derechos diseñados para jugar un papel esencial en un derecho de los pueblos razonables en nuestros días. Uno de los papeles de los derechos humanos es precisamente imponer límites a la soberanía de los Estados. Los derechos humanos, por tanto, difieren de los derechos constitucionales, de los derechos propios de la ciudadanía democrática, o de otros tipos de derechos que pertenecen a ciertas instituciones políticas, tanto individualistas como asociativas. Los derechos humanos son una variedad especial de derechos de aplicación universal cuya intención general no es discutible. Forman parte de un derecho de los pueblos razonable y marcan límites a las instituciones domésticas que tal derecho requiere para cada sociedad miembro²⁸.

2.1. ¿Cómo se fundamenta la Responsabilidad Internacional de los Estados en materia de violación a los Derechos Humanos?

El término violación a los derechos humanos se refiere exclusivamente como sujeto activo a los Estados²⁹. Entendiendo aquí que la referencia de responsabilidad se dirige hacia sujetos que ostentan la capacidad y el poder de actuar en nombre de instituciones legítimamente constituidas o como en el caso de las dictaduras militares, aquellos miembros y componentes de toda la estructura funcional del aparato de Estado, representado por los agentes públicos en su amplio concepto, o por los particulares que con la colaboración o aquiescencia del Estado, acuden a prácticas atentatorias de las normas internas, y por ende de la normatividad internacional de protección de derechos fundamentales.

A partir del holocausto de la segunda guerra mundial ha venido instaurándose progresivamente el régimen internacional de protección de los derechos humanos. De la reacción colectiva de ese entonces, frente al exterminio masivo y sistemático de seres humanos ejecutado por el nazismo, a la situación actual se ha cumplido un amplio desarrollo de instituciones internacionales, cuyo propósito es brindar recursos para auxiliar y proteger la dignidad de la persona humana frente al Estado, en la conciencia de que, precisamente, cuando el poder de éste se ejerce de modo arbitrario e injusto, como lo hemos observado en el caso de las dictaduras del Cono Sur de América Latina, los recursos de la jurisdicción interna son a menudo ilusorios para salvaguardar los derechos de la víctima indefensa por su propio Estado³⁰.

Se da el nombre de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al conjunto de instrumentos internacionales aprobados y suscritos por las colectividades estatales para reconocer los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y adoptar mecanismos destinados a otorgarles protección en el ámbito supraestatal. La finalidad primordial de este ordenamiento jurídico es amparar los derechos universales de la persona frente al ejercicio de las competencias del Estado³¹. En efecto, la protección de la persona humana tanto en su dimensión individual como en el ámbito de sus derechos económicos, sociales y culturales, ha irrumpido en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales entrando en contradicción con numerosas tradiciones, especialmente en lo que toca al

papel que reconoce al ser humano individual en las relaciones jurídicas y políticas internacionales.

Acorde con la fundamentación internacional y su normativa, se ha venido desarrollando el denominado Derecho Penal Internacional³² contemplando conductas que tradicionalmente han sido aceptadas por la comunidad internacional como delitos internacionales –Crímenes contra la paz, crímenes de guerra o infracciones al Derecho Internacional Humanitario y delitos en contra de la humanidad o de “lesa humanidad”– todos estos intentando proteger bienes jurídicos individuales o colectivos fundados en la seguridad de la comunidad internacional.

Es evidente que el contexto internacional se encuentra protagonizado por los Estados como sujetos principales de derecho internacional, sin embargo, y de aquí la importancia de la fundamentación de los derechos humanos que queremos resaltar, el orden internacional no se limita únicamente a las relaciones entre Estados, se trata de un orden jerárquicamente superior al Estado puesto que éste no es sino un instrumento al servicio del individuo.

28. El autor, además considera que las funciones de los derechos humanos son: 1. Son condición necesaria para la legitimidad de un régimen y para la decencia del orden legal de este último. 2. Por existir excluyen intervenciones injustificadas y enérgicas por parte de otros pueblos, bien bajo la forma de sanciones económicas, o en casos muy graves, con el uso de la fuerza militar. 3. Establecen un límite al pluralismo entre los pueblos. RAWLS, John: *El derecho de los pueblos*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, p. 121.

29. Tratamiento diferente merece el denominado Derecho Internacional Humanitario, DIH, que aunque con igual fundamentación que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sólo se aplica para aquellos casos de regulación de los conflictos armados ya sean internacionales o que se desarrollen en el interior de un Estado. Es pertinente realizar esta aclaración, toda vez que desde la óptica de la normatividad internacional de los Derechos Humanos una conducta vulneratoria del D.I.H puede transgredir a su vez los compromisos adquiridos por el Estado, solo y cuando es cometido por algún agente del Estado inmerso en un conflicto armado, internacional o nacional, en contra del combatiente enemigo o la población civil inmersa en el conflicto armado. Una sustancial diferencia entre estos dos instrumentos radica en cuanto a los sujetos destinatarios de las normas convencionales de protección: Los sujetos del DIDH son exclusivamente los Estados. En el DIH los destinatarios son: 1. Los Estados, en su carácter de Altas Partes contratantes de los cuatro Convenios de Ginebra y los dos protocolos adicionales. 2. Las partes en conflicto o partes contendientes en un conflicto armado no internacional y 3. Las Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados que intervienen en un conflicto armado no internacional contra Fuerzas Armadas de una Alta Parte contratante (Protocolo II, art. 1). Al respecto MADRID MALO, Mario: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un conflicto armado y Derecho Humanitario*. Editores TM-IEPRI, Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá, 1947 pp. 128-140.

30. Un completo estudio del Desarrollo y evolución de las Instituciones Internacionales creadas para la Protección Internacional de los Derechos Humanos se puede consultar en: NIKKEN, Pedro: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Edit. Civitas S.A. Madrid, 1987.

31. MADRID MALO, Mario: *Convergencia y Complementariedad del Derecho Internacional Humanitario y El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Conflicto Armado y Derecho humanitario*, Editores TM- IEPRI, Comité Internacional de la Cruz Roja, Bogotá, 1997, p. 127.

32. En las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, los tribunales de Nuremberg y Tokio establecidos con el fin de juzgar a los criminales de guerra, abrieron perspectivas para poder procesar y condenar a los autores de crímenes contra la humanidad a la luz del derecho. Aunque sus características fueron determinadas por los Estados vencedores, estos tribunales constituyeron el hito de mayor importancia para la consolidación de lo que actualmente se podría denominar mecanismos de aplicación judicial del Derecho Penal Internacional.

Según lo anterior, debemos aceptar como conclusión inicial que el Derecho penal internacional pretende proteger bienes jurídicos individuales como la vida, la salud o la integridad física, sin los cuales no es posible la existencia de ningún sistema social que pueda ser aceptado por la comunidad internacional. Pues, dado que la comunidad internacional se organiza mediante la existencia de los Estados, el Derecho Penal Internacional podría proteger los anteriores bienes jurídicos fundamentales que son propios del ámbito internacional y que en el orden interno han venido siendo reconocidos, aunque únicamente le es dado a la comunidad de naciones intervenir cuando al ciudadano su propio Estado le ha negado la protección o el derecho a la justicia, como es el caso de las víctimas de las dictaduras argentinas y chilenas.

Derivado de esta primera conclusión, llegaremos a determinar que en el orden internacional el Estado, representado por sus agentes, es responsable internacionalmente, no solamente por la comisión de actos ilícitos, sino también por la omisión en la protección de sus ciudadanos; en efecto se es responsable por comisión cuando sus agentes cometen actos que atentan contra derechos esenciales de la persona humana. Estos son derechos que tienen el status de *ius cogens*, es decir, normas perentorias de derecho internacional. Actos como el Genocidio, la Tortura o la Desaparición Forzada de Personas constituyen violaciones de normas que son consideradas por toda la comunidad internacional como normas de *ius cogens*³³ y por tanto dichos actos entrañan la responsabilidad internacional de los Estados, aunque el Estado en cuestión no sea parte de los convenios³⁴.

De manera concreta y conforme con el planteamiento anterior, el profesor Pedro Nikken destaca que en el marco del desarrollo progresivo de los derechos humanos, lo atinente al respeto por los derechos fundamentales o del “noyau dur” de los derechos de la persona humana no son —como algunos lo pretenden— ni pueden considerarse carentes de contenido y cumplimiento inmediato, puesto que cuando un Estado se compromete a través de un tratado a garantizar derechos a las personas bajo su jurisdicción, está asumiendo una obligación inmediatamente exigible, de manera que si esos derechos son violados por un hecho imputable al Estado, también se está violando el tratado³⁵.

En este nivel de argumentación jurídica las agresiones a los derechos humanos cometidas por las dictaduras militares, es decir aquellos actos reconocidos como graves crímenes contra la humanidad tendrían una doble responsabilidad: de un lado y ante la normativa interna de los Estados en donde se desplegó toda la horda represiva, serían hechos delictivos y de otro, ante la normativa internacional, la evidente transgresión a las normas internacionales de los compromisos adquiridos por aquellos Estados, constituiría una flagrante violación al ordenamiento internacional de protección de los derechos humanos.

Al efecto de este trabajo, con miras a identificar una posición coherente con la doctrina mayoritaria se podrá concluir que a cualquier Estado le son atribuibles los actos propios y no los ajenos. El Estado deberá asumir, por lo tanto, los actos de quienes actúan en su nombre o por su cuenta, tanto de “iure” como de “facto”, tanto si dichos

tienen una existencia autónoma, como si se encuentran relacionados con el comportamiento de particulares. “Es evidente que los comportamientos de los órganos del Estado se consideran en general, como hechos del Estado y por lo tanto le son atribuibles al mismo, dando lugar a su responsabilidad internacional”³⁶.

2.2. ¿Es la soberanía estatal un límite que permite la vulneración de los derechos humanos?

Sin duda alguna, surgen ciertos interrogantes respecto del llamado principio de soberanía estatal³⁷, del cual ya hemos referido algunos comentarios, sin embargo, y respecto del tema en concreto, es pertinente reiterar que existen límites al principio de autoorganización estatal, los cuales vienen dados por los compromisos aceptados internacionalmente por éste o bien por las denominadas normas del “ius cogens”.

En materia de respeto y responsabilidad internacional por la violación a los derechos humanos se ha reiterado que los modernos Estados no podrán trascender ni soslayar principios básicos aceptados por toda la comunidad internacional, no tanto como imposiciones de ésta, sino como normas básicas o principios éticos que delimitan el poder estatal. Existen algunos sectores en el Derecho Internacional en los que éste impone obligaciones a los Estados que para poder ser cumplidas han de reflejarse en los ordenamientos internos y afirmar, que el principio según el cual “la organización

33. En este sentido el Art. 53 de la Conferencia de Viena de 1969, sobre Derecho de los Tratados establece: “Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

34. SANJOSÉ GIL, Amparo: *La Protección de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch alternativa, 1992, Valencia, p. 19.

