

El caso Pinochet

Chile en la encrucijada de la democracia incompleta

SALVADOR MILLALEO

El gobierno chileno ha acudido a los foros internacionales para sostener que la pretensión de España de juzgar los crímenes del ex-dictador Augusto Pinochet constituye un atentado contra la soberanía del Estado chileno. En específico, la universalidad de jurisdicción que reivindica España, según Chile, induce al caos jurídico internacional. Aquí se analizan las razones de que ocurra precisamente lo contrario. Por lo demás la actitud del gobierno, que ha confundido sus posiciones con la de sus antiguos adversarios, adictos a la dictadura pinochetista, ha debilitado la refundación democrática chilena, favoreciendo la aparición de cierto espíritu fascista. Frente a él, en todo caso, el caso Pinochet deja entrever que también se enarbola un fuerte *ethos* democrático que busca deshacer de una vez por todas los enclaves autoritarios, persistentes en la transición chilena. Ante ese *ethos*, el gobierno debe asumir la responsabilidad por su actitud frente al accidente Pinochet.

Hay, y ha habido, y habrá, el caso de personas que encarnan en vida y en muerte emociones primordiales que movilizan para bien o mal de los pecados a los seres vivos, alterando incluso los hechos para acomodarlos a su atroz parusía

Armando Uribe Arce, enero de 1999

Anunció en portada *El Mercurio*: «En fuentes cercanas al senador vitalicio Augusto Pinochet Ugarte trascendió anoche que éste se encuentra retenido en una clínica privada de Londres por decisión de un juez de esa

SALVADOR MILLALEO: abogado chileno, profesor de Introducción del Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago; asesor jurídico de la bancada de diputados socialistas del Congreso Nacional. Actualmente cursa el magister de Filosofía en la Universidad de Chile.

Nota: Este artículo fue escrito algunos días antes del fallo definitivo de la Cámara de los Lores, en el cual se desconoció la inmunidad de Augusto Pinochet como Jefe de Estado, pero sólo a partir de septiembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratificó la Convención

Palabras clave: derechos humanos, justicia, derecho penal internacional, democratización, Pinochet, Chile.



ciudad». Esta información, escueta y llena de cautela, fue la que inauguró para los chilenos el amanecer del 17 de octubre de 1998. Trasunta, por una parte, una insegura falta de información que deja entrar el acontecimiento como un rumor. Por otro lado, representa una incredulidad sólo acallada por la voz de los cercanos al general. Ello marca, según pienso, una refundación en el lenguaje público de los chilenos, incluido su gobierno, que puede tener resultados muy peligrosos, o bien prometedores. A partir de entonces se han generado actitudes, declaraciones y cambios de posición en el cuadro político chileno inusitados y, por decir lo menos, sorprendentes, sin perjuicio de los vaivenes judiciales del propio proceso de *habeas corpus* abierto en Londres por la defensa del general Pinochet¹.

A continuación analizaremos ciertos aspectos relevantes de los efectos del caso Pinochet para el futuro de Chile y su democracia. Dentro de ellos tendremos especial cuidado con los que generarán, de seguro, ulteriores responsabilidades políticas de las elites dominantes frente a la ciudadanía de Chile, y del pueblo chileno como sujeto colectivo ante la comunidad de las naciones.

Los derechos fundamentales y la herencia de Pinochet

Pese a cualquier otro intento de desviar el debate sobre el caso Pinochet a cuestiones conexas jurídicamente pero secundarias, lo que está en juego en este proceso es la imperatividad de los derechos humanos y la responsabilidad que surge ante el derecho internacional de los sujetos y los regímenes que ellos presidieron en cuanto se han abocado a su violación sistemática, mediatizando para tales fines al aparato estatal. Este tema es apto para tornar secundaria la coherencia o incoherencia de los Estados europeos que persiguen o juzgan a Pinochet respecto de su propia historia, o para descartar su seudocolonialismo en cuanto se arrojan competencia para juzgar las soluciones que una democracia sudamericana, no civilizada ante sus ojos, le habría dado a los problemas de transición².

Internacional contra la Tortura, suscrita por Chile, España y el Reino Unido. Los *Law Lords* decidieron que la convención no tiene efecto retroactivo, y que Pinochet sólo puede ser extraditado cuando se cumpla con la doble criminalidad en el derecho inglés e hispano. Se redujeron los cargos entonces a tortura, conspiración para torturar y conspiración para asesinar (cual es el caso del atentado frustrado contra Carlos Altamirano en Madrid, incuestionablemente de competencia de los tribunales hispanos). En la segunda orden de detención de Garzón, los casos no amparados por la inmunidad se reducen a tres, pero se están enviando antecedentes que pueden incrementarlos a 500, sin perjuicio de que, si se consideran las desapariciones forzadas crímenes permanentes tal como lo hace la doctrina internacional, se incrementarían a 1.200 casos.

1. Reconocimiento de inmunidad por la High Court, revocación en apelación de éste por la House of Lords, ha lugar a la extradición por el Ministerio del Interior británico y anulación por la misma House of Lords de su fallo anterior por aparente vinculación de lord Hoffman con Amnistía Internacional.

2. Para un análisis del argumento del supuesto neocolonialismo, v. Armando Uribe Arce y Miguel Vicuña Navarro: *El accidente Pinochet*, Sudamericana, Santiago, 1999, pp. 29-33.

