



⑤

**El derecho internacional
de los derechos humanos:
la globalización de la justicia
y el proceso a Pinochet**

LUIS T. DÍAZ MÜLLER

DERECHO INTERNACIONAL

Mayo de 2000

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por los autores, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éstos. ❖ D. R. (C) 2000, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-74-63/64 exts. 703 o 704, fax. 56-65-34-42.

15 pesos

CONTENIDO

I. La Transición inconclusa. La detención: “El Paciente Inglés”	1
II. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	3
III. Inglaterra: Proceso al general Pinochet.....	7
IV. Transiciones: el Derecho Transnacional y la Creación de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	15

Para Carmen Hertz

I. La Transición inconclusa. La detención: El “Paciente Inglés” *

Con las elecciones presidenciales de 1990, que permitieron el triunfo del presidente Patricio Alwyn Azócar, comenzó la denominada “transición a la democracia” en Chile. Quizá, sería preferible hablar de “democracia protegida” o “democracia militar”, nunca consolidada a pesar del relativo éxito del modelo económico durante algunos años, y que empieza a sentir “pasos en la azotea”, con la segunda década perdida de los años 90.

El general Pinochet dejó el cargo de Jefe del Estado y Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas en marzo de 1998. Algún mal pensado hubiera creído que, después de 18 años, a la edad de 83, el general se retiraría a sus laberintos de invierno. Hoy en día, se alegan razones humanitarias para permitir el regreso del “Paciente Inglés”.

No fue así. Asumió su cargo de senador vitalicio y el liderazgo de ese movimiento fascistoide encubierto bajo el nombre de “pinochetismo”. La Coalición de Gobierno, integrada por la Democracia Cristiana, el Partido por la Democracia (PPD), el Partido Radical-Socialdemócrata (PRSD), y una cúpula del Partido Socialista de clara tendencia *neoliberal*, en la que se cuenta el excanciller y sus continuadores "pactaron" el tránsito inconcluso a la democracia y sus acuerdos secretos.

En este contexto, se produjo una repentina baja de la "ilusión" del milagro, excluyente, desnacionalizador, generador de un conjunto de expectativas sociales no cumplidas para la mayoría de la población. El crecimiento para 1998 fue, alrededor del 2% del P.N.B. con una clara tendencia recesiva que puede observarse en los sectores vivienda, salud, educación, habitación y nivel de vida. El triunfo del Presidente Ricardo Lagos, distinguido Abogado y Economista, en la segunda vuelta obliga a reflexionar sobre el futuro democrático de aquel país de Neruda, Donoso y Mistral.

La nostalgia del exilio no puede hacer olvidar que cualquier viajero que llegue a aquel país austral, otrora modelo de democracia, se sorprende ante el cambio de valores y actitudes de los habitantes de un país, preferentemente de clase media, que alcanzó altos niveles de dignidad humana al amparo del Estado de Bienestar.

Los "tecnócratas" en turno pensaron en el ingreso al Primer Mundo, con los destellos de éxito de Marcelo Ríos, Zamorano y Marcelo Salas y, claro está, en base a algunos indicadores macroeconómicos de escaso impacto en el mundo real de las mayorías. Este cambio de “visión cultural”, propia del neoliberalismo a la chilena, significó un viraje en las tradiciones,

* Investigador Titular, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM (luist@servidor.uanam.mx).- Profesor Titular de la Cátedra de "Derechos Humanos", División de Estudios Superiores, Facultad de Derecho, UNAM.- Investigador Nacional. Secretario General Adj. del Consejo Latinoamericano de la Paz (CLAIP). A título personal. Reconozco el apoyo y la solidaridad de la comunidad chilena en México y en otros lugares del mundo.- Agradezco, en especial, al Comité Latinoamericano, al Dr. Hugo Zemelman, y al Dr. Edgardo Enríquez, q.e.p.d.

