

EL DELITO DE GENOCIDIO. ESPECIAL REFERENCIA AL “CASO PINOCHET”

Prof. Dr. José Ramón Serrano-Piedecabras

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Castilla – La Mancha

Versión publicada en CODEX, Salamanca, 1999

<http://www.cienciaspenales.net>

EL DELITO DE GENOCIDIO. ESPECIAL REFERENCIA AL “CASO PINOCHET”¹.

Al Profesor D. José Cerezo Mir.

Prof. Dr. José Ramón Serrano-Piedecasas
Catedrático de Derecho penal, UCLM

El 8 de octubre de 1999, el Magistrado del Tribunal Penal de Bow Street, Ronald Bartle, concedió la extradición a España del general y Senador Vitalicio Augusto Pinochet. El veredicto podrá ser apelado por ambas partes ante el Alto Tribunal de Justicia y después ante la Cámara de los Lores. El Magistrado de la Corona falló que aquél debe ser extraditado por 34 delitos de tortura en autoría y de otro de la misma especie por inducción o cooperación necesaria (“conspiración”). Además, el Juez amplía el campo de actuación judicial al mencionar la posible equiparación de la tortura con la desaparición de 1.198 personas, en razón de la “tortura mental” infligida a los familiares de los desaparecidos.

De esta forma, se confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Cámara de los Lores el 25 de Noviembre de 1998. En aquél entonces el Tribunal reconoció carácter de crimen internacional al delito de torturas presuntamente cometidos desde diciembre de 1988. La resolución en contra de su inmunidad se resolvió por tres votos a favor y dos en contra, permitiéndose así la continuación del proceso de extradición solicitado por el Juez de la Audiencia Nacional española Baltasar Garzón. En el fallo, la clase de delitos por los que se pedía la extradición - genocidio, terrorismo y torturas - quedó

¹ Una versión de este artículo fue publicada en CODEX, Salamanca, en 1999.

reducido al de torturas en virtud de que tanto Inglaterra, como España y Chile eran signatarios de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas adoptada el 10 de diciembre de 1984².

La decisión británica confirma con rotundidad las tesis sostenidas por la Audiencia Nacional³ acerca de la competencia de la jurisdicción española en el conocimiento de este tipo de delitos. Tesis defendidas en su día, y no sin que provocasen cierto desdén, por los Jueces Baltasar Garzón y Manuel García-Castellanos, así como por los cinco catedráticos firmantes del Dictamen “Contra la Impunidad”⁴.

El 3 de noviembre de 1998 el Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional pedía la extradición de Augusto Pinochet Ugarte por estar presuntamente imputado en la comisión de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas⁵. De ellos, quizás el más emblemático por su gravedad es el delito de genocidio. Por eso, la estrategia seguida por la defensa oficial y “oficiosa” centró su esfuerzo en desmontar tales acusaciones manejando tres clases de argumentos. En primer lugar, alegando la falta de competencia de la jurisdicción española; en segundo lugar, aduciendo la inmunidad del acusado dada su condición de Jefe de Estado al tiempo en que se cometieron tales actos; por último, argumentando que los grupos políticos objeto de exterminio no forman parte de los grupos humanos protegidos por la Convención contra el Genocidio.

Las dos primeras alegaciones se inscriben en el ámbito del derecho formal, se trata de cuestiones previas de procedimiento. La última, sin embargo, es penal, sustantiva, y posee en sí misma una proyección política de gran alcance. En efecto, lo que allí se está discutiendo es, nada más y nada menos, si cabe tutelar por vía de la Convención la supervivencia, integridad física, libertad sexual, de

² Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptado por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984

³ Sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 1998.

⁴ Dictamen “Contra la Impunidad” de 7 de octubre de 1998. Auspiciado por la Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas (FAJP) sobre la persecución de tribunales españoles de los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina.

⁵ Los Autos de Prisión fueron dictados con fechas de 16 y 18 de octubre de 1998 por este mismo Juzgado.

residencia, reproducción o género de vida, de aquellos grupos humanos que han carecido de la “suerte” de ser etiquetados como “grupo nacional, étnico, racial o religioso”⁶. Estas serán las cuestiones que trataré a continuación.

Primera cuestión: La jurisdicción de los Tribunales españoles en la persecución del delito de genocidio.

La Ley Orgánica española del Poder Judicial en su artículo 23 establece cuatro criterios básicos sobre los que se asienta la posibilidad de ejercer la jurisdicción en el orden penal. Tales criterios son los de territorialidad, personalidad activa, protección real y jurisdicción universal. Según el primero⁷, nuestra ley penal se aplicará a todos los hechos delictivos cometidos dentro del espacio de soberanía estatal sea cual fuere la nacionalidad del delincuente o los intereses que éste conculque. El principio personal⁸, sin embargo, atiende a la nacionalidad del delincuente con exclusión del territorio y de los intereses que se hubieran lesionado con la infracción, así como el origen de la víctima. El principio real o de protección⁹ extiende la jurisdicción a hechos delictivos perpetrados contra determinados intereses españoles sin que importe el país donde el delito ha sido cometido, ni la nacionalidad del delincuente o de la víctima. Por último, el principio de jurisdicción universal declara competentes a cualquier jurisdicción nacional en la persecución de determinado tipo de delitos con independencia del lugar, de la nacionalidad o de los intereses conculcados. En este sentido el artículo 23.4 de la LOPJ permite a la jurisdicción española conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando se trate de delitos tales como: genocidio, terrorismo, piratería, falsificación de moneda extranjera, prostitución, tráfico ilegal de drogas y

⁶ Véanse los arts. del Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio - al que España se adhiere el 13 de septiembre de 1968 - y 607 del Código penal español.

⁷ Artículo 23.1 LOPJ.

⁸ El principio aparece detallado en el artículo 23.2 LOPJ, que distingue entre los sujetos a los que atiende, las infracciones a las que va dirigido y los requisitos necesarios para su aplicación.