El fundamento de los derechos humanos ha corrido tradicionalmente por los cauces del iusnaturalismo, que sostiene la existencia de derechos naturales anteriores de los individuos, anteriores al Estado y la sociedad, quienes deben limitarse a reconocerlos y ampararlos. Esta doctrina de gran prestigio está presente en los fundamentos de la mayoría de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos³. Sin embargo, pese a la fuerza retórica del argumento de la naturaleza de los derechos humanos, la supratemporalidad deviene en la práctica en un pie de apoyo quebrado para la misma causa de los derechos humanos. De hecho, la Junta Militar chilena, en su Declaración de Principios del Gobierno de Chile, reconoció, en sentido iusnaturalista, la existencia de derechos inalienables, anteriores y superiores al Estado que éste debe reconocer y reglamentar en su ejercicio, añadiendo que «no siendo él el que los concede, tampoco podría jamás negarlos». Sin embargo, ese discurso iusnaturalista fue complementado originalmente con una doctrina de la seguridad nacional que vio al Estado como «la personalidad más elevada de la vida», como un organismo vivo dotado de necesidades a las que los individuos deben subordinarse como partes de un todo⁴. El discurso del gobierno militar adujo, por otro lado, que los derechos humanos «son el campo de ataque, la puerta de entrada de los grupos subversivos que, en su nombre, se aprovechan de la ingenuidad de muchos para destruir el orden vigente y sembrar el caos, o el caballo de Troya de la subversión internacional que no los respeta en los países que domina y que busca imponer un orden que los niegue para siempre. En cualquier caso, de estas argumentaciones surgiría el derecho del Estado a preservar su identidad, para lo cual deberá restringir, suspender o eliminar los derechos humanos»⁵.

Con esos argumentos adicionales, el discurso iusnaturalista de los derechos humanos de la Junta Militar presidida por Pinochet se erigió en cimiento de la violación de los mismos derechos fundamentales al someterlos a necesidades y limitaciones que el Estado consideraba también como naturales. Lo que en realidad el gobierno militar significó fue una violenta revolución que fundó a sangre y fuego un orden económico y social liberal, acabando con la matriz del Estado de compromiso existente en Chile entre 1938 y 1973, y con el predominio de las fuerzas de centro-izquierda⁶. La violación a los derechos humanos fue funcional a la construcción de un orden político-social concreto sobre fundamentos naturales.

3. Para ver las matrices ideológicas, por ejemplo, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde está presente, aunque de manera diluida la doctrina iusnaturalista, revisar Antonio Cassese: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991.

4. Manuel Antonio Garretón: «En torno a la problemática actual de los derechos humanos» en *Estudios* N° 1, 5/1978, Vicaría de la Solidaridad, Arzobispado de Santiago, p. 12.

5. *Ibid.*

6. Para una explicación de los fines político-culturales que la dictadura militar chilena persiguió con la violación sistemática de los derechos humanos, como el exterminio político de sus adversarios, la eliminación de toda posibilidad de resistencia, v. Tomás Moulián: *Chile: anatomía de un mito*, Arcis-LOM, Santiago, 1997.

Por nuestra parte, creemos que la mejor manera de concebir los derechos humanos es la siguiente: los derechos son aquellos que los sujetos se otorgan recíprocamente para regular su convivencia en términos legítimos, con los medios del derecho positivo⁷. Este reconocimiento recíproco ocurre históricamente y asume la necesidad de un consenso o pacto social ideal que las normas jurídicas del Estado constitucional pretenden desarrollar. En definitiva, los derechos fundamentales son ideales insertos en las instituciones jurídicas de los tratados internacionales y las cartas constitucionales, destinados a ejecutar dentro de una comunidad política real el diálogo moral, al asegurar haces de posiciones para los sujetos de derecho que los conciben como libres e iguales. A partir de esas posiciones los sujetos crean un orden político concreto dentro de cada Estado constitucional, comprendiéndose no solo como destinatarios sino también como autores del derecho positivo.

De esta concepción podemos extraer los siguientes elementos útiles para la reflexión: los derechos humanos están asociados a la idea de ciudadanía; por ello, están insertos dentro del concepto de soberanía popular en un régimen democrático (la democracia es el único sistema que garantiza iguales posiciones de los sujetos para decidir su vida en común); la vulneración o el desamparo de los derechos humanos genera responsabilidades no solamente jurídicas, sino también morales y políticas que inciden en la legitimidad del régimen político, y, por tanto, en su apoyo disponible.

El caso chileno respecto a las violaciones a los derechos humanos posee un diagnóstico oficial, aunque limitado⁸, sobre la magnitud de las atrocidades del régimen autoritario. Los datos de esta negra estadística figuran en el cuadro.

Respecto de estos crímenes, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1990-1991) estableció la secuencia represiva de los hechos acreditados ante ella, pero sin identificar a los culpables, aunque tampoco eximió las responsabilidades penales. Esa comisión recomendó una serie de medidas de reparación, dejando en suspenso y bajo la competencia de los tribunales de justicia la persecución criminal⁹. Los tribunales chilenos, antes y después del informe Rettig, no ejercieron sus facultades legales para proteger los derechos fundamentales, consagrados en la Constitución de 1925, las Actas Constitucionales de 1978 y la Constitución de 1980, dictada por el mismo Pinochet. Así es que de alrededor de 5.000 procesos, sólo existen dos condenados: Manuel Contreras y Pedro Espinoza, los más altos jefes de la DINA (organismo de inteligencia y represión de la Junta Militar) por el asesinato de Orlando Letelier, caso expresamente exceptuado del DL-2191 del 18 de

7. Jürgen Habermas: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 184.

8. El Informe Rettig no consideró las torturas, el exilio y otras violaciones a los derechos humanos, sino que se circunscribió a las ejecuciones y a las desapariciones forzadas.

9. V. el documento de Roberto Garretón. «No existe prácticamente ninguna posibilidad de que Pinochet sea juzgado en Chile», Human Rights Watch, 12/1/1999.