35. NIKKEN, Pedro: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edit. Civitas, S.A., Madrid, 1987, p. 310.

36. SANJOSÉ GIL, Amparo: *La protección de los Derechos*, op. cit., p. 29.

37. Al respecto es pertinente aclarar que el principio de soberanía estatal y los límites al cumplimiento de las normas internacionales de Derechos Humanos por parte de éste, no deben en ningún caso confundirse con el llamado “principio de no intervención”, pues allí residen otra serie de consideraciones. Precisamente por esto la igualdad soberana de los Estados comporta la independencia de los mismos y la prohibición que pesa sobre todo Estado de injerir en los asuntos de los otros. Al respecto dos resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas nos ilustran: la primera de ellas proclamada expresamente en la *Declaración sobre principios de Derecho Internacional que rige las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados* (Resolución 2625 XXV) en los siguientes términos: “Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino cualquier otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen son violaciones al derecho internacional; la segunda de ellas, la Sentencia del Tribunal de La Haya del 27 de junio de 1986 “*caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella; Nicaragua contra Estados Unidos de América*”: “El principio de no intervención supone el derecho de todo Estado de conducir sus asuntos sin injerencia exteriores ha sentado este principio como un corolario del principio de igualdad soberana de los Estados”. Al respecto ver: PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 1989, Madrid.

del Estado es ámbito reservado” tiene excepciones y tiende a aumentar a medida que aumenta el número de normas internacionales que exigen de los Estados determinados resultados, cuyo logro depende de cómo sea su derecho interno, que, a menudo deberá ser modificado y adaptado a las exigencias internacionales³⁸.

La intervención del Derecho Penal Internacional se producirá, sin vulnerar la soberanía estatal, cuando la protección de bienes jurídicos internacionales no puede ser garantizada por los ordenamientos internos, toda vez que, como en el caso de las dictaduras militares, las agresiones del poder militar contra los ciudadanos aparejó un control total de la administración de justicia estando los autores de los hechos fuera de su alcance o amparados en leyes de impunidad, situación que no impide que la comunidad internacional, mediante tribunales especiales o terceros estados pueda intervenir en virtud del principio de Jurisdicción Universal, aplicable a la persecución y sanción de los denominados “crímenes de Lesa Humanidad”. Situación que estudiaremos en adelante³⁹.

Sin embargo, previo a ello, es de resaltar la consideración al respecto por parte de la Audiencia Nacional española al pronunciarse sobre la competencia para el juzgamiento de las dictaduras militares por parte del órgano judicial español: “los órganos judiciales españoles están investidos de jurisdicción para el conocimiento de los hechos objeto del presente procedimiento. El artículo 2, apartado uno, de la Carta de las Naciones Unidas (“La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”) no es norma jurídica que permita neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro, tantas veces aludido en esta resolución. Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto, no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales. España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos –categoría de Derecho Internacional– acogida por nuestra legislación interna. Tiene también un interés legítimo en el ejercicio de esa jurisdicción, al ser más de quinientos los españoles muertos o desaparecidos en Argentina, víctimas de la represión denunciada en los autos”⁴⁰.

3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS ESTADOS PARA CONOCER DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

La competencia de cualquier jurisdicción, para conocer de la desaparición forzada de personas, torturas, genocidio u otro hecho de considerada gravedad, deriva en primer término de su carácter como crimen contra la humanidad o “lesa humanidad”⁴¹. Como lo ha establecido la Asamblea General de Naciones Unidas “no tanto una desaparición forzada sino la práctica sistemática de las desapariciones forzadas es lo que tiene la naturaleza de crimen contra la humanidad”⁴².

Principio general y básico del Derecho internacional, es la competencia universal para la persecución y sanción de los crímenes contra la humanidad, tipificados en el Estatuto

del Tribunal de Nüremberg de 8 de agosto de 1945 (art. 6c), su efecto universal fue reconocido por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946⁴³: Cualquier Estado tiene competencia para la persecución y juzgamiento de este tipo de delitos, aún cuando hubiesen sido cometidos fuera de su territorio y ni siquiera afectaren a sus nacionales.

Con ocasión del enjuiciamiento a militares chilenos y argentinos por los hechos sucedidos durante las dictaduras militares de estos países entre 1973 y 1990, se planteó el debate acerca de la competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en el marco de las mismas.

3.1. La legislación nacional española

La competencia y jurisdicción española se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985 de 1 de julio), que establece el principio de competencia universal para la persecución de delitos como genocidio, terrorismo nacional e internacional y tortura, por ser los de mayor gravedad y afectar a toda la humanidad. Así lo han entendido diversos Órganos Jurisdiccionales de otros países, tales como los Tribunales Supremos de Países Bajos, Francia, Israel, Ontario (Canadá), entre otros⁴⁴.

La competencia específica de la jurisdicción española para el conocimiento encuentra su fundamento en el artículo 23.4 de la LOPJ, que indica que serán de conocimiento de aquella los delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de ser

38. *Ibid.*, ob. cit., p. 35.

39. Al respecto el Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional considera en su Art. 42, numeral 2 que tendrá competencia para el juzgamiento la Corte Penal Internacional si en éste la instancia judicial no actuó con independencia o imparcialidad, o si el procedimiento tenía por objeto permitir que el acusado eludiera su responsabilidad penal internacional si la causa no fue instruida con diligencia. Proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional. INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, período de sesiones No 46, documento ONU A/49/355 (1994).

40. Fundamento décimo de Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que desestima la petición y el recurso presentada por Adolfo Francisco Scilingo (1998). Consultar en [Http://www. Derechos.org](http://www.Derechos.org). Edición Internet equipo Nizkor.

41. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg definió el crimen contra la humanidad como “El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando estos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen.” En *Jueces para la Democracia*, N.º 28, Marzo 1997, p. 92.

42. A/RES 47/133 de 18 Dic. 1992, preámbulo, considerando 4º.

43. La vigencia en España del Estatuto del Tribunal de Nüremberg fue reconocida al ratificar el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (BOE 5.09.1952 y 31.07.1975) que en su art. 85 remite expresamente a los principios de Nüremberg aprobados por la Asamblea General de la ONU de 11.12.1946.

44. NIETO, Luis Carlos; *Sobre la competencia de la Justicia española para la instrucción de los procesos contra los miembros de las juntas militares argentina y chilena*. Ponencia ante el Seminario sobre los efectos de la corrupción y la impunidad en los procesos democráticos organizado por la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires, los días 11 y 12 de diciembre de 1997. GARCÉS, Joan E.; *Pinobet ante la Audiencia Nacional y el Derecho Penal Internacional, en Jueces para la Democracia*. N.º 28, marzo 1997, pp. 93-94.

tipificados como algunos de los que la norma enumera⁴⁵. Esta ley debe ser interpretada conforme a la normativa internacional vigente, esto es la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España, los principios de Derechos Internacional Humanitario, Convenio contra el Crimen de Genocidio de 1948, Convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario de 1949, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -1996- y Convención contra la Tortura -1984-, entre otros.

La naturaleza jurídica de esta norma es estrictamente procesal, no penal, por lo tanto: a) Al ser la norma procesal vigente se aplica con independencia al tiempo en que los hechos que se enjuician fueren cometidos⁴⁶, b) Se limita a declarar la jurisdicción de España para el conocimiento de delitos definidos y sancionados en otras leyes, no es su misión el tipificar acción u omisión alguna, c) No trae consecuencia jurídica restrictiva de derechos alguna, ella se deriva de la norma penal que tipifica los delitos de genocidio, terrorismo y tortura. Por tanto, su aplicación a efectos del enjuiciamiento a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia respeta plenamente el principio de legalidad (art. 9.3 CE).

La Audiencia Nacional señaló a este respecto que “la consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio –la pena– trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución Española) impone que los hechos sean delito –conforme a las Leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro– cuando su ocurrencia, que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito”⁴⁷.

3.2. La legislación internacional

El Convenio contra el Genocidio de 9 de diciembre de 1948 al que España adhirió⁴⁸ indica como competente para conocer de este delito el lugar dónde se cometen los hechos o una Corte Penal Internacional establecida al efecto. Además faculta a los Estados para que introduzcan en su legislación interna una cláusula de competencia universal para su persecución. Haciendo uso de esta facultad España introdujo la cláusula de competencia universal mencionada anteriormente⁴⁹.

El artículo 6 de este Convenio dispone: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3 serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

A primera vista pudiera parecer que la jurisdicción española no sería competente para el conocimiento del delito de genocidio cometido fuera del territorio nacional. Esta fue la postura sostenida por la Fiscalía de la Audiencia Nacional y que motivó un recurso de apelación en contra de la resolu-

ción de 18 de octubre de 1998 por la que se amplió la prisión provisional de Augusto Pinochet Ugarte.

Dentro de sus argumentos la Fiscalía de la Audiencia Nacional consideró que el juzgamiento de estos hechos por parte de la Jurisdicción española vulnera principios constitucionales propios del Estado de Derecho: el principio de irretroactividad de la ley penal y el principio del *non bis in idem*, toda vez que, según la Fiscalía, los hechos objeto de la causa ya han sido juzgados en Chile y Argentina. Y continúa argumentando la falta de competencia para conocer del delito de genocidio, determinando que “aún cuando hipotéticamente se estimase que fue delito de genocidio, se debe insistir en que conforme al Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el delito de genocidio debe ser perseguido por las autoridades del Estado donde se comete. Y se estima que estos delitos no han sido enjuiciados, España no puede ejercer la jurisdicción subsidiaria que no le corresponde, puesto que estaría vulnerando el Art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas”⁵⁰.

45. Dispone el artículo 23.4 de la LOPJ, 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, como alguno de los delitos que el precepto enumera, comenzando por el genocidio (letra a) y siguiendo por el terrorismo (letra b), incluyendo en último lugar cualquier otro delito que “según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España” (letra g).

46. Así para reconocer la jurisdicción española para el enjuiciamiento de un delito de genocidio cometido en el extranjero por nacionales o extranjeros en los años 1973-1990 es necesario recurrir a lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 –derogada por la Orgánica del Poder Judicial de 1985–, que pasó a atribuir jurisdicción a los órganos judiciales españoles para juzgar a españoles o extranjeros que cometieran delito de genocidio fuera del territorio español. Por otra parte, el ordenamiento jurídico español y en especial su jurisprudencia española establecen que, promulgada una norma procesal (como lo es la Orgánica del Poder Judicial de 1985), ésta se aplica también a los procedimientos incoados después aunque versen sobre delitos cometidos antes de la promulgación de la ley procesal, salvo disposición expresa en contrario, que no se da en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Así, la LOPJ 6/1985 ha sido aplicada por el Tribunal Supremo para enjuiciar delitos cometidos antes de julio de 1985 -Sentencias de 25.06.1986 (A. 3192); 12.06.1986 (A.3145); 8.07.1986 (A.3899); 1986/ 5427; 5.12.1986 (A. 7853); 17.10.1988 (A.8056), entre otras. Además el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España y Chile, tras afirmar el principio *nullum crimen sine lege* “nacional o internacional” agrega que: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

47. Resolución de 5 de noviembre de 1998. Editado electrónicamente por el Equipo Nizkor, en Madrid, a 7 de noviembre de 1998. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio>.