⁹ En el artículo 23.3 de la LOPJ se detallan las clases de intereses que permiten la aplicación de este principio.

cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, debe ser perseguido en España.

Pues bien, en el denominado “Informe Fungairiño”¹⁰ y en escritos del Ministerio Fiscal recurriendo el auto de admisión de la querrela y los autos de prisión¹¹ se afirma que ninguno de tales criterios confirma la jurisdicción española en la persecución de los responsables de los asesinatos, secuestros y desapariciones masivas de disidentes políticos, ocurridos durante las dictaduras militares de Chile y Argentina. No cabe duda que les asiste la razón cuando se refieren a los tres primeros principios antes examinados, no así respecto al de perseguibilidad internacional o protección universal.

El Ministerio Fiscal argumenta que los delitos se perpetraron antes de que entrase en vigor la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de fecha 1 de julio de 1985 y, por lo tanto, resultaría contrario al mandato de la Constitución “aplicar con efectos retroactivos una legislación orgánica que tiene transcendencia punitiva”. Por ello, la ley aplicable sería la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 vigente en el momento de ocurrir los hechos. Ahora bien, dado que en la citada ley no se menciona expresamente el delito de genocidio, se concluye en la falta de jurisdicción.

Las razones aducidas son poco consistentes. Si el delito de genocidio con tal “*nomen iuris*” no existía en 1870, si existía en 1971. Ya que, mediante Ley 47/71 de 15 de Noviembre, se le incluye en el artículo 137 bis del anterior Código penal. Es decir, con anterioridad a que se produjere el golpe militar en Chile. Por lo que, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 - a partir de 1971 - como la de 1985 - la vigente -, prevén la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas.

Además, el Ministerio Fiscal invoca otra razón. El artículo 6 de la Convención contra el Genocidio establece que las personas acusadas de genocidio

¹⁰ Se trata de una nota redactada el 2 de octubre de 1997 como respuesta a la tramitación de actuaciones judiciales por parte de los Juzgados Centrales de Instrucción Quinto y Sexto.

serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte Penal Internacional que sea competente (Tribunal *ad hoc*); lo que viene a excluir la jurisdicción de los jueces y tribunales de España.

Merece la pena detenernos a tratar esta importante cuestión. En el orden jurídico internacional los Estados tienen dos obligaciones fundamentales con relación a la existencia de grupos humanos. La primera consiste en la prohibición de realizar actos de genocidio y la segunda en un mandato dirigido a los Estados de ejecutar las acciones necesarias para prevenir y sancionar estas prácticas.

La Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas considera que el castigo del delito de genocidio es un asunto de interés internacional, y afirma que conforme a este Derecho es un crimen condenado por el mundo civilizado. Esta declaración se reproduce en el artículo primero de la Convención contra el Genocidio, según el cual las partes contratantes confirman que este delito cometido en tiempos de paz o en tiempos de guerra es un delito de Derecho Internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar.

Por lo tanto, el genocidio como delito implica el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de una obligación cuya violación genera responsabilidad para el Estado infractor. Se trata de una norma imperativa (*ius cogens*) aceptada y reconocida por aquella. Norma que no admite acuerdo en contrario y sólo puede ser modificada por vía de una norma ulterior de Derecho Internacional de las mismas características¹².

Es por eso, que el Tribunal Internacional de Justicia en un Dictamen relativo a las reservas de la Convención sobre el Genocidio consideraba que de la Resolución 96(I) y de los trabajos preparatorios del Convenio son deducibles dos importantes consecuencias:

¹¹ Se admite a trámite la querrela el 16 de octubre de 1998 y los Autos de Prisión son de fechas 18 y 20 de octubre del mismo año.

¹² Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (art. 53).

1) Los principios recogidos por la Convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso fuera del vínculo convencional. Nótese que la prohibición del genocidio encuentra su origen en el Derecho consuetudinario internacional.

2) Se reconoce no sólo el carácter universal de la condena del genocidio, sino también el de la cooperación requerida para librar a la humanidad de un flagelo tan odioso¹³

Así pues, el contenido imperativo de la norma en el plano internacional exige su cumplimiento universal y obligatorio (*erga omnes*). Contenido, que en el ámbito sustantivo, implica la superación del relativismo tradicional del Derecho internacional que negaba la existencia de las normas vinculantes con carácter universal; y en el procesal, legitima a todos los Estados para reclamar el cumplimiento de esta obligación.

Abundando en estos argumentos, el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya tiene establecido que los principios en que se basa el Convenio contra el Genocidio son principios reconocidos por las naciones civilizadas, como obligatorios para los Estados incluso al margen de todo vínculo tradicional. En el mismo sentido, la totalidad de los tratadistas reconoce la directa vigencia del principio de protección universal en materia de jurisdicción sobre este tipo de delitos¹⁴.

Esta vocación de universalidad es la que ha llevado al legislador español a incluir el delito de genocidio entre los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado del anterior Código penal y a la redacción del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵. Orientación que choca frontalmente con los argumentos aducidos durante el período preparatorio de la Convención, en el sentido de que la aceptación expresa del principio de jurisdicción universal, en

¹³ Dictamen 28 de mayo, CIJ Recueil 1951.

¹⁴ Por todos vid. Cherit Bassioni, International Criminal Law Crimes, 1986, págs. 274 y ss.

¹⁵ Véase Auto de Solicitud de Extradición de Pinochet de 3 de noviembre de 1998. Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio al que España se adhiere el 13 de septiembre de 1968

lugar del de territorialidad, llevaría a convertir a los Tribunales de un Estado en jueces de la conducta observada por un gobierno extranjero, provocando de esta manera una inadmisibles injerencia en su soberanía. Esta clase de razonamientos se sustenta desde una concepción totalitaria de la soberanía nacional. Los conceptos de fronteras, territorio y soberanía nunca pueden constituirse en obstáculos de la investigación penal. Resulta irrisorio que los mismos gobernantes que por un lado defienden con ardor la irrestricta circulación de capitales y mercancías invoquen por otro la intangibilidad soberana, cuando se trata de proteger a los que desde el propio Estado planificaron y ejecutaron el exterminio de amplios sectores de la población.