Cuadro

**Datos Extraídos del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y
Reconciliación (Informe Rettig)**

Casos analizados	
Víctimas de violaciones de los derechos humanos	2.115
Víctimas de la violencia política	164
Casos sin convicción	641
Total de casos	2.920
Víctimas de violaciones de derechos humanos	
Muertos en Consejo de Guerra	59
Muertos durante protestas	93
Aplicación de «ley de fugas»	101
Otras ejecuciones y muertes por tortura	815
Total de muertos	1.068
Detenidos desaparecidos	
Víctimas de particulares actuando bajo pretexto político	90
Total de asesinatos	2.115
Víctimas de violencia política	
Caídos durante 1973	87
Caídos en protestas	38
Enfrentamientos y otros	39
Total	164
Casos clasificados por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación	
	Total
	2.279
Con convicción	918
Total de casos reconocidos por el Estado	3.197

abril de 1978. Esta fue una autoamnistía establecida por la Junta Militar que se aplicaba a «todas las personas ... que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978...». La ley estableció una amnistía global para proteger a las personas de un enjuiciamiento por ciertos delitos. «Algunos delitos comunes como el robo, la violación, el incesto y el fraude fueron exceptuados de la amnistía. Pero el asesinato, el secuestro y actos considerados como tortura quedaron incluidos»¹⁰.

El diplomático Roberto Garretón nos recuerda que «en 1996 y de nuevo en 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el decreto de amnistía violaba los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que la aplicación de la amnistía a los casos de desapa-

10. La amnistía de 1978 excluyó expresamente el juicio en que se investigaba una falsificación de pasaportes, vinculado al asesinato con coche bomba en 1976 de Orlando Letelier y Ronni Karpen Moffitt, en Washington. Un gran jurado de Estados Unidos inculpó a cuatro miembros de la policía de seguridad de Pinochet, la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), entre ellos su jefe de Operaciones, brigadier Pedro Espinoza, y su director, general Manuel Contreras Sepúlveda, que actuaba bajo las órdenes directas de Pinochet. Gracias a la excepción de la amnistía, Contreras y Espinoza fueron juzgados en Chile, donde desde 1995 están cumpliendo pena de presidio por este crimen (Garretón; *ibíd.*).

rición constituía una violación de las obligaciones asumidas por Chile, en virtud de la Convención, de ofrecer recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Además, la Comisión reprobó al gobierno democrático de Chile por no eliminar la amnistía de su legislación; ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Informe N° 36/96, 15/10/96; y CIDH: Informe 25/98, 2/3/98. El Estado de Chile no ha adoptado las medidas pertinentes en cumplimiento de estas decisiones. Por ejemplo, tras la decisión de la Comisión de 1996, la única medida adoptada por el Poder Ejecutivo fue la de enviar una copia de ella a la Corte Suprema, que la archivó sin más comentarios»¹¹.

Esta situación da cuenta de uno de los más reluctantes enclaves del autoritarismo a que se vieron expuestas las fuerzas democráticas chilenas para entrar en una transición pactada desde el régimen de Pinochet hacia un gobierno democrático. Este enclave ético-simbólico, como lo ha llamado Manuel Antonio Garretón, consiste en la situación de impunidad de los responsables de violaciones a los derechos humanos. Tal situación permanece entrelazada con otros enclaves de índole institucional (senadores designados, Consejo de Seguridad Nacional, inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas, ley electoral, integración del Tribunal Constitucional), y actorales (presencia de un fuerte pinochetismo en la sociedad civil), metástasis autoritarias que se refuerzan recíprocamente. Las fuerzas democráticas chilenas, que llegaron en coalición al gobierno en marzo de 1990, no pudieron removerlas, y con ello cayeron en una paradoja histórica, puesto que una de las grandes fuentes de legitimidad de las referendaciones democráticas consiste en que las fuerzas que las conducen expresan el rechazo de la población a las violaciones a la dignidad humana sufridas durante un régimen autoritario precedente. De esa manera, la persistente falta de solución para el enclave autoritario que representa la impunidad va desgastando la legitimidad que la sociedad civil otorga al gobierno democrático, fruto de la responsabilidad de éste por no hallar una solución que se vuelve cada día más difícil.

Es notorio que la necesidad simbólica del enjuiciamiento de los responsables por actos de lesa humanidad es profunda y permanente en la sociedad chilena. En 1991, una encuesta preguntaba acerca de qué aspectos se consideraba faltantes para una verdadera democracia, la primera preferencia la obtuvo el «juicio a los culpables» (26,1%); y en 1992 sucedió lo mismo (24,5%). Esa demanda está concentrada en la necesidad de que no solo haya verdad, sino también justicia¹². Respecto al mismo caso Pinochet, un sondeo CERC de diciembre de 1998 muestra que un 65% de los chilenos lo cree responsable de las violaciones a los derechos humanos¹³.

11. *Ibíd.*, punto 11.

12. Manuel Antonio Garretón: «Los derechos humanos en los procesos de democratización» serie Estudios Sociales N° 47, Flacso-Chile, Santiago, 8/1993.

13. *El Mercurio*, 30/12/98.

La actitud de la contraparte autoritaria y su base de apoyo ha sido desalentadora. Dos constantes están presentes en sus actos y declaraciones: la tendencia a justificar¹⁴ o atenuar la magnitud de las violaciones a los derechos humanos, y la falta de cualquier gesto de aflicción por los sufrimientos provocados por aquellas violaciones¹⁵.

La universalidad de jurisdicción y la soberanía del Estado chileno

Está consensuada la tesis de que los derechos humanos revisten un carácter universal, esto es, que alcanzan a todos los miembros del género humano, sin importar sus cualidades adscritas o adquiridas, su contexto y particularidades. Su expansión y perfeccionamiento han copado los últimos 50 años de historia en el desarrollo de la comunidad internacional. Por aquellos accidentes del destino, todo ese desarrollo se encuentra nuevamente en tensión frente a un caso concreto, el del ex-dictador Augusto Pinochet, quien inesperada y sobretodo estrepitosamente, cae detenido en la capital inglesa por petición de la justicia española¹⁶.