48. El Convenio entró en vigor para España el 12 de diciembre de 1968 e integra el ordenamiento jurídico interno de España, conforme al artículo 96 de la Constitución Española y artículo 1.5 del Código Civil. Por otra parte por la Ley 44/71, de 15 de noviembre de 1971, el delito de genocidio pasa a formar parte del Código Penal entonces vigente (artículo 137 bis), como delito contra el derecho de gentes, en los siguientes términos: “Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso perpetraren alguno de los actos siguientes...”. Y señalaba como actos concretos de genocidio a las muertes, lesiones, sometimiento a condiciones de existencia que hagan peligrar la vida o perturben gravemente la salud, desplazamientos forzosos y otros.

49. El Convenio contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes establece el principio de competencia para la persecución de la tortura del Estado del que sea nacional la propia víctima.

50. Al respecto consultar el texto completo en <http://www.derechos.org>. Edición equipo Nizkor y Derechos Human Rights.

Tratándose de “crímenes contra la humanidad” contradice el fundamento del Derecho Internacional y su objeto respecto de esta clase de delitos, realizar este tipo de interpretaciones. Ellas han de acoger un criterio de amplitud suficiente que no permita dejar impunes crímenes como el genocidio. Esta ha sido la interpretación que acogió la Audiencia Nacional española en el Auto que se pronuncia sobre el recurso de apelación 84/98 de la Sección Tercera planteado por la Fiscalía Nacional en la que confirmó la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena⁵¹.

La Asamblea General de Naciones Unidas ha acogido esta interpretación amplia en resolución 96 (1) de 11 de diciembre de 1946 declarando que el genocidio es un delito de derecho internacional, que ha sido objeto de condena por parte del mundo civilizado.

Por otra parte, esta misma resolución señala en su artículo 1 que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar el genocidio cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra⁵². El artículo 4 da a esta prevención y sanción un carácter general aun cuando los responsables sean gobernantes, funcionarios o particulares. Asimismo se comprometieron, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, a adoptar las medidas legislativas internas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones del Convenio y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquiera otro de los actos enumerados en el artículo 3⁵³. Como los tratados internacionales prevalecen al Derecho interno de cada Estado, las disposiciones contenidas en este convenio prevalecen entonces al ordenamiento jurídico de España, todo lo cual se encuentra contenido en los artículos 96 de la Constitución Española y 97 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

Del tenor literal del artículo 6 in comento no puede deducirse que ella sea una norma limitativa de la jurisdicción, sería contraria al espíritu mismo del Convenio. Por tanto, cabe interpretar que no se excluye de la competencia a tribunales que formen parte de una jurisdicción asentada en un territorio en el que no se ha cometido genocidio. La Convención anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte, la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron.

Así lo establece la Audiencia Nacional en el auto del 5 de noviembre mencionado señalando expresamente en su fundamento jurídico segundo: *...Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de transcendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que*

hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio.

Argumentos similares podemos aducir respecto de los delitos de terrorismo, también delitos de persecución internacional en el artículo 23.4 letra b) de la LOPJ. Cabe recordar que los hechos cometidos durante las dictaduras militares argentina y chilena son susceptibles de ser tipificados como delitos de terrorismo conforme a la legislación penal interna de España y del derecho internacional. La práctica sistemática de desapariciones forzadas es un acto terrorista por parte del Estado, los actos de terrorismo eran ejercidos por una organización criminal que si bien fue dirigida desde el Estado (las dictaduras militares), ella realizaba sus actuaciones en forma oculta y no en uso de función institucional alguna que le hubiere sido concedida oficialmente por parte de dichos gobiernos. Posición contraria la sostenida por la Fiscalía ante la Audiencia Nacional, al considerar discutible que las Fuerzas Armadas Chilenas o Argentinas actuaran como banda armada al margen de la ley, toda vez, que su objetivo *nunca fue el de subvertir el orden constitucional vigente, sino la sustitución temporal del orden constitucional establecido a fin de subsanar las insuficiencias para mantener la paz pública que tenían los sistemas derrocados*⁵⁴.

Por otra parte, dado que la práctica sistemática de desapariciones forzadas (detenciones ilegales seguidas de secuestro) fue precedida de tratos inhumanos, crueles y degradantes, y en concordancia a lo expuesto en relación a que las torturas formarían parte de los tipos penales de mayor entidad, genocidio y terrorismo, debe necesariamente reconocerse la competencia de la jurisdicción española para conocer de los mismos⁵⁵.

51. Fundamento Jurídico Segundo del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española del 5 de noviembre de 1998. Editado electrónicamente por el Equipo Nizkor, en Madrid, a 7 de noviembre de 1998. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio>.

52. El artículo 1 del Convenio dispone: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”.

53. El artículo 8 otorga a los Estados la posibilidad de recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3.

54. Al respecto consultar el documento denominado “Documento Fungairiño”. Equipo Nizkor, <http://www.derechos.org>, Madrid, 2 de Oct de 1997.

55. La Fiscalía Nacional argumentó en su apelación que el delito de tortura no era en el ordenamiento jurídico español un delito de persecución universal por la vía del artículo 23.4 letra g) de la LOPJ puesto en relación con el artículo 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, y en relación con el apartado 1 del mismo artículo por cuanto las víctimas de tortura no eran ciudadanos españoles. A ello la Audiencia Nacional respondió en el fundamento Séptimo del Auto ya indicado de 5 de noviembre: “Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo.... si España tiene jurisdicción para la

Respecto a los delitos de tortura cometidos por las dictaduras militares es necesario resaltar que existe consenso al proscribir la tortura en el ámbito internacional, toda vez que su consagración se incluye en los denominados tratados que reconocen “derechos fundamentales internacionales”, que son “principios reconocidos por los Estados civilizados”.

En este sentido, la regla que prohíbe la tortura, tal y como lo define el art. 1 del Convenio contra la Tortura de Naciones Unidas, hacen parte del “estándar mínimo común que conforma el “*noyeya dur*” del entramado jurídico internacional de protección de los Derechos Humanos”⁵⁶. Al respecto, la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General afirma: “*Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumana o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los Derechos Humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*”.

Tan clara manifestación no deja duda que el propósito de la misma es el ubicar la responsabilidad internacional de aquel Estado que permita la práctica de la tortura, basta observar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5, según el cual:

“*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*” (1948).

Sin embargo, el reconocimiento internacional y la existencia de principios ya enumerados que permiten el juzgamiento y sanción de crímenes de lesa humanidad, entre los cuales se incluye el tipo de tortura, la Fiscalía delegada ante la Audiencia Nacional en el recurso presentado ante el auto de prisión en contra de Augusto Pinochet Ugarte, ha manifestado la falta de competencia para conocer de este tipo penal, ya que según sus argumentos: *España se adhiere a la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes el día 21 de octubre de 1987, es decir en fecha posterior a los hechos objeto del presente procedimiento*. Baste afirmar en contra, que la legislación Española introduce el tipo de tortura, aunque sin identificarlo de esa forma mediante la ley orgánica 31/78 de julio en el artículo 204 bis del Código Penal dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado, además ha de tenerse en cuenta, como se afirma en el fundamento jurídico octavo del auto de procesamiento de Augusto Pinochet Ugarte, que a efectos de la consideración de la tortura como delito de persecución universal, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.66, ratificado por España el 27.4.77 prohíbe la tortura; los tratos inhumanos y degradantes⁵⁷.

Respecto de las consideraciones específicas del tipo penal en España a la luz de los hechos de las dictaduras militares en apartado posterior detallaremos el análisis, toda vez que la Audiencia Nacional al pronunciarse sobre la competencia para conocer de estos hechos (numeral 8) considera acertado incluir este tipo dentro de los tipos de Genocidio y Terrorismo como hechos de mayor entidad⁵⁸.

3.3. Improcedencia de la regla “non bis in ídem”, de la prescripción y de la amnistía

No cabe argumentar la aplicación de las reglas de *non bis in ídem*, la prescripción o la amnistía para privar a los

órganos jurisdiccionales de cualquier Estado del juzgamiento de hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad.

El art. 10 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia expresa que el principio universal del *non bis in ídem* no impide al tribunal juzgar a una persona ya juzgada por el mismo hecho en otro Estado, si en ese Estado, ese hecho ha sido considerado como una infracción de derecho común o si en el proceso aparece probada denegación de justicia.

No es obstáculo para el juzgamiento de estos crímenes contra la humanidad –dentro de los cuales se encuentra comprendida la práctica sistemática de desapariciones forzadas (Resolución de la A.G. de la ONU 47/133 de 18 de diciembre de 1992)– la existencia de un procedimiento por parte del Estado en cuyo territorio se cometieron dichos actos, o del Estado responsable de los mismos, sea que este juzgamiento se encontrare pendiente o terminado por sentencia ejecutoriada, máxime cuando han existido leyes de punto final, amnistía, reconocimiento de la obediencia debida, indultos o sobreseimiento que impida la continuación de las investigaciones.

Tampoco puede considerarse que estos delitos hayan sido objeto de enjuiciamiento en los países en que se cometieron, por lo que no es aplicable la cláusula contenida en el art. 23.2 c) de la LOPJ que impediría la competencia de la jurisdicción española para instruir los procedimientos por haber sido el delincuente absuelto, indultado o penado en el extranjero.

Tanto en Argentina como en Chile, se han seguido procesos contra algunos de los militares implicados, pero las investigaciones no han sido eficaces, bien por no haberse concluido, bien por haber sido después indultados o amnistiados los autores mediante las llamadas leyes de punto final y obediencia debida⁵⁹ promulgadas bajo la coacción de los propios militares implicados.

Consecuentemente estas leyes de autoamnistía, no pueden ser invocadas como excepción a la jurisdicción universal

persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del artículo 5, apartado uno, letra c, de la Convención citada (Convención contra la Tortura), que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario”.

56. QUEL LÓPEZ, Javier - FDEZ. DE CASADEVENTE: *La Lucha Contra la Tortura*, Edit HAEE/IVAP, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1991, p. 30.

57. Texto completo en el periódico “El Mundo” de 11 de diciembre de 1998.

58. Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo durante la dictadura chilena. Madrid, 5 de noviembre de 1998. Consultar en [Http://www.Derechos.org](http://www.Derechos.org). Edición Internet Equipo Nizkor.

59. Sin embargo, la dogmática penal ha venido discutiendo si le es dado al subalterno el cumplimiento de la orden constituyéndose, posteriormente en el autor de la infracción a un tipo penal que vulnera la dignidad humana. En este sentido, la actuación en cumplimiento de una orden puede ser punible si el subordinado habiendo reconocido la ilegalidad de la orden y habiendo tenido la posibilidad de elegir, la ejecuta KAI AMBOS: *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Edit Dike, Bogotá, 1997, p. 392.

prevista para estos delitos y además han sido declaradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA como contrarias a lo establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁰.

Empero en el juicio que se tramita ante la justicia española en contra de militares chilenos y argentinos, la Fiscalía Nacional argumentó, también, la falta de jurisdicción de España por considerar que estos delitos ya habían sido objeto de enjuiciamiento en Chile y Argentina.

La Audiencia Nacional consideró al respecto, que si bien tanto en Argentina como en Chile se habían seguido procesos contra algunos de los militares implicados en las denuncias, éstos no habían tenido efectividad, ya por no haberse concluido o por haber sido después indultados o amnistiados los autores mediante leyes de punto final, obediencia debida o amnistía, en el fundamento jurídico octavo del Auto en el que reafirma la competencia de la jurisdicción española, luego de ejemplificar con cuatro casos de detenidos desaparecidos en territorio chileno, algunos de ellos españoles.