Así pues, frente a los argumentos empleados por el Ministerio Fiscal o por el Gobierno chileno contrario al enjuiciamiento en España del ex dictador, cabe responder que la Convención, si bien dice que las partes signatarias tienen la obligación de castigar los actos de genocidio ocurridos en su territorio, nada indica acerca de la posibilidad de que el Estado en el ejercicio de su soberanía pueda ampliar el ámbito de su jurisdicción en la persecución del genocidio. Por eso, el Derecho español en virtud del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el alemán de acuerdo con el parágrafo §6 del StGB alemán y el derecho del Estado de Israel según la Ley 5710/50, se declaran competentes para conocer los comportamientos genocidas cometidos por nacionales o extranjeros fuera de su territorio.

¿Podría ser esto de otro modo?. ¿Tiene razón la defensa de Pinochet cuando alega que no puede aceptar que la conducta imputada según la legislación española sea un delito extraditable?. De ser ello así, nunca nadie podría ser extraditado en tanto que no hubiera sido enjuiciado y condenado en el país requerido. Como se afirma en el fallo de Bow Street: “A los efectos del proceso, la conducta o los hechos son los presentados en la demanda de extradición; la ley relevante del Estado demandante es aquella presentada en la demanda de extradición”

Segunda Cuestión: La inmunidad de los Jefes de Estado respecto al delito de genocidio cometido durante el ejercicio de sus funciones.

El asunto Pinochet ha conmovido profundamente la opinión pública mundial. Amplios sectores de la ciudadanía han tomado conciencia de que el genocidio, la tortura, el secuestro y los crímenes contra la humanidad son crímenes internacionales merecedores de castigo. Por eso, parece difícil mantener que la comisión de unos crímenes tan atroces puedan considerarse como actos realizados en el desempeño de las funciones de un Jefe de Estado.

No es aceptable sostener que existan personas por encima de la ley en una comunidad de Estados que, al menos formalmente, se dicen democráticos y de Derecho. El artículo 14 de nuestra Constitución, inspirado en la Declaración de los Derechos Humanos, prescribe: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. No obstante, sobre estas premisas programáticas ocurre que determinadas personas en razón de la función pública que representan y a la institución a la que pertenecen pueden quedar bajo determinadas condiciones excluidas de ciertos efectos de la Ley penal en su vertiente sustantiva o con respecto a la jurisdicción punitiva. Así acontece con las exenciones, inmunidades e inviolabilidades.

En este orden de cosas, nuestra legislación reconoce algunas inmunidades de carácter procesal que afectan esencialmente a los parlamentarios del Estado español. En este sentido el artículo 71.2 de la Constitución establece que “durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados, ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”. Pues bien, la fiscalía entiende que a Pinochet hubiera debido reconocérsele la especial situación de aforamiento dada su condición de “Senador Vitalicio”. Resulta al menos chocante que el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional desconozca que tal petición es contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Constitución Española, al Reglamento del Senado y a la propia doctrina de la

Sala Segunda del tribunal Supremo¹⁶. En efecto, la misma dice que: "...el llamado aforamiento jamás debe ser entendido como privilegio, sino como garantía de determinadas funciones, de aquellas especialmente relevantes, y de la propia sociedad y que sirve al bien común, conforme a los principios y fundamentos constitucionales...". En otros términos, lo que allí se dice es: primero, que el Senador debe ser español; segundo, que debe estar ejerciendo tal cargo en España; y tercero, que nuestra normativa y jurisprudencia rechaza como antidemocrática la figura de "Senador Vitalicio"¹⁷.

También la Fiscalía aduce la inmunidad de Pinochet respecto de la presunta comisión de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas dada su condición de Jefe de Estado. Tampoco aquella tiene razón. La tal mentada inmunidad no existe en el ordenamiento jurídico español, ni cuenta con apoyo alguno en la legislación internacional aplicable y que vincula tanto a España como al Reino Unido. En este punto remito al lector a las consideraciones hechas en otra parte de esta monografía sobre el tema. Por lo tanto me limitaré a tratar la cuestión de la inmunidad soberana sólo en relación con el delito de genocidio.

El marco adecuado de reflexión queda configurado de la siguiente manera: primero, Pinochet se convirtió en Jefe de Estado al derrocar por la fuerza a un Gobierno democráticamente elegido; segundo, los crímenes que se le imputan son crímenes contemplados en el Derecho Internacional; tercero, cuando fueron cometidos estos crímenes también se violó la legislación penal chilena; cuarto, la amnistía no procede cuando los actos amnistiados constituyen delitos de carácter internacional.

Como decía, es en este contexto donde deben sopesarse los argumentos a favor y en contra de la inmunidad. No fueron éstas, sin embargo las premisas manejadas por la Fiscalía y la Alta Corte de Justicia del Reino Unido¹⁸. Corte que

¹⁶ Artículo 57 LOPJ, artículo 71.3 CE, artículos 31 y 22 RSE, Rollo de Sala 160/95 TS.

¹⁷ Véase Auto de solicitud de extradición de Pinochet, 3.11.98. En Resolución B-0194, 0235 y 3246/1988 del Parlamento Europeo, se repudia la intención del General Pinochet de tomar posesión como Senador Vitalicio, cosa que finalmente hizo.