Frente a este caso, la posición del gobierno chileno ha girado en torno a los siguientes argumentos:

a) Afirmación de la soberanía del Estado chileno, la que se encarna en la defensa de la inmunidad soberana y del principio de territorialidad de jurisdicción. La inmunidad soberana se proyecta en la inmunidad de jurisdicción de los ex-jefes de Estado. Por su parte, la aplicación territorial de la ley vendría a ser el único principio que se aviene con la soberanía del Estado¹⁷, siendo la extraterritorialidad de índole excepcional y sólo aceptable si es que el Estado chileno la ha pactado previamente en una convención internacional. Si bien no se desconoce la emergencia de un derecho penal internacional, el principio de territorialidad es aquel que regula el ejercicio de la jurisdicción frente a los delitos internacionales.

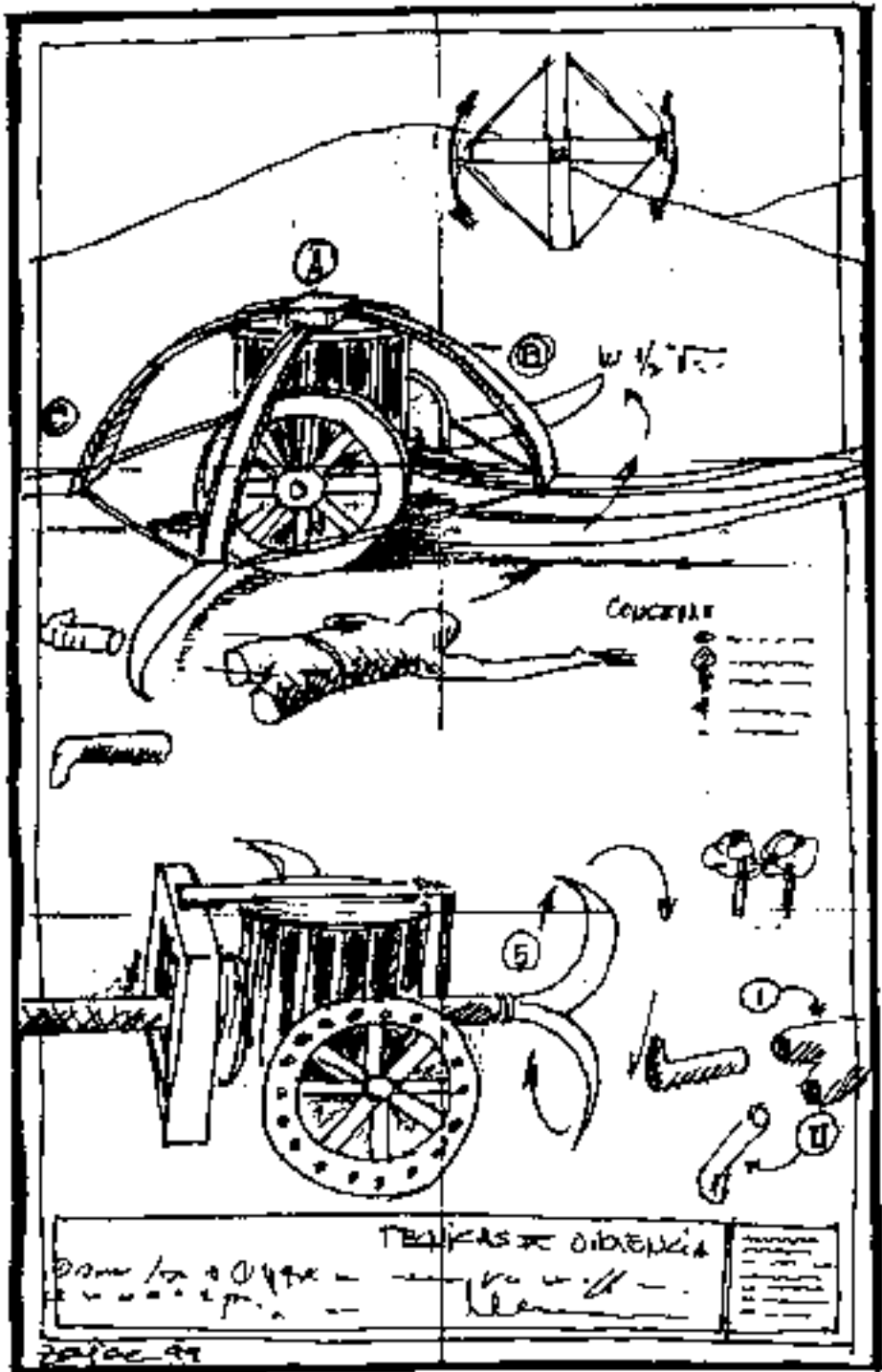
b) Las convenciones que en efecto otorgan la jurisdicción universal por los hechos imputados a Pinochet han sido acordadas válidamente con posterior-

14. V. «Carta a los chilenos de Augusto Pinochet» en *El Mercurio*, 12/12/98; y Hermógenes Pérez de Arce: *Indebido proceso, Europa vs. Pinochet*, El Roble, Santiago, 1998.

15. Así fue como el Ejército de Chile respondió al informe Rettig: «El Ejército de Chile ciertamente no ve razón alguna para pedir perdón por haber tomado parte en esa patriótica labor» en *Estudios Públicos* N° 41, verano de 1991, p. 469.

16. Para los fundamentos de hecho y derecho de la acusación contra Pinochet en España, v. Rojas Paz et al.: *Tarda pero llega, Pinochet ante la justicia española*, LOM-Codepu, Santiago, 1998.