Por último, establecen la imprescriptibilidad y la improcedencia de la amnistía para este tipo de delitos: la Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre la desaparición forzada de personas, aprobada por consenso el 18 de diciembre de 1992 (A/RES 47/133), el artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa de 25 de enero de 1974, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y la imposibilidad de justificar el hecho en virtud de la obediencia de ordenes superiores.

4. ESTADO Y ABUSO DE PODER

Una vez expresadas las argumentaciones tanto jurídicas como del Derecho internacional de los Derechos Humanos respecto de la responsabilidad de las Dictaduras Militares, es importante precisar que los hechos de vulneración de los derechos humanos, las torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y demás actos cometidos durante aquella época se enmarcan en el denominado “abuso de poder”, en no pocas ocasiones apoyado por el sistema penal, entendido aquí, como violación a los derechos humanos y caracterizado por la utilización indebida del poder estatal respecto de sus ciudadanos con múltiples consecuencias para aquellos que directamente han sido afectados con el hecho, ya sea como sujetos pasivos o como perjudicados.

El abuso del poder ha sido denominado, por algunos teóricos de los derechos humanos, juristas y en particular Organizaciones No Gubernamentales, como “Terrorismo de Estado”, expresión que suele reservarse para aquellos supuestos en los cuales el gobierno de un Estado emplea prácticas como la tortura, los asesinatos en masa, las ejecuciones extrajudiciales o judiciales sumarias, o desapariciones forzadas de las cuales son víctimas los propios ciudadanos del Estado, ciertas minorías, disidentes u opositores políticos o habitantes de territorios ocupados⁶¹.

4.1. El Terrorismo de Estado

La idea de Estado terrorista se orienta hacia una descripción de la estructura total y la constitución interna de su

andamiaje jurídico e institucional. Desde el punto de vista histórico, representa una reacción defensiva extrema por la cual se aplican métodos de guerra de exterminio para resolver los conflictos internos. En este conflicto se califica a parte importante de la población como *enemigo* esencialmente ajeno a la nacionalidad y contra quien se ejerce todo el poder soberano. El Estado pugna por trasladar el acoso al *contrario* a las relaciones de los civiles.

Se trata de una unificación forzada de la sociedad en torno a la ideología de rechazo al enemigo.

El ejercicio del poder se desarrolla bajo la óptica de mando autoritario y obediencia, y rechaza toda participación e integración de los ciudadanos. No existen límites a la persecución en el campo jurídico; el *enemigo* está proscrito del Derecho y la vida social, lo que se busca es su exterminio. Esta situación aparece incorporada en la estructura estatal con un carácter permanente y no excepcional⁶², lo que da

60. La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos de la O.E.A. en resolución de fecha 2.10.92 declaró las leyes 23.492 y 23.521 de punto final y obediencia debida y el Decreto 1.002/89 de indulto de los militares argentinos implicados en las violaciones a los derechos humanos, incompatibles con la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobadas por el congreso argentino el 1 de marzo de 1984. Igualmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en resolución de 5 de abril de 1995 ha declarado que las leyes y Decretos precitados son contrarios al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por el Congreso Argentino el 17 de Abril de 1986.

61. Algunos autores han destacado que existe una “violencia institucionalizada legítima”: el derecho penal y sus órganos de aplicación de justicia y aquella denominada “violencia institucionalizada ilegítima” caracterizada como aquella que puede ser ejercida tanto por las personas como por el Estado y ésta puede ser puntual como institucionalizada. BUSTOS así lo expresa: “La violencia ilegítima no proviene tanto de los ejecutores directos sino de las instituciones mismas de un sistema social, la cual llevará siempre implícito el carácter de dominación. Esta violencia puede ser de carácter indirecto, en razón de las características mismas de las instituciones (así un largo plazo de detención favorece la tortura; aceptar cualquier tipo de prueba en un proceso penal, aun la obtenida por medios ilegítimos, favorece también la tortura) o bien, directa, así como el desaparecimiento masivo de personas en el cono sur, en el que las instituciones tienen por finalidad la violencia ilegítima. La violencia institucionalizada es siempre un grado superior de dominación, de negación de la autorrealización, y por ello mismo afecta más intensamente a la democracia. Partiendo de la violencia personal física, hemos tenido que convenir necesariamente, al contrario de lo que señalan algunos autores que hay junto a la física una violencia personal síquica, así nadie puede negar que es equivalente una tortura síquica, ni nadie podrá negar que el desaparecimiento forzado de personas afecta psicológicamente a los parientes y grupos de allegados. BUSTOS, Juan: *Derecho Penal y Control Social*, Edit. PPU, Barcelona, p. 515. En el mismo sentido BERGALLI quien enmarca la violencia “ilegítima” del Estado encarnada en los Aparatos Policiales, quienes en muchas ocasiones acuden a la práctica de la tortura, desapariciones de detenidos, tolerada por el Estado y sus instancias, situación que se presenta como “el ejercicio extralegal de la violencia punitiva por grupos o facciones, o también de ejercicio de la violencia institucional para el mantenimiento de la violencia estructural y la represión de personas o movimientos que intentan reducirla...” BERGALLI, *ob.cit.*, p. 21. Así mismo LÓPEZ LAUSÓN destaca que una de las características del Estado terrorista es la vulneración sistemática de los derechos humanos plasmados en garantías constitucionales y la utilización de fuerzas y métodos policiales y militares para resolver los conflictos sociales, así como también la reducción de los aparatos públicos a una función represiva, desde la educación y las relaciones exteriores, hasta los tribunales de justicia. Se trata de una utilización del Derecho, y particularmente el Derecho Penal para el logro de su objetivo: erradicar al *enemigo interno*. LÓPEZ LAUSÓN, Carlos; *La doctrina de seguridad Nacional y los Derechos Humanos*. Ed. Documentas, Santiago, Chile, 1984, p. 98.

62. Carl Schmitt, recogiendo la concepción activista-situacional del Derecho, basada en la distinción amigo-enemigo, indica que en el Estado terrorista se utiliza el Derecho y el Estado como una máquina de batalla,

pie a la aparición de la violencia y el terrorismo privados para-estatal, que es fomentada e incluso incorporada a los aparatos del Estado⁶³.

La concepción de Estado de derecho se ve lesionada formalmente desde que un grupo determinado, una Junta Militar por ejemplo, se autoproclama depositaria del Poder Constituyente y Legislativo⁶⁴, realiza toda una producción legislativa tendiente a la eliminación del *enemigo interno*, con un recorte importante a las garantías fundamentales y amplias atribuciones policiales que generalmente son asumidas por los servicios de inteligencia del gobierno militar, con lo que se abre “legalmente” una puerta para la violación reiterada y sistemática a los derechos humanos (detenciones ilegales seguidas de tortura, secuestro y desaparición forzada de personas).

El terrorismo es atribuido al Estado cuando proviene de aparatos estatales, según los modos regulares de funcionamiento, y representa una continuación de sus políticas, aunque por medios extralegales. Dichos aparatos son órganos del poder que actúan en forma invisible o encubierta. El asesinato, la utilización del “terror legal e ilegal” por parte de éstos, incluso se proyecta fuera de las fronteras de sus propios países. Un claro ejemplo de esto fue el accionar de la *Operación Cóndor*.

En el Derecho Internacional el reconocimiento del terrorismo de Estado ha sido ambiguo. Ambigüedad que surge de no reconocer –dogmáticamente– el carácter de terrorista a estas acciones.

La *Convención sobre crímenes internacionales*, en su artículo 3°, sanciona entre otros: los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad; el genocidio; la esclavitud y la piratería; y los actos de terrorismo internacional y estatal. En 1973, Siria presentó una propuesta en el seno de la Comisión Especial de la ONU sobre el problema del terrorismo, origen de la Resolución 3034 sobre esa materia, en donde se dice: “... el examen del problema del terrorismo en la ONU debe empezar por la discusión del terrorismo estatal, puesto que ésta es la forma más peligrosa de violencia... existe otro terrorismo, el que se comete para conseguir propósitos criminales... no tiene nada en común con la lucha de los pueblos”.

Pero, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (salvo el caso de la Resolución 3034), los instrumentos internacionales se dirigen hacia la represión del terrorismo subversivo, esto es, el propiciado por grupos o bandas armadas cuyo móvil político social les impulsa a subvertir el orden constitucional o a alterar la paz pública. La respuesta legislativa del derecho internacional dirigida específicamente al terrorismo se ha dado en tres ámbitos: universal (Organización de Naciones Unidas), sectorial (OACI y OMI), y regional (OEA y Consejo de Europa)⁶⁵. Más en ninguno de ellos se condena directamente al terrorismo de Estado como sujeto activo⁶⁶.

En 1985 el Parlamento Europeo aprobó seis resoluciones en las que se consagran los *tres círculos de represión*, espacios jurídico, judicial y policial únicos mediante los cuales se aúnan esfuerzos interestatales en contra del terrorismo subversivo⁶⁷. Lo mismo ocurre tratándose de los instrumentos internacionales relativos a la extradición⁶⁸. La última Resolución de 30 de enero de 1997 sobre la lucha contra el

terrorismo en la Unión Europea (A4-0368/96) señala: “considerando que para los fines de esta resolución es adecuado considerar acto terrorista cualquier acto, cometido por individuos o grupos, mediante el recurso a la violencia o amenazas violentas, contra un país, sus instituciones o sus habitantes en general, o contra personas concretas⁶⁹”.

opresión y terror contra los enemigos. TAPIA VALDÉS, Jorge; *El terrorismo de Estado*. Ed. Nueva Imagen, México, 1969, p. 112.

63. Al respecto Bergalli destaca que en muchas ocasiones la práctica de abuso de poder se ampara en la justificación de la razón de Estado, lo que efectivamente tanto en procesos democráticos como dictatoriales se ha manifestado en países de América Latina, “quienes utilizando sus Fuerzas Policiales han sido empleados en el control de la disidencia y en las prácticas de aniquilamiento, a la luz de una orientada doctrina de la seguridad continental”. BERGALLI Roberto: “La violencia del Sistema Penal”. En *Control Social Punitivo*. Edit. M. J. Bosch, Barcelona, 1996, p. 21.

64. En Chile la Junta Militar se abroga el poder mediante el Decreto Ley N° 128 de 1973.

65. RAMÓN CHORNET, Consuelo; *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 173 y ss.

66. Entre los convenios más importantes en el ámbito universal destacan: los Convenios de Ginebra de 1937, Los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977, el Convenio de Nueva York (ONU) sobre prevención y represión de atentados contra las personas que disfrutan de protección internacional incluidos los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, el Convenio de Nueva York (ONU) contra la captura de rehenes de 17 de diciembre de 1979. En el ámbito sectorial tuvieron más importancia: el Convenio de Tokio (OACI) sobre crímenes y actos determinados cometidos a bordo de aeronaves, del 14 de noviembre de 1963, el Convenio de La Haya (OACI) para la represión de la captura ilícita de aeronaves, del 16 de diciembre de 1970, el Convenio de Montreal (OACI) para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, del 23 de septiembre de 1971, el Convenio de Roma (OMI) para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 de Marzo de 1988. En el ámbito regional, pueden destacarse: el Convenio de Washington (OEA) sobre prevención y represión de actos de terrorismo, del 2 de febrero de 1971, el Convenio de Estrasburgo (Consejo de Europa) para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977.