¹⁸ Véase Sentencia de 28 de octubre de 1998 de la High Court of Justice apelada y rechazada por el Tribunal de la Cámara de los Lores sobre la inmunidad del General Pinochet de 25 de noviembre de 1998

falló, como es sabido, a favor de la inmunidad de Pinochet. En efecto, el Lord Presidente de aquella interpretó que el artículo 39.2 del Acta de Inmunidad de Estado de 1978 –aplicable en el Reino Unido- incluía a “todos los actos realizadas por la pretendida autoridad pública en Chile”¹⁹. Reconociendo, sin embargo, que el mencionado artículo: “era una norma de compromiso internacional destinada a evitar que un Estado pudiera juzgar el comportamiento soberano de otro”. Este es, por el contrario, el marco elegido por aquellos para debatir el asunto de la inmunidad del General: la razón de Estado. Como no podía ser menos, los “intereses superiores” primaron en aquella ocasión sobre los derechos de las víctimas en su demanda de justicia.

Días después, el Tribunal de la Cámara de los Lores dicta una sentencia no exenta de ciertos tintes salomónicos. Desconoce la inmunidad respecto de los delitos de genocidio y terrorismo admitiéndola, sin embargo, para un solo delito de torturas. En todo caso, y esto es lo esencial, el fallo no cerró la puerta a la continuación del proceso de extradición.

En relación con el genocidio, el Tribunal de Apelaciones maneja dos argumentos: por una parte, interpreta el artículo 6 de la Convención sobre el Genocidio en el sentido de que limita la jurisdicción a un Tribunal que se encuentre en el territorio en el que se cometieron los hechos; y por otra, entiende que la disposición por la que se excluye la inmunidad respecto del genocidio - artículo 4 - no se incorporó al Estatuto cuando se le concedió efecto parcial a aquella Convención en el Reino Unido. En virtud de estos razonamientos, el Tribunal descarta el delito de genocidio de la solicitud de extradición efectuada por el Gobierno de España a las Autoridades Británicas. En otras palabras, la comisión de un delito de genocidio fuera de Inglaterra carece de la menor relevancia frente a una orden de detención vinculada a un procedimiento de extradición.

Respecto de la reserva hecha al artículo cuarto del Convenio, reproduzco las consideraciones hechas más arriba con relación al carácter internacional del

¹⁹ Véase Opinions of the Lords of appeal for judgment in the cause Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX parte Pinochet. (25.11.98).

crimen de genocidio y a la plena vigencia del principio de justicia universal. En cuanto a la segunda cuestión hay que reconocer que la inmunidad soberana, sin ser obligatoria en el Derecho internacional, se otorga como cortesía internacional recíproca para impedir que los gobiernos extranjeros sean sujetos a la jurisdicción de otros países. No obstante, muchas autoridades de tribunales extranjeros mantienen en la actualidad que los actos de los Estados que representen una clara violación del Derecho internacional no tienen derecho a la protección de la doctrina del Acto de Estado.

En este sentido, dado que los tribunales ingleses tienen una amplia tradición de interpretar que el Derecho interno es compatible con el internacional, hubiera sido perfectamente posible hacer compatibles la famosa Acta de Inmunidad de Estado con el Derecho Penal Internacional. Esa fue, precisamente, la conducta seguida por el Reino Unido en el caso del Almirante Karl Dönit, Jefe del estado Mayor alemán, o con Rudolf Hess, que fue detenido en Inglaterra, siendo ambos entregados al Tribunal de Nüremberg sin que pudieran acogerse al principio de Inmunidad soberana. Más llamativa resulta aún la actitud del Gobierno inglés que objetó la reserva realizada por el Gobierno filipino respecto del artículo 4 del Convenio contra el Genocidio el cual establece, como sabemos, la obligación de castigar por este delito incluso a los gobernantes²⁰. En fin, constátese como la coyuntura política determina lamentablemente el ánimo del juzgador. En aquel entonces no se trataba de decidir la suerte de alguien que hubiera servido a los intereses británicos como sucedió en la guerra de Las Malvinas.

El Informe Whitaker asevera que el Convenio contra el Genocidio entró en el Reino Unido con pleno vigor el 12 de enero de 1951. Por lo tanto, la vigencia del Convenio en un determinado país no puede hacerse depender de las particularidades de su legislación interna, sino de si la ratificó o se adhirió a ella o si desde entonces la ha denunciado formalmente, cosa que nunca llegó a hacer el Reino Unido. Este argumento, esgrimido en el Auto de solicitud de Pinochet por

²⁰ Véase Auto de solicitud de extradición de Pinochet.

el Juez Baltasar Garzón, era el que deberían haber manejado algunos de los cinco Lores que componían la Cámara del Tribunal de Apelaciones.

Tercera Cuestión: ¿El exterminio de los grupos políticos constituye un delito de genocidio?.

Las obligaciones relativas a la prevención y sanción del genocidio se han traducido en responsabilidades específicas concretadas por vía del Derecho consuetudinario. Por eso la Convención supuso un avance substancial en la protección del derecho de existencia de grupos humanos al establecer una serie de obligaciones concretas que permiten una tutela más eficaz.

Las obligaciones impuestas a los Estados por la Convención se pueden resumir en un mandato general de “castigar” los actos definidos por la Convención como genocidio. Tal mandato se traduce asimismo en los siguientes deberes:

- 1) Incorporar al Derecho de los signatarios disposiciones encaminadas a hacer efectivos los preceptos de la Convención
- 2) La obligación de juzgar a los autores de genocidio.
- 3) No considerar el genocidio como delito político.
- 4) Adecuar la normativa interna a efectos de que la prescripción de la acción penal o de la pena no alcance al genocidio.

En relación con la segunda obligación mencionada, el legislador español incorpora al Código penal el castigo de los actos de genocidio. En 1968, España se adhiere al Convenio contra el Genocidio, y en 1971, entra el delito en la Parte Especial del Código penal entonces vigente, en el artículo 137 bis , como delito contra el Derecho de Gentes, definiéndolo en estos 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 continuaba el Código español de la época describiendo la naturaleza de estos actos (muertes, lesiones, sometimiento a condiciones de existencia que hagan peligrar la vida o perturben gravemente la salud, desplazamientos forzosos y otros). En 1983, por vía de la Reforma Parcial y Urgente del Código penal, se sustituiría en el citado artículo la

palabra “social” por “racial” acomodando así su redacción a la literalidad del artículo segundo del Convenio contra el Genocidio. Por último, en términos similares se redacta el artículo 607 del Código penal vigente²¹.