17. El Gobierno de Chile, en su prolija defensa de la persona del general Pinochet ha sostenido su «soberanía jurisdiccional» (*El Mercurio*, 10/12/98), nueva conceptualización jurídica que busca superar la comprensión usual de que la soberanía es la *rationale* de la competencia jurisdiccional de los Estados para el derecho internacional, aunque la soberanía se expresa jurídicamente de variadas y cambiantes maneras que no sujetan al Estado a únicas soluciones.



ridad a la ocurrencia de esos hechos (en el caso de la tortura casi todos los casos son anteriores a 1988, fecha de la ratificación chilena de la convención internacional respectiva). Estas convenciones no pueden aplicarse con efecto retroactivo, pues vulnerarían el principio *nullum crimen nullum poena sine lege*.

c) En el caso de otros ilícitos previamente tipificados internacionalmente como el genocidio, la convención de 1948 otorga competencia al Estado territorial o a una corte penal internacional cuya competencia haya sido aceptada por el Estado chileno¹⁸, la cual no existe, puesto que el Tribunal Penal Internacional fue recién pactado en Roma en septiembre de 1998 y no puede operar de manera retroactiva.

d) La vulneración de esas instituciones, como sucede, según la argumentación, con Pinochet, traería la violación del principio básico de la soberanía, y por tanto el caos en el orden internacional¹⁹.

Todas estas tesis, salvo la de la irretroactividad de la convención de la tortura —único aporte original del gobierno chileno—, fueron formuladas tempranamente por las fuerzas políticas de la derecha chilena²⁰. En virtud de ellas la pretensión de España de tener competencia para juzgar a Pinochet sería antijurídica e inmoral. *Antijurídica* debido a que sólo serían competentes para conocer el caso Pinochet los tribunales del territorio donde se cometió el hecho ilícito, es decir, los chilenos, o una Corte de Justicia Internacional. *Inmoral* puesto que antes que de la universalidad de los derechos humanos sería expresión de un neocolonialismo judicial²¹. A estas tesis se plegó el gobierno chileno desde la segunda nota formal de protesta (23 de octubre de 1998) de la Cancillería chilena ante el Reino Unido²². Al gobierno se le sumaron las direcciones de los partidos de la Concertación —con la sola reticencia del Partido Socialista—, la Iglesia Católica, los empresarios, los medios de comunicación y el Poder Judicial, formando lo que Armando Uribe ha llamado un «frente único» o arco sin extremos.

Otro elemento, pronto reducido al olvido con la resolución de una sala de la High Court presidida por lord Bingham, fue el de la inmunidad diplomática que alegaba el gobierno por una supuesta misión especial que habría ido a efectuar Pinochet a Londres —además de ir a operarse una hernia²³.

18. V. artículo de Francisco Orrego Bauzá: *Incompetencia de tribunales españoles*, 22/10/1998.

19. El presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle insistió en el tema del caos en una declaración en Praga, en *La Segunda*, 16/3/99.

20. V. declaraciones de los presidentes de los partidos de derecha, UDI y RN, en *La Segunda*, 20/10/98; v. también notas anteriores.

21. V. artículo de Pedro Daza: «Globalización o colonialismo» en *El Mercurio*, 11/12/98.

22. *El Mercurio*, 24/10/98.

23. Esta inmunidad alegada por una misión especial nunca fue acreditada ante el Foreign Office, ni aceptada por éste. Por otra parte, según jurisprudencia de la misma Corte Suprema de Chile, «las inmunidades diplomáticas y consulares no pueden constituir un obstáculo

Al respecto se puede decir, que el principio de universalidad de jurisdicción, que es el invocado, junto al de personalidad pasiva para estos efectos, como todos los principios que procuran establecer los factores a que va asociada la jurisdicción del Estado, consiste en una reconstrucción de la práctica legislativa, jurisprudencial y del desarrollo doctrinario destinada a establecer los límites de la jurisdicción penal de los Estados. No es una innovación caótica, sino que este principio está dirigido precisamente a evitar el caos de la comunidad mundial bajo el derecho internacional. El principio de universalidad²⁴ entrega la competencia al Estado en que tenga la custodia del autor de la ofensa, es decir, al *judex deprehensionis*, evitando así los conflictos que pudieran surgir entre las jurisdicciones de diversos Estados, o evitando la falta absoluta de jurisdicción, cuando ningún Estado la acepta. Ahora bien, la aprehensión legítima de un imputado supone que esté previamente autorizada por el derecho en la forma de una actuación judicial, de manera que el principio de universalidad significa también que cualquier Estado puede considerarse judicialmente competente para perseguir ciertas ofensas²⁵. El sentido del principio de universalidad consiste en que no es tolerable para el interés común de los Estados y la humanidad entera la presencia en un territorio estatal de ciertos criminales extranjeros y que esos criminales escapen a la punición²⁶.

Desde el caso Lotus (P.C.I.J., series A, N° 10), se entiende que en derecho internacional se ha asumido que el principio de territorialidad no es absoluto, pues hay situaciones en que se admite la extraterritorialidad cuando vie-

para el ejercicio de la jurisdicción cuando estaba en juego la protección de los derechos fundamentales», Francisco Orrego Vicuña: «Inmunities diplomáticas y consulares y derechos humanos» en Santiago Benadaba (ed.): *Nuevos desarrollos del derecho internacional*, Jurídica, Chile, 1992.

24. El principio de universalidad tiene una larga historia, que se extiende, al menos, desde su reconocimiento en el Corpus Iuris Civilis (C.3.15.1). Fue aplicado en el derecho medieval y reconocido por los glosadores y varios juristas de la Edad Media y del Renacimiento, como Voet D'Argentré. La expresión misma nació en la práctica francesa y en la legislación germánica de los siglos XVI a XVIII. Los escritores clásicos de derecho internacional aprobaron el principio; así Grotius lo trató como una alternativa a la extradición y la exigió no solo como un derecho sino como un deber del Estado *aut dedere aut punire* (*De Jure Belli ac Pacis*, II, c.21. sec. 4, N° 1,3,8, 1625). También fue aprobada por Emerich de Vattel (*Le droit des gens*, I, c.19, par. 233, 1758). El principio ha sido recientemente incorporado a los modernos códigos penales, desde el código penal austríaco de 1803. Así se encuentra enunciado sin restricciones, esto es, en forma general: en el código penal austríaco de 1852, sección 39° y 40°; proyecto alemán de código penal de 1927, sección 7°; código penal húngaro de 1878, art. 9°; código penal italiano de 1930, art. 10°; código penal polaco de 1928, art. 10, sec. 1 y 2; proyecto de código penal rumano de 1928, art. 8 (que no contempla la extradición para los delitos de falsificación de moneda extranjera metálica o papel moneda, tráfico internacional de niños y mujeres, empleo intencional de cualquier medio para producir un peligro público, tráfico de sustancias estupefacientes, tráfico de publicaciones obscenas, piratería); código penal de Albania de 1927, art. 6 (Buzea: «Règle de droit penal et ses applications extraterritoriales» en *Revue de Droit Pénal* N° 8, 1931, pp. 125, 136-137, cit. por Harvard Law Research, pp. 574-575); ley de extradición argentina de 1885, art. 5; código penal búlgaro de 1896, art. 6; código penal turco de 1926, art. 6; código penal yugoslavo de 1929, art. 7.