67. El 14 de Febrero de 1985 el Parlamento Europeo aprobó seis resoluciones, cuatro de ellas sobre “la lucha contra el terrorismo”, otra sobre “los recientes atentados terroristas en varios de los Estados europeos y sobre la necesidad de crear una comunidad jurídica y judicial europea” y una sexta sobre “los atentados terroristas en Europa”. *Journal Officiel des Communautés Européennes*; n° C72/87, 18.03.85, pp. 123-129. Véase LÓPEZ GARRIDO, Diego; *Terrorismo, política y derecho*, Alianza Ed. Madrid, 1987, pp.41 y ss.; GUTIÉRREZ, F. - CONRADI, A.; *La criminalidad organizada ante la justicia*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, p. 10-11.

68. En el mismo sentido el Convenio europeo de extradición de 1957 y el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición del 10 de marzo de 1995 DO C 78 de 30.03.97 y DO C 357/4 de 12.12.96. La tendencia a no condenar directamente el terrorismo de Estado continúa en la Resolución del Parlamento Europeo sobre extradición (A4-0265/97) de septiembre de 1997: “Considerando que la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea debe mejorar sustancialmente y aumentar con ello su eficacia para combatir la delincuencia, tanto organizada como no organizada, (ante todo el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el cohecho activo y pasivo, el fraude y otros delitos) y para que ningún Estado miembro pueda convertirse en refugio donde un delincuente pueda estar a salvo de la persecución y la sanción de otro Estado miembro”. DO C/304/131 de 18 septiembre de 1997.

69. DO C 55/32 de 24.02.97. En relación a la extradición esta resolución –y en relación a la cooperación policial y judicial– insta a los Estados miembros para poner en práctica con el máximo de rigor el principio establecido en el artículo 2 bis del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea firmado el 27 de septiembre de 1996 de acuerdo con el cual, no sólo los autores de actos terroristas sino también los colaboradores con banda armada están sujetos a extradición, con eliminación de los requisitos de doble incriminación y excepcionalidad como condición para la asistencia judicial y la extradición”.

5. CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS RESPECTO DE LAS CONDUCTAS DESPLEGADAS POR LAS DICTADURAS MILITARES⁷⁰

5.1. Genocidio

La caracterización de las conductas desplegadas por las dictaduras chilena y argentina en los hechos que nos ocupan como actos de genocidio han sido los que mayor controversia jurídica han presentado. Intentaremos analizar brevemente los argumentos esgrimidos para su calificación como tal, aclarando que desde la perspectiva jurídica de los casos en estudio, se han presentado tres problemas: la calificación del término de acuerdo a la normatividad internacional y en especial a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Genocidio, la competencia de la legislación española para conocer de este tipo de delito, y finalmente la adecuación de los hechos sucedidos en las dictaduras militares al concepto normativo de genocidio.

De acuerdo a la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio (1946) éste consiste en la negación del derecho a la existencia, la destrucción o el exterminio total o parcial de una raza o un grupo humano, contrario al espíritu y los propósitos de las Naciones Unidas. Muchos son los casos a enumerar, en la memoria reciente están los hechos de Ruanda o la Ex-Yugoslavia, y presupuesto el holocausto sufrido por el pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial por parte de la Alemania Nazi.

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg, creado para juzgar los hechos sucedidos durante la II Guerra Mundial (Acuerdo de Londres de 1948), en su art. 6 al definir los denominados “crímenes contra la humanidad, introduce el concepto de exterminio de un grupo o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos...”. Haciendo referencia al concepto de genocidio, es decir al exterminio de grupos nacionales, raciales o religiosos, lo que articulado con la Resolución 96 (I) (11 de Diciembre de 1946) de la Asamblea General de las Naciones Unidas complementa el avance de consagración del tipo en mención. Dicha resolución reconoce el genocidio como la “negación del derecho de existencia de los grupos humanos”.

En el Preámbulo de la Convención se expresa el reconocimiento de que en todos los periodos de la Historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad y el convencimiento de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional. El artículo 1 del Convenio dispone: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”. Y el artículo 2 define el genocidio, como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”, realizados con la finalidad de exterminio de un grupo son, según el mencionado artículo 2 del Convenio a que nos referimos, la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a la integridad física o mental de esos miembros del grupo, el some-

timiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Existe en el mundo entero la conciencia de que el Genocidio es uno de los actos más aberrantes que la humanidad puede padecer, el mayor de los crímenes. Estas acciones se realizan a gran escala; conlleva masacres, desplazamientos forzados de poblaciones, acciones de limpieza étnica. A través de las conductas genocidas se vulneran derechos fundamentales en forma masiva y sistemática. Esta sola afirmación justifica el apelativo de crimen de “lesa humanidad”.

De suyo es que lo descrito en la primera parte de este trabajo, esto es la denominada “Operación Cóndor” y los procedimientos de torturas, desapariciones forzadas, asesinatos masivos y selectivos sucedidos en las dictaduras militares argentinas y chilenas, nos lleva a preguntarnos si efectivamente estamos ante un hecho de genocidio según la adecuación típica consagrada en Código Penal Español y acorde con las Normas Internacionales en la materia.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional en Recurso presentado ante el Auto por el que se amplía la prisión provisional de Augusto Pinochet, considera que no nos encontramos ante un delito de Genocidio, pues la represión militar sucedida en dichos países desde los años 1973 hasta 1985 “nunca tuvo el objeto” de eliminar, desplazar grupos raciales o nacionales o religiosos, sino ejercer una cruel represión ideológica de la población, cualquiera que fuese la nacionalidad del opositor.

La Fiscalía repite estos argumentos en la resolución de Apelación de los hechos sucedidos en la República Argentina y afirma: *los hechos imputados en el sumario no pueden constituir genocidio, puesto que la persecución no se efectuó contra ningún grupo nacional, étnico, racial o religioso, la represión en la Argentina de la dictadura de 1976 a 1983 tuvo motivaciones políticas.*

El punto central radica en la determinación de si los hechos de represión enmarcan en el tipo penal consagrado en la legislación vigente (art. 607,1), y si la motivación de los criminales militares fue la de exterminar un grupo racial, social o nacional. Para ello es importante establecer que la existencia de un grupo étnico, nacional, religioso o racial representa para las personas que lo integran un valor posi-

70. El delito de desaparición forzada en estas conductas aparece como integrante de los delitos de mayor entidad: genocidio y terrorismo. En todo caso, a fin de ubicar al lector, es necesario destacar que la desaparición forzada de personas se encuentra consagrada en el CP español como un delito de detención ilegal seguido de secuestro. Su regulación está en el Capítulo II del Libro II, Título VI del CP, dentro de los *delitos contra la libertad*. El art. 167 describe el tipo –configurado autónomamente– de la detención ilegal o secuestro realizado por funcionario público con una agravación punitiva. Se exige una *calificación positiva del sujeto activo*, el que tiene que ser “autoridad o funcionario público” actuando dentro del ámbito de sus competencias desviándose o extralimitándose en el cumplimiento de las mismas lo que le otorga un especial desvalor a la acción. El funcionario, en otros términos, ha de actuar *con abuso de poder*. El legislador considera un desvalor mayor en el acto del funcionario o autoridad que detiene ilegalmente a una persona, lo que se comporta perfectamente con el Estado de Derecho en cuanto garantizador del respeto a los derechos fundamentales de la persona.

tivo que merece ser protegido. Un bien en sí. Ésta es la característica del delito de genocidio.

“El libre desarrollo de la personalidad e incluso la existencia física de los miembros de un grupo depende de la existencia al grupo al que pertenecen. Este bien es de naturaleza colectiva y se encuentra reconocido por el derecho. Las conductas que lesionan o ponen en peligro el derecho de existencia se han denominado genocidio. En consecuencia, la esencia del concepto de genocidio es el ataque al derecho de existencia de grupos humanos”⁷¹. Ello deriva en la necesidad de caracterizar que el grupo humano se encuentra definido por una serie de características que lo hacen diferenciable o particular respecto de otros conglomerados sociales que se establezcan en su entorno.

En el caso presente la Audiencia Nacional en la Resolución mencionada, desarrolla una interpretación amplia del concepto de grupo al considerar que en los hechos investigados se encuentra presente la idea de exterminio de un grupo de la población dirigido a todo un conglomerado social sin distinguir alguno, que aunque selectivo, afectó a gran parte de los sectores poblacionales de las naciones víctimas de las dictaduras. “Fue una acción de exterminio, que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado. El grupo perseguido y hostigado estaba integrado por aquellos ciudadanos que no respondían al tipo prefijado por los promotores de la represión como propio del orden nuevo a instaurar en el país. El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo...”⁷².

Luego, la acción de exterminio estaba dirigida de manera individual y colectiva contra el grupo de argentinos o chilenos que eran considerados enemigos del poder instaurado, siendo las víctimas claramente diferenciadas, dentro de un plan selectivo o indiscriminado, mediante acciones de asesinatos, torturas, desapariciones, sustracción de menores, entre otras conductas, del grupo perseguido, que no cabía dentro del proyecto de las Juntas Militares de “Organización Nacional”.

Es claro que en los hechos sucedidos en las dictaduras militares, las acciones cometidas por los agentes, no se agota en la consumación de actos dirigidos exclusivamente contra individuos, sino se pretendía la destrucción de parte de un grupo nacional. Para ello los procedimientos utilizados, aunque afectaron a personas particularmente consideradas, esto es, las torturas, las desapariciones y demás hechos mencionados, formaban parte de un plan dirigido al exterminio de parte del grupo nacional. Así lo consideró la Audiencia Nacional Española al incluir dentro del tipo de genocidio, el de torturas como parte integrante del primero.

Es importante resaltar que los hechos imputados, constituyen delito de genocidio, pues a pesar de la no configuración del término “político” en la Convención, no puede

negarse la existencia de un cúmulo de hechos que quitaron la vida a un grupo nacional diferenciado por sus motivaciones o por las que sus victimarios interpretaban. En ese sentido la Audiencia Nacional reafirma su teoría: “Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término “político” o las voces “u otros” cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional con relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social de genocidio –sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito– no permitiría exclusiones como las apuntadas”.

A mayor abundamiento el art. 607. 1 del C.P. Español recoge en su estructura sistemática la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948. El genocidio, según, el legislador español es un delito contra la Comunidad Internacional caracterizado, por el “propósito de destruir total o parcialmente a un grupo étnico, racial o religioso”. Articulado el tipo penal con las consideraciones arriba realizadas se observa que las argumentaciones de fondo sobre

71. PAZ Y PAZ, Claudia: *Análisis Jurídico del Genocidio. Especial consideración del concepto y Mecanismos de Protección*. Tesina de Grado-Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. 1997, p. 172.