En los hechos reseñados en el Auto de Prisión dictado el 18 de octubre de 1998 por la Audiencia Nacional contra Augusto Pinochet Ugarte se fija el marco típico del cual se deduce su responsabilidad penal por la comisión de delito de genocidio, terrorismo y torturas. Merece la pena reproducir alguno de esos pasajes.

“De lo actuado se desprende que en Chile, desde septiembre de 1973, y al igual que en la República Argentina a partir de 1976, se producen una serie de acontecimientos y actividades delictivas cometidos bajo el manto de la más feroz represión ideológica contra los ciudadanos y residentes de estos países. Para el desarrollo de las mismas se siguen planes y consignas preestablecidas desde las estructuras del poder, que tienen como fin la eliminación física, la desaparición, secuestro, previa práctica generalizada de tortura de miles de personas, tal como se relata en el “Informe Rettig”. En el contexto descrito el imputado aparece como uno de los responsables máximos del “Plan Cóndor” en el que intervienen diferentes países, entre ellos Chile y Argentina, y que tiene por objeto “coordinar la acción represiva entre ellos”. Organización internacional, “que concibió, desarrolló y ejecutó un plan sistemático de detenciones ilegales, torturas, desplazamientos forzosos de personas, asesinatos y desaparición de numerosas personas, incluyendo a ciudadanos de Argentina, España, Reino Unido, Estados Unidos, Chile y otros estados, en diferentes países con la finalidad de alcanzar los objetivos políticos y económicos de la conspiración, exterminar a la oposición política y múltiples personas por razones ideológicas”. Seguidamente, el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional pasa a detallar los casos concretos que conforman la base de la acusación.

²¹ El Código penal vigente recoge asimismo en el artículo 607 la apología del genocidio introducida por el legislador en la última reforma de 1995 del CPTR.

En el recurso interpuesto por la Fiscalía de la Audiencia Nacional al Auto de Prisión y en el famoso “Informe Fungairiño” se cuestiona la tipificación de los hechos mencionados como constitutivos de un delito de genocidio. Los argumentos que se manejan son en esencia los siguientes:

Primero: Las víctimas, los sujetos pasivos de tales actos, no pueden encuadrarse dentro de los cuatro grupos – nacional, étnico, racial, religioso - que menciona nuestro Código penal.

Segundo.- No resulta posible tal inclusión en el artículo 137 bis CPTR o 607 CP dado que el exterminio ordenado por los militares argentinos y chilenos no estuvo motivado por la pertenencia de las víctimas a tales grupos.

Se trata de una interpretación del tipo, es decir de la descripción de la conducta genocida recogida en la norma, en virtud de la cual la motivación del agente se toma como criterio de selección para decidir si la víctima puede o no encuadrarse dentro de alguno de los cuatro grupos descritos en su vertiente objetiva. En otras palabras, dado que se extermina al grupo humano por razones distintas a su color de piel, su pertenencia a una religión, cultura o nacionalidad, se concluye que tales prácticas son ajenas al contenido de los artículos que tanto el Código penal derogado, el que regía al tiempo de la realización de los hechos, como el vigente dedicaban al genocidio.

Que esto es así, lo confirman las insuperables consideraciones que al respecto se vierten en el Informe Fungairiño. “No surge - dice el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional – de los datos que se poseen, que los exterminios ordenados por los militares argentinos y chilenos estuviesen motivados por la pertenencia de las víctimas a esos grupos”. Sino más bien, se permite instruirnos, la motivación de la criminal actuación de las Juntas militares fue “la venganza frente a los atentados terroristas de los montoneros”, en el caso de los argentinos y “la creencia de que el régimen de Salvador Allende acabaría con las estructuras políticas tradicionales” en el caso de los chilenos. La guinda viene más adelante: “Es discutible.... que la finalidad del exterminio de la disidencia política fuera la subversión del orden constitucional, no cabe olvidar que las Juntas Militares no pretendían sino la sustitución temporal del orden constitucional establecido,

mediante acta institucional que tenía por objeto, precisamente, subsanar las insuficiencias de que ese orden adolecía para mantener la paz pública”.

No sólo se trata de una desafortunada aplicación de la teoría del delito en la interpretación de la tipicidad del delito de genocidio, sino que además se lleva a cabo desde una perspectiva político criminal en absoluto acorde con los principios democráticos que deben informar el quehacer del jurista.

En el Estado de Derecho el principio de legalidad significa el sometimiento de los órganos estatales a las leyes. Así lo reconocen la mayoría de los textos constitucionales, incluido el español. El ejercicio de este principio genera efectos pasivos y activos. El efecto pasivo consiste en que las posibilidades de acción y decisión de la administración pública y de la justicia se restringen en favor de la libertad y seguridad individual. El ejercicio estatal del poder tiene que ser controlable por parte de cada ciudadano mediante el examen de su legalidad. A su vez, existen otros efectos activos de suerte que, dentro del marco de la ley, el Estado está obligado a administrar la "*res publica*" e impartir justicia sin discriminar al ciudadano por razón de sus ideas, creencias, sexo o fortuna. Legalidad y legitimidad son dos conceptos distintos aunque interdependientes. Un orden es legítimo cuando está jurídicamente reconocido y es legal cuando posee un fundamento legal. La legitimidad está orientada al Derecho y la legalidad, por el contrario, sólo a la Ley. La legitimidad de un régimen político descansa sobre su juridicidad, y la legalidad sobre la concordancia de aquella con el Derecho positivo.