25. M.N. Shaw: *International Law*, p. 359.

26. Gilbert Guillaume: *Terrorisme et droit international*, Hague Recueil des Cours, vol. 218, 1989, p. 348.

ne justificada por otro principio de derecho internacional. Muchos Estados tienen jurisdicción para tratar ofensas que han tomado lugar fuera de su territorio, y, por otra parte, ciertas personas son inmunes jurisdiccionalmente aunque estén en el territorio del Estado²⁷.

El principio de jurisdicción universal originalmente entregó competencias auxiliares. De hecho, no era aceptado hacia 1935 sino como la base de una competencia auxiliar, excepto respecto de la piratería²⁸. El principio de la universalidad, en tanto principio auxiliar, comienza a operar cuando la competencia original no ha sido aceptada, de manera que, en tales casos, la universalidad es esencial para prevenir la impunidad. Así Donnadieu de Vabres justificó en 1928 el principio: «Interviniendo, a despecho de cualquier otro Estado, para evitar, según un interés humanitario, una impunidad escandalosa» (*Les principes modernes du droit pénal international*, 1928, p. 135, [TE]).

En cuanto a la piratería, este constituye desde antiguo, un crimen contra el derecho internacional, al cual se ha asociado la universalidad de jurisdicción. En Inglaterra, C.J. Coke señaló en *King v. Marsch* (1615), 3 Bulstr. 27, 81 E.R. 23 que «pirata est hostis humani generis», puesto que la piratería atenta contra los intereses comunes y la conveniencia mutua de las naciones. Actualmente existe unanimidad al atribuir la competencia universal por piratería²⁹ (cosa que tiene sus correlatos modernos en la piratería aérea, sancionada en las convenciones de La Haya de 1970 y Montreal de 1971, suscritas y ratificadas por Chile).

Ya desde el siglo XIX se viene desarrollando otra senda de aplicación directa –además de la piratería– del principio de universalidad, que es la de otras ofensas excepcionales consideradas ataques a todo el orden internacional: trata de esclavos³⁰, trata de personas para prostitución³¹, tráfico de niños, de

27. M.N. Shaw: *International Law*, Grotius, Cambridge, segunda edición, 1986, p. 343. De allí que las mismas inmunidades de jurisdicción hayan de concebirse como excepciones al principio de territorialidad.

28. Harvard Law Research: «Introductory Comment to Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime» en *American Journal of International Law* vol. 29 N° 3, 7/1935, p. 445.

29. El artículo 9° establece que el Estado tiene jurisdicción respecto de un crimen cometido fuera de su territorio por un extranjero cuando constituya piratería bajo el derecho internacional. En la Draft Convention on Piracy de 1932, se indica que el derecho del Estado el cual ejercita la jurisdicción penal define el crimen, gobierna el procedimiento, y prescribe la penalidad (art. 14, N° 2). El derecho del Estado debe, sin embargo, asegurar la siguiente protección al acusado: a) El acusado debe tener un juicio justo ante un tribunal imparcial sin una dilación irrazonable; b) La persona acusada debe tener un trato humano durante su confinamiento pendiente el juicio; c) No pueden ser infligidas penas crueles e inusuales; d) No se puede discriminar contra los nacionales de un Estado (art. 14, N° 3). Un Estado puede interceder diplomáticamente para asegurar esta protección a uno de sus nacionales que es acusado en otro Estado (art. 14, N° 4).

30. La trata de esclavos fue prohibida internacionalmente por la convención del 8 de febrero de 1814, reproducida en el Congreso de Viena de 1815. La convención de 1841 asimiló la trata de esclavos a la piratería. Luego estuvieron el Acta del Congo de 1885 y el Acta General de Bruselas de 1890. La primera convención representativa es la de Ginebra de 1926 y la

narcóticos, infracciones graves en materia de comunicaciones radioeléctricas³², terrorismo y falsificación de circulante³³. Respecto de ellos Chile ha tendido a aceptar la jurisdicción universal, sea mediante un tratado internacional, o mediante una práctica legislativa interna –la existencia de un tratado no es prerrequisito de la aplicación del principio de universalidad³⁴. Se ha aceptado el principio de universalidad en los delitos internacionales de piratería (art. 6º Código Orgánico de Tribunales, Convención de derecho del mar de Montego Bay de 1982), falsificación de moneda nacional (art. 6º, Nº 5 del COT)³⁵, apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de Montreal de 1971). Por lo demás, si bien está justificada la afirmación de que la jurisdicción ejercida sobre un territorio y su población permanente es un corolario de la soberanía, lo es solo *prima facie*³⁶, es decir, en la medida en que no haya, en sus convenios o en su práctica legislativa interna, aceptado la extraterritorialidad, o bien que ésta no se le imponga como derecho consuetudinario o *ius cogens*.