72. Fundamento Quinto del Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo durante la dictadura chilena. Madrid 5 de Noviembre de 1998. Consultar en <http://www.Derechos.org>. Edición Internet equipo Nizkor. En el mismo sentido la Resolución dictada por el Juez Baltasar Garzón respecto de la Dictadura militar argentina, expone de manera clara cómo el proceso selectivo de exterminio fue dirigido de manera coherente con el fin de destruir parte de un grupo nacional amparándose en consideraciones diversas, en este caso, aquellas de índole religiosa. Afirma la Resolución: “De dicho análisis, se desprende, cada vez con mayor claridad, como se expondrá, que una de las finalidades perseguidas por la Jerarquía Militar que propicia el Golpe de Estado, desde antes de dicho momento, y con el apoyo, instigación y bendición de las jerarquías de la Iglesia Católica argentina oficial, es la destrucción pura y simple a través de la violencia de todo lo que sea contrario a esa doctrina, y, en esas contradicciones basa la definición de lo subversivo- todo ello como un mal necesario para la “purificación de la nación argentina”. En definitiva, se trata de una verdadera filosofía que mueve la acción delictiva; se trata de una “cruzada” contra todo aquel que comparta la ideología atea o no occidental o no cristiana. Auto del Juzgado de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional Española, en el caso de los ciudadanos españoles desaparecidos en la República Argentina. Internet <http://www.derechos.org>. Editado por Equipo Nizkor.

la intención y configuración del tipo no merecen dudas visibles, puesto que, y para terminar, el tipo penal se adecúa en su totalidad a lo establecido por las normas internacionales, y es precisamente esa la intención del legislador español al tipificar la conducta. Por consiguiente la aplicación del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se aplicará para investigar los hechos sucedidos en aquellos países, pues como nuevamente lo manifiesta la resolución: “en el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de organización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, especialmente muchos españoles. Todas las víctimas, reales o potenciales, argentinos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar”.

5.2. Delitos de terrorismo

Las actividades delictivas llevadas a cabo por una organización criminal de alcance internacional que en diferentes países concibe, desarrolla y ejecuta un plan sistemático de desapariciones forzadas (detenciones ilegales seguidas de secuestro o asesinatos), entre otras, son actos de terrorismo. Especialmente cuando esta actividad delictiva es apoyada desde el propio Estado, y se ejecutó en territorios de diversos países.

Es innegable que actos como éstos han de ser objeto de control por parte del derecho penal y de sanción. El problema que se ha suscitado en el caso del juicio seguido en contra de las dictaduras militares argentina y chilena radica en la naturaleza o calificación de estos actos terroristas, ¿Terrorismo de Estado?, ¿Terrorismo subversivo?, ¿Cómo sancionar a título de terrorismo las conductas desplegadas en la operación cóndor conforme al CP Español?⁷³

No entraremos en la inacabable discusión con respecto a los elementos integradores del concepto de terrorismo subversivo, único posible de concebir a la luz de los instrumentos internacionales y las legislaciones nacionales. A nuestro juicio cuatro son al menos los factores que nos acercarán a una idea de terrorismo: a) el complejo entramado humano y técnico que ostentan las organizaciones delictivas, b) la negativa repercusión social y política de sus actuaciones, c) la conexión internacional y apoyo mutuo entre estas organizaciones delictivas, y d) el ataque frontal a los derechos humanos.

Es este último factor en el que debe enfatizarse para la prevención y sanción de actos que por su naturaleza afecten a toda la humanidad y por tanto reconocer la *jurisdicción universal* para su juzgamiento. Así lo ha entendido la Audiencia Nacional española al calificar como delitos de terrorismo las conductas desplegadas en la Operación Cóndor conforme a los artículos 515, 516.2, 571, 572 y 577 del CP⁷⁴.

El art. 571 del CP español señala: “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan delitos de estragos o incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados

con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”.

El art. 572 indica: “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán: 1º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaren la muerte de una persona; 2º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaren lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraren a una persona; 3º En la pena de prisión de diez a quince años si causaren cualquier otra lesión o detuvieren ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

El art. 577 dispone: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 149 o 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos o tenencia, tráfico y depósitos de armas o municiones serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior”.

De estas normas puede deducirse que el CP no castiga la simple integración o pertenencia a banda armada o grupo terrorista (contenido en el tipo de asociación ilícita) sino que exige la concurrencia de dos elementos⁷⁵: a) La pertenencia, actuación al servicio o colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública; b) la comisión de los delitos señalados.

El *bien jurídico protegido* es el orden público. Ello se desprende de la ubicación de este tipo de delitos en el título XXII del CP: “Delitos contra el orden público”. El CP no contiene una definición del mismo. La Doctrina ha señalado que ante tal situación podría recurrirse al art. 1º de la L. de Orden Público de 1959 que establece: “el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las leyes constituyen el fundamento del orden público”. En su art. 2º se refiere a “la paz pública o la convivencia social”⁷⁶.

73. Las normas más importantes de la legislación española sobre terrorismo son: arts. 571-580 CP, LO 4/1988 de 25 de mayo de reforma a la LECrim (arts. 384 bis, 504 bis, 520 bis, 553 y 579, LO 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales y LO 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

74. Razonamiento jurídico 1º del auto de ampliación de la prisión provisional de Augusto Pinochet, por la Audiencia Nacional. Publicado en “El País”, 20 de octubre 1998, p.4 y 5 y Fundamento Séptimo del Auto de procesamiento dictado en contra de Augusto Pinochet, en “El Mundo”, 11 de diciembre 1998, pp. 24-25.

75. VIVES ANTÓN, T. S.- BOIX REIG, J.- OTS BERENGUER, E. - CARBONEL MATEU, J. C. - GONZÁLEZ CUSSAC; *Derecho Penal. Parte Especial*, 2º Edit., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 801.

76. Esta ley fue derogada por la L.O. 1/1992 de 21-2 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana que reconoce que es atribución de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. LUZÓN CUESTA, J. M.; *Compendio de Derecho penal*, Ed. Dickinson, 1996, p. 343.

La *conducta típica* consiste en *cometer cualquiera de los delitos señalados* perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con banda armada, organizaciones o grupos terroristas (arts. 571, 572) o sin pertenecer a ella (art. 577)⁷⁷. Los rasgos comunes son: a) la comisión material y directa de una serie de figuras delictivas (elemento objetivo del tipo) y b) la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (elemento subjetivo del tipo).

El *sujeto activo* de este tipo de delitos es todo aquel que cometiere cualesquiera de estas figuras delictivas, perteneciendo (o sin pertenecer a ella, supuesto del art. 577), actuar al servicio o colaborar con una banda armada, organización o grupo terrorista. De aquí la diferenciación entre el sujeto activo y la banda, organización armada o terrorista. La banda y organización tienen mayor entidad que la mera asociación. El TC ha sostenido una interpretación restringida del concepto de banda armada considerando como esenciales: la pertenencia o la estabilidad del grupo, la imprescindible relevancia o la entidad suficiente para originar terror, inseguridad e incidencia en la vida social. Estos serían los factores precisos para sostener la distinción con la simple asociación ilícita (STS de 1 de marzo de 1988). La jurisprudencia por su parte considera grupos armados las agrupaciones para la acción armada provistas de una cierta organización, con vínculos estables de jerarquía y disciplina⁷⁸. La Audiencia Nacional ha sostenido un planteamiento similar al sostener que se entiende por banda armada una asociación ilícita que se concreta en una colectividad o pluralidad de sujetos, con carácter permanente, que teniendo armas a su disposición comete alguno de los delitos tipificados en el CP. De ello resulta que *el concepto de banda armada no solo exige el elemento organizativo sino además la permanencia en el tiempo*⁷⁹. El *sujeto pasivo* de la conducta es la sociedad en su conjunto y el Estado.

El *móvil o finalidad* es lo que proporciona el carácter terrorista a los delitos cometidos por este tipo de asociaciones: subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. Cabe destacar que el CP español ha introducido la finalidad de alterar la paz pública para no dar pie a una interpretación como delito político cuando la finalidad fuere subvertir el orden constitucional. Entendemos la subversión del orden constitucional y la alteración de la paz pública como elementos integradores del concepto general de orden público. La Audiencia Nacional estableció: “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, según la Ley penal española, que es exigencia del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial”⁸⁰.

Conforme a estos criterios las conductas desplegadas por las dictaduras militares argentina y chilena arrojan las siguientes consideraciones:

1.- Es indudable que la organización criminal (Operación Cóndor), dirigida desde los gobiernos sin un nexo oficialmente reconocido por el Estado, subvirtió el orden constitucional desde que las juntas militares usurparon violentamente el poder, derrocando por la fuerza a los gobiernos

constitucionales y se dieron un marco de legalidad— si bien no de legitimidad— mediante Decretos Leyes y Decretos con fuerza de ley. La organización armada se ampara en una situación de facto, la usurpación del poder y se aprovechó de su estructura militar para con impunidad, imponer un régimen que mediante el terror subvirtió en sí mismo el orden Constitucional⁸¹. Desde esta consideración resulta inaceptable pretender quitar el carácter terrorista a la Operación Cóndor argumentando que al momento de desplegarse las conductas los gobiernos militares se encontraban en el poder. Se trata de un poder de facto que derrocó el orden institucional democrático.

De todos es conocido que el 11 de Septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas chilenas actuando como institución derrocaron al gobierno constitucional de la Unidad Popular, protagonizando el violento golpe de Estado⁸² que culminó con la muerte del Presidente Salvador Allende. Los militares desconociendo la legalidad vigente promulgaron el Decreto Ley N° 1 (Bando N° 1) por el que se constituyen en Junta de Gobierno “al mando de la Nación”, y nombran al General Pinochet —Comandante en Jefe del Ejército que había prometido lealtad al presidente constitucional Salvador Allende— como Presidente de esta Junta. La primera norma dictada por esta Junta fue el Bando N° 1 que indicó: “...se respetará la Constitución (1925) en la medida que las circunstancias lo permitan”. En septiembre de 1976 promulgaron las “Actas Constitucionales” por medio de las cuales la Junta Militar se arroga el poder constituyente y la facultad de prorrogar cada seis meses estados de emergencia, en los que se restringen o suprimen las libertades fundamentales⁸³.

2.- La organización criminal denominada Operación Cóndor, fue una asociación ilícita conformada como *banda armada* que realizó la *conducta típica*: asesinatos, lesiones,

77. Idem.

78. LANDECHO VELASCO, C. M. - MOLINA BLÁZQUEZ, C.; *Derecho penal Español. Parte Especial*, 2ª ed. Tecnos, 1996, pp. 576-577.

79. Fundamento jurídico sexto del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 5 de Noviembre de 1997 por el que reafirma la competencia y jurisdicción española para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos por militares chilenos y argentinos

80. Fundamento jurídico sexto del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 5 de Noviembre de 1997 por el que reafirma la competencia y jurisdicción española para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos por militares chilenos y argentinos.

81. Este fue el razonamiento de la Audiencia Nacional en el fundamento jurídico sexto del auto mencionado de 5 de Noviembre de 1997.

82. Para un examen de este período en la historia política de Chile, véase, entre otros: TOURAINE, Alain; *Vie et morte du Chili populaire*, Seuil, París, 1973; TIRONI, E.: *Pinochet, la dictature liberale*, CÉTRAL-L'Harmattan, 1987; VERGARA, P.; *La transformación del Estado chileno bajo el régimen militar*, CIEPLAN, marzo de 1980, GARRETÓN, M. A.; *Dictaduras y democratización*, FLACSO, Santiago, Chile, 1984, RETTIG, R. y otros: *Informe Rettig- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Ed. La Nación, Chile, 1991, vols. y II.