Es frecuente, que transitoriamente en un país la legalidad sea antijurídica. Es decir, se sancionan leyes antijurídicas que, sin embargo, los jueces aplican escrupulosamente. Fue el caso de España durante la época franquista o de Chile y Argentina con sus Juntas Militares. Un golpe de Estado que derriba por la fuerza a un Gobierno elegido democráticamente se coloca inexorablemente fuera de la legitimidad, más allá de los propósitos que animaron a esos militares en su aventura. Los presupuestos de igualdad, libertad y justicia ante la Ley son dogmas formales vacíos de contenido sino se crean incesantemente las condiciones necesarias para alcanzarlos. No debemos pensar que su reconocimiento

constitucional conforma el punto de partida del sistema jurídico y político de un país, sino más bien el punto de llegada. Por eso, no se puede creer en aquellos que prometen salvar el orden democrático al tiempo que destruyen sin compasión el existente. Y, por eso, resulta difícil de justificar en la España de hoy las opiniones vertidas por la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

Como ya se apuntó más arriba el tipo consiste en la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en la norma penal. El mismo está compuesto de una vertiente objetiva y de una vertiente subjetiva. En la primera, se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho; en la segunda, se describe el contenido de la voluntad que rige la acción, es decir el dolo. Por ejemplo, en el artículo 607 del Código penal serían términos objetivos: “destruir total o parcialmente”, “grupo nacional, étnico, racial o religioso”, etc.; y el elemento subjetivo se refiere al “propósito” de destruir los mencionados grupos.

La Fiscalía, recordemos, argumentaba que el exterminio total o parcial del grupo no fue *motivado* en razón de las particulares señas de identidad exigidas en la Ley a tales grupos humanos, sino por razones políticas; y dado que los grupos políticos están excluidos del artículo segundo del Convenio contra el Genocidio y de nuestro propio Derecho penal, las actuaciones, concluye, de los Gobiernos militares chileno y argentino no son constitutivas del delito de genocidio.

En el dolo cabe distinguir la doble dimensión de conocimiento y voluntad. Sólo el que sabe lo que ocurre puede querer que ocurra, es decir aplicar su voluntad a conseguir un determinado objetivo. En el dolo directo predomina el elemento voluntativo: el autor persigue sin titubeos la realización del tipo. Por eso, el legislador emplea la palabra “propósito” en el artículo 607 y 137 bis, de ahí que la vertiente subjetiva del tipo resulte extraordinariamente potenciada, de suerte que el delito se comete aún cuando la conducta en sí no tenga objetivamente virtualidad suficiente para lograr la destrucción del grupo. Ahora bien, una cosa es la “intención” y otra muy distinta el “fin” que mueve esa actuación. En otros términos, una cosa es la “voluntad” de realizar el hecho criminal y otra el “móvil” que lleva al autor a perpetrarlo. Al Derecho penal sólo

le interesa la voluntad exteriorizada en la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico – vida, propiedad, libertad sexual, etc. - y no el móvil.

En efecto, al Juez lo único que le preocupa es establecer la presencia del dolo, comprobar que el autor del homicidio conoció y quiso dar muerte “a otro” (art.138 CP), siendo intrascendente si la acción estuvo inspirada por la venganza, el interés o la piedad. Asimismo, en el tipo del delito de genocidio, al Juez lo que le interesa es comprobar que sus autores querían “destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso” (art.607 CP) y no, si lo hicieron *motivados* por los sentimientos de odio o de venganza que suscitan la pertenencia de las víctimas a tal etnia, religión, raza o nación. La discriminación responde siempre a intereses económicos, al igual que su manifestación más extrema: el genocidio. Que la misma luego se “racionalice” mediante consideraciones relativas al credo, color de la piel, exotismo cultural o distinta nacionalidad del “enemigo” no dejan de ser datos superfluos.

También la opinión mayoritaria de la doctrina española considera intrascendente la concurrencia de un ánimo específico en el tipo subjetivo del genocidio. Por todo lo expresado, se concluye que el Ministerio Fiscal en su recurso al Auto de Prisión no tiene razón al afirmar que el tipo del genocidio incluye un elemento subjetivo añadido al dolo. Descartar como genocidas los actos perpetrados por Pinochet y sus colaboradores en Chile aduciendo que los mismos tuvieron una finalidad política no son de recibo. El operativo Cóndor certifica que junto a otros Gobiernos militares del Cono Sur, el de Chile planeó y ejecutó dolosamente el exterminio parcial de un grupo humano integrado, no sólo por militantes de izquierda, sino también por sus familiares, amigos, o simplemente por aquellos que ejercían actividades de cooperación social, o sindical o cristianos comprometidos de base.

El problema que a continuación se plantea consiste en reflexionar acerca de si tal colectivo puede subsumirse en alguno de los cuatro grupos mencionados en la ley: el nacional, étnico, racial o religioso. La discusión se plantea ahora en el ámbito del tipo objetivo.

A la pregunta de si los grupos políticos pueden ser considerados sujetos pasivos del delito de genocidio la respuesta es no. Aunque nos parezca falto de toda lógica tal discriminación legal, hay que aceptarla. El principio de legalidad así nos lo exige: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración” (art.1 CP). El exterminio total o parcial de un grupo político no está previsto como un supuesto de genocidio en el Código penal, en consecuencia, si queremos que el acto no quede impune tendrá el Juez que tratarlo como un conjunto de asesinatos, lesiones, agresiones sexuales, etc. con sujeción a las reglas generales de la prescripción de los delitos y a las limitaciones jurisdiccionales propias de los delitos comunes. De esta forma, esos colectivos humanos resultan excluidos de la especial tutela que les ofrece la Convención contra el Genocidio y por la normativa que plasma tales acuerdos en los respectivos ordenamientos internos.