Esta última situación³⁷ es la que sucede con las graves violaciones de los derechos humanos y la atribución de competencia universal respecto de ellos. El genocidio y los tratos inhumanos y degradantes (tortura) están tipificados, así como en general otras graves violaciones a la dignidad humana, a partir de la Carta del Tribunal Penal de Nuremberg, los principios de Nuremberg³⁸, las tres convenciones de Génova de 1949. Posterior o simultáneamente, diversos convenios internacionales han especificado las características de los llamados crímenes contra la humanidad (genocidio, tortura). Esos desarrollos son aptos para satisfacer a nivel internacional el principio penal de legalidad típica³⁹. En efecto, el derecho internacional ha venido reconociendo

convención suplementaria de abolición de esclavitud de 1956. Guillermo Fierro: *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 164 y ss.

31. Convenio de París de 1904 y 1910, Convenio de Ginebra de 1933, Convenio de la ONU de Lake Success de 1949.

32. Convenio de Montreaux de 1965.

33. Convención de Ginebra de 1929.

34. F.A. Mann: *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, Hague Recueil des Cours, vol. 111, 1964, p. 95.

35. Ernesto Artigas Villarroel: «Los delitos internacionales y su tratamiento jurídico-policial», memoria de prueba, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, U. de Chile, 1969, pp. 47 y ss.

36. Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 4ª edición, p. 287.

37. Lyal S. Sunga: *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, pp. 157 y ss. Para el desarrollo de las normas internacionales de derechos humanos como *ius cogens*, v. Javier Quel López y Fernández de Casadevante: *La lucha contra la tortura*, HAAE/IVAP, Bilbao, 1991, pp. 20 y ss.

38. Resolución 95/I, UN. Doc. A/CN. 4/22/1950.

39. En el artículo 4º de la Resolución 41/120 «Setting International Standards in the Field of Human Rights», la Asamblea de la ONU estableció cinco requisitos para que pueda emerger una regla de derechos humanos en derecho internacional: ser consistente con el cuerpo existente del derecho internacional de los derechos humanos; ser de carácter fundamental y derivados de la inherente dignidad y valor de la persona humana; ser suficientemente precisos para hacer nacer derechos y obligaciones identificables y practicables; proveer mecanismos de implementación realistas y efectivos, incluyendo sistemas de reportes; atraer

persistentemente desde fines de la Segunda Guerra Mundial, y aun antes de ella, principios dotados de la suficiente especificidad normativa proscribiendo los crímenes internacionales, y en especial los crímenes contra la humanidad. En todo caso, las conductas por las cuales se juzga a Pinochet se encontraban especificadas en el derecho internacional antes de 1973.

En cuanto a la retroactividad de la atribución de competencia universal para perseguir estos crímenes, hay que señalar que en tanto no se ha instalado un tribunal penal internacional, el derecho internacional confía en los órganos legislativos y judiciales estatales para proscribir y castigar los crímenes contra la humanidad⁴⁰. Esa tesis fue planteada en el caso Eichmann y ha sido ratificada por cortes norteamericanas, como en el caso Filartiga⁴¹. La Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction Light and Power, de 1970, sostuvo que ante el derecho internacional existen derechos respecto de los cuales todos los Estados pueden considerarse en posesión de un interés jurídico para que sean protegidos. De esta manera, el derecho internacional, aunque no establece la obligación de los Estados de perseguir con sus aparatos legislativo y judicial, sí los autoriza para establecer dentro de sus ordenamientos internos el principio de universalidad de jurisdicción. Sin embargo, aunque ese establecimiento sea posterior a la fecha de los hechos juzgados, lo único que realiza es operativizar un principio preexistente en derecho internacional; de manera tal que no se vulnera el principio de tipicidad legal previa del derecho penal en el caso Pinochet.

Para terminar, acerca de la inmunidad de que gozan los ex-jefes de Estado, una cuestión esencial del debate del caso Pinochet, constituyó el problema de si la inmunidad de un jefe de Estado cubre la comisión de crímenes contra la humanidad. Según el criterio de la defensa sí, pues la tortura, la toma de rehenes, etc. fueron realizados en ejercicio de las funciones públicas de Pinochet. Se trata entonces de determinar el criterio adecuado de distinción para señalar el alcance de la inmunidad del Estado, cuando ésta se comprende como relativa⁴². Según un criterio doctrinario, para distinguir un acto público (*iure imperii*) de uno privado (*iure gestionis*), hay que atender al marco legal vigente respecto a los poderes públicos⁴³, marco legal que fue claramen-

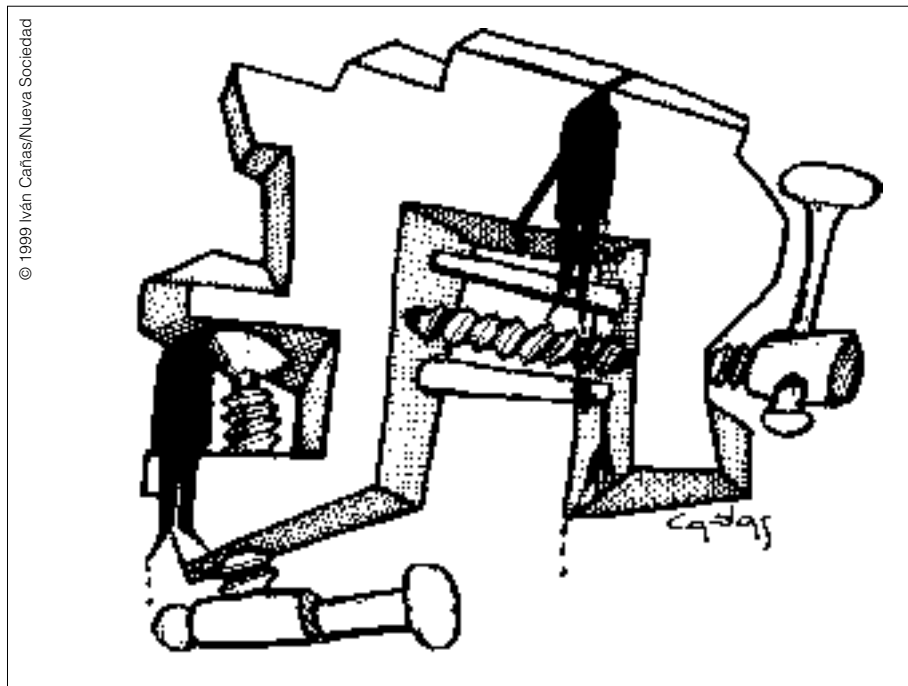
amplio apoyo internacional. Estos requisitos permiten identificar los bienes jurídicos que el derecho penal internacional de los derechos humanos protege. Por otro lado, la discusión acerca de la tipicidad legal previa de los crímenes contra la humanidad se efectuó ya en la corte militar internacional de Nuremberg. El Tribunal de Nuremberg señaló que el derecho internacional no es fruto de una práctica legislativa, y requería primero del reconocimiento de principios ya existentes antes de la comisión de los hechos. Cf. Cherif Bassiouni: «Crimes against Humanity» en Cherif M. Bassiouni: *International Criminal Law*, vol. III, Enforcement, pp. 58 y ss.

40. Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann (Dist. Ct. Jerusalem), 1961, *International Law Report* N° 5.

41. Filartiga v. Pena Irala, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980).

42. Esta es la tendencia de la legislación británica sobre inmunidad del Estado de 1978.

43. Sir A. Watts: *The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers*, Hague Recueil des Cours, Academie de Droit International, vol. 247, 1994, III, pp. 54-57; v. tb. Anne Muxart: «Immunité de l'ex-chef d'État et



te sobrepasado en el orden normativo chileno que consideraba en el Código Penal como actos ilícitos el asesinato, las lesiones de toda índole, el secuestro, el allanamiento, la interceptación de correspondencia.

El Act of State Immunity de Gran Bretaña (1978), según indica Brownlie, contiene un principio general de inmunidad con una serie de excepciones (entre las que está la de los acuerdos que han suscrito los Estados) que han de interpretarse ampliamente a la luz de los principios del derecho internacional⁴⁴. Dentro de esos principios se encuentra la prohibición de los crímenes contra la humanidad.

El accidente Pinochet: regreso o final en la redemocratización chilena

Más allá de la responsabilidad jurídica del Estado y el pueblo de Chile ante la comunidad de las naciones respecto del derecho internacional, sobre ambos recae una responsabilidad más amplia y, por lo demás, más importante. Se trata de decidir el destino que quieren darse como país. Dentro de los debates acerca del caso Pinochet, la posición indiferenciada de las elites nacionales⁴⁵, en la que se mezclan en síndrome ex-adherentes y ex-opositores a

compétence universelle: quelques réflexions a propos de l'affaire Pinochet» en *Actualité et droit international*, 12/1998, <www.ridi.org/adi>.

44. Ian Brownlie: ob. cit., p. 337.

45. Cf. Manuel Antonio Garretón: «Pinochet y las revanchas de la democratización incompleta» en Revista *Mensaje*, 1/1999, <www.mensaje.cl/ener1999/art1.htm>.

la dictadura, crea una situación que, acompañada del manejo desmesurado del monopolio de los medios de comunicación, la supina ignorancia de los voceros y las manifestaciones emocionales de los acólitos, nos lleva al peligro de la reaparición de cierto espíritu fascista⁴⁶ –con toda su retórica de la crueldad y su violencia naturalizada por la mayoría– en medio de una refundación democrática.

El inusual fragor de las declaraciones empresariales, castrenses –que nunca han sido tan deliberantes como ahora– y políticas han hecho emerger más miedos y tensiones en una sociedad civil presa de las desconfianzas propias de una modernización económica liberal. Esos miedos se retroalimentan con una cultura de rasgos muy represivos⁴⁷, poco tolerante⁴⁸ y no plenamente secularizada. El caso Pinochet entonces se revela como un peligroso caldo de cultivo, de tendencias que tienen, en algunos sentidos, un fértil terreno sembrado, y además protegido por los enclaves autoritarios institucionales. Sin embargo, creemos que también es fuerte la tendencia a comprender el reclamo de justicia planteado en el accidente Pinochet como parte de una exigencia mayor de redemocratización interna de Chile. Esa exigencia plantea la demanda no ya como una cuestión de oportunidad, sino de necesidad, cuya denegación no hace sino reforzar lo otro respecto del *ethos* democrático, esto es, el reinstalado espíritu fascista.

La reinterpretación de la política nacional en la gran diada fascismo o democracia, arriesga mucho, esto es, amenaza con la perpetuación de los enclaves autoritarios por generaciones, pero promete que, si triunfa el *ethos* democrático, podemos avanzar hacia una democracia ampliada y radical (una democracia que asegure un mayor bienestar a la gente para favorecer su plena ciudadanía). Esto requiere, por cierto, el apoyo de la mayoría del pueblo chileno, pues la democracia no opera de otra manera. Ni tampoco funciona sin actitudes decididas de sus líderes, que quizá es lo que más se ha extrañado en el caso Pinochet.

Considero que esta alternativa bipolar corre independientemente del resultado del fallo para Pinochet, el que sólo abrió la ventana. En fin, quiero recordar que el escritor chileno Roberto Bolaño, al regresar a Chile en la primavera de 1998, dijo con desenfadada ironía: «Me fui del país en 1974 en medio de un delirio neofascista, y ahora vuelvo y encuentro a este país en medio de un delirio neofascista. Nada ha cambiado aquí. Sin embargo, la democracia también provoca delirios. Se trata de saber cuál es la pasión más fuerte de los chilenos».

46. A. Uribe y M. Vicuña Navarro: ob. cit., pp. 148 y ss.

47. La libertad de expresión se encuentra muy limitada en este país.

48. La discriminación racial con las minorías étnicas que ha hecho estallar arduos conflictos en el sur a propósito del despojo de los mapuches, y el índice de violencia contra las mujeres y los niños muestran aspectos oscuros de la otrora llamada transición ejemplar.