83. A partir de 1977 la institucionalización del autoritarismo se vuelca hacia la concreción del camino que se venía preparando: legitimar el régimen militar mediante la utilización de un subterfugio legal: la promulgación de una Constitución. “Aprobada” en un plebiscito enmarcado dentro del nivel de represión y falta absoluta de garantías que ya eran cotidianidad desde 1973. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1976; *Autoritarismo, Institucionalización y control social (en el Cono Sur latinoamericano, Argentina, Uruguay y Chile 1970-1980)*, texto original de la Tesis de doctorado (Universität Saarland, Rep. Federal Alemana); pp. 295 a 318.

coacciones y detenciones ilegales que devinieron en desapariciones forzadas en la mayoría de los casos. Cabe destacar que esta organización realizó su actividad de manera oculta, no decía relación con ninguna función que les estuviere asignada institucionalmente, su actividad no era ejercida en el marco de las potestades que les confería la función oficial que ostentaban. “La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero *no confundible* con ella” dice la Audiencia Nacional⁸⁴. Además del elemento organizativo, la permanencia en el tiempo fue su característica. Su actividad “producía inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población” y su esencia era el rechazo del orden jurídico no sólo del que subvirtiera mediante la fuerza sino también del “orden jurídico vigente en el país a la sazón”⁸⁵. Concurren entonces los elementos propios de la banda armada: estructural, teleológico y resultado.

3.- El terrorismo perpetrado por esta organización criminal, y como delito de persecución universal, incluido en la legislación española (art. 23.4 de la LOPJ) ley interna, se refiere mas bien a los supuestos en los que España, como miembro de la comunidad internacional, tiene interés en perseguir, aunque “su concreción evidentemente se tenga que hacer, como no podía ser de otra forma, con arreglo a las leyes españolas”⁸⁶.

España, en cuanto miembro de la comunidad internacional, tiene interés indiscutible en la persecución de estos delitos, no tanto por el hecho de que entre las víctimas haya ciudadanos españoles, sino porque el terrorismo participa del concepto de crimen de derecho internacional, y este interés va mas allá de las fronteras nacionales⁸⁷. Se trata de un caso de responsabilidad penal internacional especialmente cuando dice relación con el *abuso de poder* y se le utiliza como instrumento de represión político-ideológica.

Siguiendo la idea anotada por el Profesor Quintano Ripollés, es claro que el terrorismo propiciado por parte del Estado, sea oficialmente como ocurría en la Alemania Nazi, sea extraoficialmente como ocurre tratándose de estas organizaciones paralelas al Poder, rebasa los límites del derecho penal interno. No obstante ha sido objeto de condena internacional por parte de las naciones en diversas normas de derecho internacional humanitario⁸⁸. Así por ejemplo, la Asamblea General de Naciones Unidas ha instado a adoptar todas las medidas precisas para combatir y eliminar todos los actos de terrorismo y por quien quiera que los haya cometido (Doc. A/50/186 de la AG de 22 de diciembre de 1995).

Finalmente es necesario enfatizar que el terrorismo desarrollado desde las estructuras del Estado o del Estado mismo a través de sus representantes, es la forma más peligrosa del terrorismo y por ello precisamente es la que más debe perseguirse.

5.3. Delito de Tortura

Los actos perpetrados por la organización criminal que llevó a cabo la Operación Cóndor puede encuadrarse asimismo dentro del tipo penal de la tortura consagrado en los

arts. 173 y 174 del CP. Ello porque las detenciones ilegales perpetradas por sus agentes llevaban como conexo el trato inhumano y degradante a las víctimas causando lesiones que en muchos de los casos llevaron a la muerte. El manto de impunidad que proporcionaba la estructura militar en el poder permitía esta grave violación a los derechos fundamentales. La tortura pues se encuentra vinculada al denominado “*Abuso de Poder*”⁸⁹. Así lo han entendido también organismos internacionales de derechos humanos como Amnistía Internacional, para quien la Tortura es parte del aparato que utiliza el Estado para reprimir a los disidentes.

El objetivo de la tortura no es la eliminación física de la víctima sino reducirla a una posición inferior, negarle su posibilidad de reconocimiento y adentrarse en su intimidad para que construya una verdad que no es la suya, sino la de su verdugo⁹⁰. Elementos propios de la práctica de la tortura son: De una parte la caracterización respecto de la afección que el hecho causa y el cual está dirigido, no al castigo físico, sino a la irrupción en el ser y la conciencia del sujeto víctima, la intención es el de utilizar el cuerpo de la víctima como instrumento receptivo del dolor y por su medio ingresar en el fuero interno del sujeto a fin de perseguir una conducta determinada que vulnere el sustento de la lealtad del ser humano que la sufre; que delate a su cómplice o amigo, o partidario, o benefactor, o colaborador, o a su ser afectivo cercano o a su amante, en fin que quiebre sus concepciones morales sustento de su dignidad. Se tortura en nombre de las ideas para averiguarlas, para reprimirlas, para transformarlas o confirmarlas, para enseñarlas o para demostrarlas, se tortura para escarmentar, para alinear, para normalizar, para obtener marasmo colectivo o individual, para penetrar en el alma de aquellos que se niegan a reconocerse en un axioma diferente al del verdugo que quiere imponer las suyas como matriz del comportamiento a seguir⁹¹.

84. Fundamento jurídico sexto del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de Noviembre de 1997 por el que reafirma la competencia y jurisdicción española para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y tortura cometidos por militares chilenos y argentinos. (Lo destacado es nuestro).

85. Ídem.

86. Fundamento Séptimo del Auto de procesamiento dictado en contra de Augusto Pinochet, en “*El Mundo*”, 11 de diciembre 1998, pp. 24-25.

87. Este criterio fue adoptado en el auto de procesamiento en contra del General Pinochet. Ídem.

88. Dice Quintano Ripollés: “Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo”. Citado en Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 5 de Noviembre de 1997. Vid. supra nota 86.

89. Este criterio fue adoptado en el auto de procesamiento en contra del General Pinochet.

90. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Tortura, informe de Amnistía Internacional*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1984, p. 4.

91. “La tortura nace con el interés por la intimidación del otro, es decir con la pregunta. Si se trata tan solo de destruir o castigar al otro, no hay tortura; lo que hace aparecer ésta es el afán de cuestionarle, de poner a la víctima en cuestión. Cuestionar al otro es, por un lado, interrogarle y, por otro, dudar de su validez como tal otro, negarle su derecho a seguir siendo

En los hechos que nos ocupan, la degradación de la persona formaba parte del *plan sistemático de represión de la disidencia política* creado por los gobiernos militares, un plan que contenía, entre otros, el diseño de un *sistema científico de torturas* llevado a cabo por organizaciones como la DINA y la CNI.

Con base en estas consideraciones es que *el delito de torturas aparece como integrante de los delitos de mayor entidad: genocidio y terrorismo*. Esta fue la posición sostenida por la Audiencia Nacional al ratificar su competencia para conocer de estos hechos: “La resolución del recurso va a exigir constatar si los hechos imputados en el sumario son susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, de delitos de genocidio o terrorismo... Las partes de la apelación no han discutido que esos hechos imputados consistan en muertes, detenciones ilegales y torturas por razones de depuración ideológica o de entendimiento de la identidad y valores nacionales, atribuidas a gobernantes y miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad, con intervención también de grupos organizados, actuando todos en la clandestinidad, hechos ocurridos en Chile durante el régimen militar instaurado el 11 de septiembre de 1973” ...”Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del artículo 23, apartado cuatro, letra g, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el artículo 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁹². Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del artículo 5, apartado uno, letra c, de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los Estados firmantes. España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario”⁹³.

No es posible alegar en la comisión del hecho, causa de justificación alguna⁹⁴. El art. 15 de la C.E determina que la práctica de la tortura no es admisible “en ningún caso”. Igualmente, la doctrina ha recibido de la normatividad internacional la interpretación negativa referida. En este sentido la Convención Contra la Tortura de 1984 prescribe: “*En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra, amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura*”.

5.4. Consideraciones finales respecto de los tres tipos penales estudiados

Finalmente en cuanto al *elemento subjetivo común a los tres tipos penales* mencionados cabe destacar que tanto en el genocidio como en los delitos de terrorismo y torturas se aprecia la existencia de dolo. En el delito de genocidio: dolo

directo de exterminar al grupo humano en sus diversas manifestaciones. En los delitos de terrorismo: la finalidad de subvertir el orden constitucional y atacar a la comunidad internacional mediante formas que integran la categoría de crimen contra la humanidad. En los delitos de torturas: la degradación de la persona en cuanto parte del género humano y de la comunidad internacional.

En todos estos delitos se aprecia el ataque a derechos fundamentales como la vida, la integridad física y psíquica de la persona y la libertad.

Por otra parte, existía asimismo un acuerdo de voluntades entre los militares que perpetraron estos ilícitos. Así lo estableció la Audiencia Nacional, respecto del caso chileno: “...Está acreditado indiciariamente el acuerdo de voluntades de los responsables militares para acabar con el sistema constitucional chileno, con la vida del Presidente constitucional e iniciar todo un sistema de represión selectivo pero masivo en el sentido expuesto y para ello dotan a todas las instituciones y personas jerárquicamente subordinadas de todos los medios no formales e ilegales necesarios y de la impunidad precisa— no existe el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que desde sus instituciones no solo incita sino que coordina el ejercicio del terror para acometer la labor encomendada... se crean organizaciones como la DINA o la CNI que desarrollan acciones paramilitares, para desarrollar esas acciones en el interior y exterior, se diseña un sistema de coordinación terrorista internacional de apoyo y asistencia de otros países u otras organizaciones terroristas o para la eliminación o entrega ilegal de prisioneros que después son ejecutados (Plan Cóndor)”⁹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1984): *Tortura, informe de Amnistía Internacional*, Madrid: Editorial Fundamentos.

por dentro como es, e imponerle la conformidad a un modelo. Se exige del otro una respuesta, en forma de confesión: que diga lo que su intimidad es, para que se le pueda identificar con ella y castigarle por ella; o que se retracte de lo que es o se arrepienta de serlo, que admita que se ha convertido ya en otro”. SAVATER, Fernando, MARTÍNEZ FRESNEDA, Gonzalo: *Teoría y Práctica de la Tortura en España*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1982, p. 19.

92. Los apologistas de la tortura insisten, en general, en el clásico argumento de la eficacia expedita: “las autoridades se ven obligadas a aplastar a los terroristas o a los insurrectos que comprometen la vida de personas inocentes, y que ponen en peligro la sociedad civil y el Estado. Pretenden justificar los sufrimientos, repudiables, pero “necesarios”, de una persona, con la noción de que se le infieren con el único propósito de defender un bien superior, como es el de la mayoría. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe sobre la Tortura...*, ob. cit., p. 6.

93. Como se ha indicado ésta fue la posición que sostuvo la Fiscalía Nacional, supra notas 54 y 55.

94. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria: *El delito de tortura: Nuevas Cuestiones Penales*, Coordinadoras María del Rosario DIEGO - Virginia SÁNCHEZ LÓPEZ, Edit Colex, 1998. *El delito de Tortura, ob.cit.*, p. 123.