¿Cuál es la razón de tal estado de cosas?. En su origen, la selección de los grupos susceptibles de protección internacional frente a las prácticas genocidas se inspiró en razones políticas del momento. En efecto, la III Asamblea de la ONU confía a la VI Comisión, el 20 de noviembre de 1947, la elaboración definitiva del Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio. En el transcurso del debate se rechaza la enmienda presentada por los Estados Unidos (A/C 6/214) que sugiere incluir a los grupos políticos como objeto de protección. En su contra, la extinta representación de la Unión Soviética propone el establecimiento de un “criterio objetivo” estimando que “las cualidades subjetivas de los individuos, no identificables en sí, no pueden ser retenidas a los fines de la Convención” (¿cómo si pudiera objetivarse la pertenencia a un credo determinado?). Controversia que se encuadra en los inicios de la llamada “guerra fría” y en pleno período de purgas stalinistas y represión de las diversas nacionalidades que no aceptaban de buen grado su integración en la Unión Soviética. Asimismo, las delegaciones de Egipto y Perú se oponen a la enmienda ya que “extender la protección a los grupos políticos supondría sembrar un germen de inquietud entre los Estados”. En fin, la inclusión de este grupo en los primeros proyectos del Convenio se consideró como uno de los obstáculos más graves a fin de llegar a un acuerdo sobre la extensión de la jurisdicción internacional.

La exclusión de estos grupos del artículo segundo del Convenio obedeció a exclusivas razones políticas. “Esta limitación, afirma Cherif Bassiouni, de la tutela brindada por el Convenio, sólo puede entenderse desde la perspectiva y el interés de ciertos Estados, que desean excluir estas categorías de víctimas potenciales para alcanzar a través de la violencia sus intereses políticos sin incurrir en responsabilidad criminal”²².

Ahora bien, ¿los miles y miles de personas desaparecidas o asesinadas en Chile y Argentina - los menos integrantes de partidos de izquierdas y los más simples simpatizantes, familiares, amigos o religiosos – constituyen un grupo político o pueden encuadrarse en alguno de los cuatro grupos reconocidos legalmente?. Nuestra opinión es que los mismos no conforman un grupo político en sentido estricto y sí un “grupo nacional”.

Los términos “nacional”, “étnico”, “racial” o “religioso” son elementos normativos del tipo. Es decir, elementos que deben ser valorados en última instancia por la jurisprudencia. Los cuales al no estar definidos por la ley no vinculan la decisión del juzgador. Se trata, empleando el lenguaje de la moderna lógica formal, de “explicaciones de signos” (Zeichenerklärungen) y tienen como único cometido establecer con exactitud un “uso lingüístico”. Resulta fácil comprender que no se exige aquí ningún criterio de verdad, sino de adecuación al referente sociológico o legal utilizado. Por eso, la tarea que se nos presenta es tratar de acotar esos “usos de lenguaje” a los efectos de decidir que significado tiene en *la actualidad* la expresión grupo “nacional”.

En el artículo primero de la Constitución Española se dice que: “La soberanía nacional reside en el *pueblo español* del que emanan los poderes del Estado”. El esclarecimiento de este término puede resultarnos útil respecto a la delimitación del concepto de “nación”. No obstante, la tarea se complica dado su contenido nítidamente cultural. En efecto, etnia etimológicamente proviene del griego y significa “pueblo” y es “una comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas y culturales”²³, y étnico significa “perteneciente a una

²² Cherif Bassiouni “Nouvelles Études Pénales”, AIDP 1993.

²³ Diccionario de Ciencias Sociales II. Madrid, Instituto de Ciencias Políticas. 1976. Pág.840.

nación, raza o cultura”. De la misma manera “nación” es “un grupo aglutinado por diversos elementos étnicos, lingüísticos y religiosos”²⁴. Y un pueblo es “todo grupo étnico, que posee un territorio determinado en el que vive la mayoría de sus miembros”. Quizás, este desalentador panorama semántico, encontraría cierta solución si consideráramos, que el origen de este galimatías reside en la identificación de pueblo y nación con la población de un Estado o con el Estado mismo²⁵.

Desde esta perspectiva “pueblo” significaría conjunto de la sociedad civil o agrupación humana unida por una historia y cultura comunes. La primera acepción, posee un contenido formal y parece que es la empleada en el Preámbulo de nuestra Constitución. “Las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente Constitución”. Es decir, refiriéndose a la población que está sometida a la jurisdicción del Estado y que legitima su gobierno delegando en él su autoridad. La segunda acepción, de contenido material se refiere a comunidades humanas que a través de sucesivas generaciones han compartido un idioma y una cultura común. Ambos sentidos pueden referirse a la misma población. No obstante, la realidad histórica nos indica que tal situación es rara. Los Estados culturalmente homogéneos son una minoría en el actual panorama mundial, lo frecuente es encontrar Estados que aglutinan sociedades de origen cultural y étnico diverso. Argentina y Chile son ejemplos de este tipo de sociedades en las cuales, junto a minorías autóctonas, conviven ciudadanos provenientes de todos los rincones del mundo llegados allí en sucesivas oleadas de inmigrantes.

Resulta muy grato al discurso nacionalista hablar de una “ascendencia común” como uno de los elementos que procuran la cohesión de los pueblos. Sin embargo, esta pretensión no pasa de ser un mito. De acuerdo con los postulados sociobiológicos, un pueblo, en esencia conforma un grupo racial, una comunidad unida por características externas, somáticas, todas ellas heredadas. No obstante, la composición genética carece de valor descriptivo. La imposibilidad de identificación proviene de que la distribución hereditaria de fenotipos no se

²⁴ Ibid. Pág.302.

²⁵ En este punto he seguido los comentarios que vierte la doctoranda Claudia Paz Bailey en la Tesis sobre “Genocidio” que tengo la fortuna de dirigir.

realiza dentro de límites claros. De tal manera que existe una mayor variación de rasgos dentro de un mismo grupo racial que entre grupos raciales. En la actualidad, resulta por completo ingenuo pensar que la “raza” describe a un grupo genéticamente homogéneo. No es así. Lo que hoy se entiende por “grupo racial” es una comunidad de personas que han logrado un determinado grado de cohesión en términos sociales no biológicos. La herencia, entonces, no es de genes sino de memorias históricas compartidas sobre un pasado común.