95. Fundamento Décimo primero del auto de procesamiento dictado por el juez Baltasar Garzón en contra de Augusto Pinochet. “*El Mundo*”, 11 de Diciembre de 1998, pp. 24 y 25. Por último, es evidente que Augusto Pinochet tuvo una participación en calidad de autor de estos hechos, aunque si bien no participa en su ejecución material, sí concibe y financia el “Operativo Cóndor” con fondos públicos. De esta forma Pinochet tuvo una participación en cuanto promotor y director de la organización criminal que ejecutó estos delitos (art. 516 CP).

- AMORÍN, Carlos; BLIXEN, Samuel (1993): *Se destapa la multinacional del Terror*. Rev. Cambio 16, Número 1114, Madrid 29. 3.
- BERGALLI, Roberto (1996): *La violencia del Sistema Penal*. En Control Social Punitivo. Barcelona: Edit. M. J. Bosch.
- BUSTOS R., J. (1987): *El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público (art. 184 CP)*, en CPC nº 19, 1983, *Derecho Penal y Control Social*, Barcelona: Edit. PPU.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Ignacio (1995): *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Edit. Tecnos.
- COLLIER, David (1979): *The new authoritarianism in Latin America*, Princeton University Press, Estados Unidos.
- FRÜHLING EHRILCH, Hugo (1986): *La defensa de los derechos humanos en el Cono Sur. Dilemas y perspectivas hacia el futuro*, en *Represión Política y defensa de los derechos humanos*, Programa de Derechos Humanos Academia de Humanismo Cristiano, Centro de Estudios Sociales (CESOC) Ediciones Chile y América, pp. 15-37.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay- Chile*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1976: *Autoritarismo, Institucionalización y control social (en el cono sur latinoamericano, Argentina, Uruguay y Chile 1970-1980)*, texto original de la Tesis de doctorado Universität Saarland, Rep. Federal Alemana.
- GARRETÓN, Manuel A. (1983): *Dictaduras y democratización*, FLACSO, Santiago, Chile, 1984; En torno a la *Discusión sobre los Nuevos Regímenes autoritarios en América Latina*, en PORTALES, Carlos: *La América Latina en el Nuevo Orden Económico Internacional*, México: Fondo de Cultura Económica.
- GUTIÉRREZ, C. J. (1984): *Balance y Relación entre las garantías nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos en Derechos Humanos en las Américas*, CIDH, Washington.
- GUTIÉRREZ, Faustino - CONRADI, Alviz (1996): *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- KAI AMBOS (1997): *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Edit. Dike.
- LANDECHO VELASCO, Carlos M^a - MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción (1996): *Derecho penal Español. Parte Especial*, 2ª Edit. Madrid: Tecnos.
- LECHNER, Norbert (1981): *Estado y Política en América Latina*, México: Edit. Siglo XXI.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego (1987): *Terrorismo, política y derecho*, Madrid: Alianza Edit.
- LÓPEZ LAUSON, Carlos (1984): *La Doctrina de Seguridad Nacional y los Derechos Humanos*, Santiago: Edit. Documentos.
- LUZÓN CUESTA, José M.^a (1996): *Compendio de Derecho Penal*, Edit. Dikinson.
- MADRID MALO, Mario (1997): *Convergencia y Complementariedad del Derecho Internacional Humanitario y El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Conflicto Armado y Derecho humanitario*, Bogotá: Editores TM- IEPRI, Comité Internacional de la Cruz Roja.
- MARÍA LOZADA, Salvador - VIAGGIO, Julio - ZAMORANO, Carlos - BARCESAT, Eduardo (1985): *Inseguridad y Desnacionalización. La Doctrina de la Seguridad Nacional*, Liga Argentina por los Derechos del Hombre. Buenos Aires: Ediciones Derechos del Hombre.
- MARTÍNEZ DE VALLEJO MÚSTER, Blanca (1991): *Los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los Derechos Humanos a la distinción conceptual*, en "Derechos Humanos". Madrid: Ed. Tecnos.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria (1998): *El delito de tortura: Nuevas Cuestiones Penales*, Coordinadoras María del Rosario DIEGO - Virginia SÁNCHEZ LÓPEZ, Edit. Colex.
- NIETO, Luis Carlos: *Sobre la competencia de la Justicia española para la instrucción de los procesos contra los miembros de las juntas militares argentina y chilena*. Ponencia ante el "Seminario sobre los efectos de la corrupción y la impunidad en los procesos democráticos", organizado por la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires, los días 11 y 12 de diciembre de 1997.
- NIKKEN, Pedro (1987): *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo Progresivo*, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, Madrid: Edit. Civitas S.A.
- NUNCA MÁS: SERPAJ 1989.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. (1989): *Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Edit. Tecnos.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel (1982): *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. T. I., dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel: Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996; *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Edit. Avanzada.
- PAZ Y PAZ, Claudia (1997): *Análisis jurídico del genocidio. Especial consideración del concepto y mecanismos de protección*. Tesina de grado, Universidad de Salamanca, mimeo.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (1996): *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edit. Edersa, Madrid, 1990: *De las Torturas y otros delitos contra la Integridad Moral, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*. Edición a cargo de I. COBO DEL ROSAL, Madrid: Edit. Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1983): *Los derechos Fundamentales. Protección de los Derechos Fundamental*, en "Anuario de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid.
- QUEL LÓPEZ, Javier - FDEZ. DE CASADEVENTE (1991): *La Lucha Contra la Tortura*, Edit. HAAE/IVAP, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio (1966): *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Edit. Edersa.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo (1993): *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Valencia: Edit. Tirant Lo Blanch.
- RAWLS, John (1996): *El derecho de los pueblos*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- RETTIG, R. y otros (1991): *Informe Rettig- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Edit. La Nación, vols. y II.

- SANJOSÉ GIL, Amparo (1992): *La Protección de los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch alternativa.
- SAVATER, Fernando, MARTÍNEZ FRESNEDA, Gonzalo (1982): *Teoría y Presencia de la Tortura en España*, Barcelona: Editorial Anagrama.
- SCHMIDT, Carl (1991): *El concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Universidad.
- TAPIA VALDÉS, Jorge (1969): *El terrorismo de Estado*, México: Edit. Nueva Imagen.
- TIRONI, Eugenio (1987): *Pinochet, la dictature liberale*, CETRAL-L' Harmattan.
- TOURAINÉ, Alain (1973): *Vie et morte du Chili populaire*, París: Seuil.
- VERGARA, P. (1980): *La transformación del Estado chileno bajo el régimen militar*, Santiago: CIEPLAN.
- VIVES ANTÓN, T.S. - BOIX REIG, J. - OTS BERENGUER, E. - CARBONEL MATEU, J. C. - GONZÁLEZ CUSSAC (1996): *Derecho Penal. Parte Especial*, 2º ed., Valencia: Edit. Tirant Lo Blanch.
- VIVES, ANTÓN, Tomás / GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE (1997): *La detención*, Barcelona: Edit. Bosch.
- WALDMANN, Peter: *Represión Estatal y Paraestatal en Latinoamérica*. Revista *América Latina Hoy*, 2 época, Nº 19, junio/ 95.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *El Título V (Delitos contra la libertad del Libro II (Delitos y sus penas) de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, en D.J. T II.
- ZÚÑIGA R., Laura (1993): *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Barcelona: PPU.

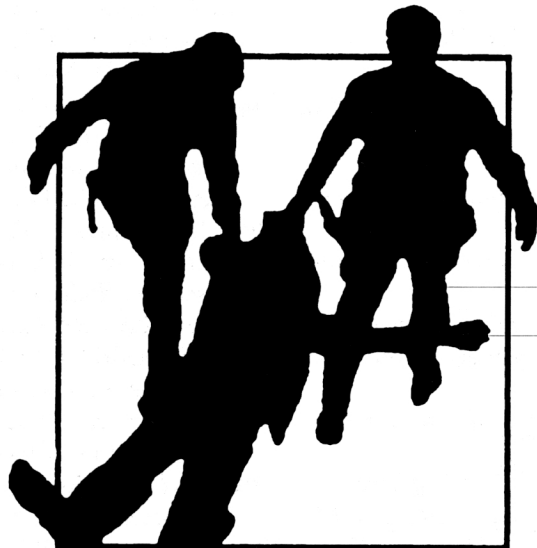
INFORMACIÓN CONTENIDA EN INTERNET (Trad. español e inglés):

KO'AGA RONE'ETA: *La Operación Cóndor: El Terrorismo de Estado de Alcance Transnacional*.

Por CUYA, Esteban (Investigador del Centro de Derechos Humanos de Núremberg) <http://www.derechos.org/koaga/vii/2/cuya.html>.; *Los Archivos del Horror del Operativo Cóndor*. Por CALLONI, Stella. <http://www.derechos.org/nizkor/doc/condor/calloni.html>.

EQUIPO NIZKOR: <http://www.derechos.org/nizkor/>
Contiene:

1. Listado de los 521 oficiales y suboficiales en servicio entre 1973 y 1975 en la organización criminal DINA y en las todas las regiones militares de la República de Chile. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/int/listado.htm>.
2. *Recuerdos del proceso de Núremberg*. Por HERZOG, Jacques Bernard. Texto completo de la conferencia del 3 de mayo de 1949 sobre la jurisdicción penal internacional y el proceso de Núremberg (Substituto del Procurador de la República del Sena, Ex Substituto del Procurador General francés ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Secretario General de la Revista Internacional de Derecho Penal).
3. *Providencia por la que el Magistrado Juez Baltasar Garzón solicita ampliación de rogatoria a Paraguay para la obtención de documentos relacionados con la "Operación Cóndor"*. Madrid, 04.09.1998.
4. *Ampliación de la denuncia contra Pinochet. Testimonio del F.B.I. sobre la Operación Cóndor*. Madrid, Septiembre, 1996.
5. *Auto de prisión provisional incondicional de Augusto Pinochet Ugarte*.
6. *Auto ampliando la fundamentación* (Listado de 94 víctimas).



(Gentileza de "Amnistía Internacional")

RESUMEN

La doctrina de la seguridad nacional jugó un papel predominante como soporte ideológico de las dictaduras del Cono Sur americano. Dentro de este marco se adelantó el "Plan Cóndor" que llevó a la múltiple y sistemática violación de derechos humanos en los países en los que se desarrolló. El artículo hace un análisis jurídico de la responsabilidad de los actores a la luz del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, con especial énfasis en la competencia para el juzgamiento de los hechos. Concluye con el análisis del terrorismo de Estado manifestado a través del genocidio, la tortura y las desapariciones forzadas cometidos durante las dictaduras militares.

Palabras clave: dictaduras, Cono Sur, Derechos Humanos, responsabilidad.

ABSTRACT

The doctrine of national security played a leading role as an ideological endorsement of the South American dictatorships. The Plan Condor was created in this context, and it led to systematic and multiple human rights violations. This article analyzes the responsibility of different actors in the light of International Law, and puts special emphasis in the competence of courts to judge those facts. It concludes with an analysis of state terrorism, which led to genocide, torture and disappearances under military dictatorships.

Key words: dictatorships, Southern Cone, human rights, responsibility.



Familiares de desaparecidos chilenos (Gentileza de "Amnistía Internacional")