En este orden de cosas, es posible que el elemento aglutinante del grupo lo constituya la cultura. Cultura entendida como un sistema previamente establecido de valores, de significados y de símbolos que se utilizan para definir el mundo, expresar sentimientos o realizar juicios. Un pueblo sería entonces un grupo social, étnico, cuya identidad se define por su lengua, tradiciones y creencias. Pero ello no significa que la cultura sea monolítica, en su seno conviven otros vectores de fuerza representados por creencias religiosas, aspiraciones estéticas o políticas que coexisten en equilibrio inestable junto a los propios de la cultura dominante. Por eso, muchos pueblos en determinados momentos exhibirán ciertos rasgos culturales, que posteriormente no serán pertinentes, o lo serán únicamente para ciertos sectores limitados de actividad; y otros rasgos, que de momento son poco importantes, aparecerán como fundamentales más adelante. La realidad nos indica que: “los rasgos que son tomados en cuenta no son la suma de diferencias objetivas, sino solamente aquellos que los actores mismos consideran significativos”²⁶.

Es en este contexto donde deben comentarse las expresiones utilizadas por las Juntas militares de Argentina y Chile justificando su brutal intervención. Así definía en 1978 el nacionalismo el General Rafael Videla: “Esa *fuera latente y constante* de las Naciones que se enfrenta a lo internacional”; y el General Luciano Menéndez: “Los enemigos del *alma argentina* serán destruidos”; o, bien el Coronel Juan Carlos Moreno: “Son enemigos *quienes cambian* o deforman en los cuadernos de nuestros niños el *verbo amar*; los ideólogos que envenenan en nuestras universidades el alma de nuestros jóvenes...”. Por último no me reprimo

²⁶ F.Barth “Los Grupos Étnicos y sus fronteras”. México 1969. Pág.15

en citar una vez más al General Videla: “el terrorista no sólo es considerado por matar con un arma o colocar una bomba, sino también por activarlas a través de ideas *contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana*”²⁷. Manifestación, como sabe muy bien nuestra generación, totalmente carente de originalidad.

En suma, a través de estas inteligentes reflexiones las Juntas Militares denuncian el conflicto existente entre distintos modelos culturales uno el dominante y otro u otros que aspiran a ocupar ese puesto preeminente. En otros términos, se trata de un conflicto de identidades. Los pueblos se encuentran compuestos por personas que se identifican a sí mismas y son identificadas por otras como miembros de un determinado grupo. La identidad establece un “nosotros” y un “otros”, basado en determinadas normas de adscripción y pertenencia que construyen los límites o fronteras de los pueblos. Esta identidad está íntimamente vinculada a un proyecto político, con mayor precisión: a un proyecto nacional. Por eso, la mayoría de los sociólogos consideran que cuando un grupo cultural o étnico desarrolla su conciencia en cuanto grupo la misma se transforma en identidad nacional. De aquí, que la noción de pueblo coincide con la idea de nación, o mejor dicho una nación es un pueblo que persigue objetivos políticos determinados.

El término “nacional” utilizado en el artículo segundo del Convenio contra el Genocidio es interpretado tradicionalmente en el ámbito del Derecho Internacional como “grupo perteneciente a una nación” en *sentido territorial*²⁸. Pues bien, tal interpretación no contradice la que aquí se propone. En efecto, con relativa frecuencia sucede que esa alteridad cultural plasmada políticamente en el mapa se reproduce en el seno del pueblo en cuestión, de suerte que se pierde la homogeneidad de su identidad nacional. Los conflictos armados civiles son un claro exponente de esta realidad. La España de 1936 y la Argentina y Chile de las décadas de los setenta y ochenta muestran una sociedad irreconciliablemente dividida. Frente a frente dos grupos nacionales, dos proyectos sociales, incluso dos lecturas de la historia común distintas, en suma dos conceptos culturales

²⁷ Vid. Escrito de Carlos Castresana Fernández representando a la Unión Progresista de Fiscales (UPF) de 10 de diciembre de 1997

²⁸ Cherif Bassiouni, op.cit. pág.291.

diferentes que han dejado de cohabitar pacíficamente en un mismo territorio. Argumentos parecidos son los utilizados en el “informe Whitaker” cuando al referirse a los asesinatos masivos de Kampuchea afirma que la definición de un grupo nacional no excluye los casos en los que las víctimas son parte del propio grupo transgresor²⁹.

Es en este sentido, como debe interpretarse el elemento normativo “nacional” utilizado en el Convenio y en nuestro Código penal. Es decir, desde una perspectiva dinámica y no estática. Tal como se hace, o debiera hacerse, la interpretación del concepto de bien jurídico. Pues, si esta categoría encuentra su primer fundamento en la Constitución y último en los Derechos Humanos no debe ocultársenos que el desarrollo de ambas perspectivas teleológicas está sujeto al quehacer social.

En conclusión, los actos perpetrados en Chile y Argentina deben ser considerados como genocidio al concurrir todos los requisitos exigidos en el tipo del artículo 607. El grupo humano es un “grupo nacional” y sus autores realizan su actividad criminal con el claro propósito de exterminar parcialmente a sus componentes en el marco de un régimen de terror basado en la eliminación sistemática y calculada desde el Estado. Esta interpretación no es precisamente extensiva del tipo, como aduce el Ministerio Fiscal, sino intensiva. Interpretación que destaca los contenidos materiales respecto de los formales. Acorde con una concepción material del injusto que justifica la punición del comportamiento típico desde la perspectiva de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y no sólo, desde la voluntad criminal manifestada externamente.

²⁹ En reunión del Consejo Económico y Social de la ONU, de 2 de julio de 1985, con ocasión del análisis del artículo XIX del Convenio, se admite extender el concepto de grupo nacional “a la destrucción interna y masiva de una significativa parte de los miembros del propio grupo nacional” (E/CN.4/SR.1550).