Como siempre, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, me ayudo en todo sentido, a la publicación de este primer trabajo, que forma parte de una investigación mayor. Expreso mi gratitud al Dr. Diego Valadés, Director; al Dr. Sergio López-Ayllón, Secretario Académico; y al valioso optimismo y apoyo del Dr. Miguel Carbonell.- Ciudad Universitaria, México, abril de 2000.

costumbres y culturas del país. Bajo la impronta de la dictadura, después de tantos años, los chilenos ingresaron al mundo de la globalización en medio de una sociedad rígida, autoritaria, carcelaria, excluyente. Nuevamente, y, en especial, con el retorno del general-senador Pinochet, el tema de los Derechos Humanos volvió a asumir un papel principal.

Ubicado en el último confín del mundo, Chile se apresta para las elecciones presidenciales de 1999. En medio de este proceso de despolitización creciente no hay lugar para una auténtica reconciliación nacional que signifique la investigación por las violaciones a los derechos humanos cometidos por la dictadura. Como en Alemania después de la II Guerra se jugó con la memoria colectiva bajo el lema de "perdón y olvido".

Pinochet, satisfecho por sus logros, viajó con su familia a Europa para operarse de un problema lumbar. Esta es la historia oficial. Según otras fuentes, la idea central del viaje tendría que ver con la venta de armamentos al ejército chileno, elemento fundamental del "terrorismo de estado".

El Fiscal Español, Dr. Baltazar Garzón, solicito, por tanto, la Extradición de Pinochet ante la justicia británica por delitos contra la humanidad: tortura, secuestro, desaparición forzada de personas, genocidio. El gobierno chileno y los asesores legales del general plantearon un conjunto de "argumentos" que han ido desmoronándose paulatinamente: "razones humanitarias", razones de Estado, inmunidad diplomática.

Pero la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 1961) no protege delitos contra la Humanidad. En el mejor de los casos, podría tratarse de una cierta "cortesía", que en ningún caso procede en casos de delitos de "lesa humanidad": son delitos permanentes, imprescriptibles, de jurisdicción universal, pudiendo ser juzgados ante los tribunales de cualquier país.

Así lo ordena el Estatuto y los Principios de Nüremberg (1945-1946) y la Convención sobre Genocidio de Naciones Unidas (1948). Es más, el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, de la cual Gran Bretaña e Inglaterra forman parte, reafirma la vigencia de estos principios en el contexto del derecho comunitario europeo.

Por lo tanto, Pinochet está siendo juzgado por una Comunidad Internacional, con pretensiones mundiales. Este avance rotundo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aún con los subterfugios legales que puedan esgrimirse le otorga primacía ante el orden jurídico interno, maniatado por la fuerza y el control que el general ejerce sobre el poder judicial chileno y el ejército. Con todo, la petición de desafuero ante la Corte de Apelaciones de Santiago (abril de 2000) abre un nuevo escenario en este largo e inacabado proceso político-jurídico.

La inmunidad diplomática no puede convertirse en un escudo de toda clase de crímenes contra la humanidad. El reconocimiento de ex-jefe de estado al general Pinochet no resiste el menor análisis. Ad initio, por el carácter ilegal e ilegítimo de su arribo al gobierno: un "golpe de estado" contra un gobierno constitucional, democráticamente elegido.¹

¹ Véase Arturo Valenzuela, "El quiebre de la democracia en Chile", Santiago, FLACSO, 1978; Tomás Moulian, "Anatomía de un mito", Santiago, ARCIS, 1996.

II. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Precisamente, al cumplirse los 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece:

La Asamblea General proclama:

“La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constante en ella, promueva mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

Entre los principales derechos reconocidos por la “Declaración de 1948” se encuentran:

- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en derechos (art. 1o.);
- No discriminación (art. 2o.);
- Derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona (art. 3o.);
- Nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;
- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes (art. 8o.);²
- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, ni preso, ni desterrado (art. 9o.);
- En caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo (art. 14);
- Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión (art. 19);
- Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país (art. 21, No. 1); la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público (art. 21, No. 3);

Entre los derechos sociales destacan: el derecho al trabajo (art. 23); a la seguridad social (art. 22); al descanso (art. 24); a un nivel de vida adecuado (art. 25); a la educación (art. 26); a un orden internacional y social en que los derechos y libertades de todos se hagan plenamente efectivos (art. 28), de acuerdo con lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas;³

A su vez, una tercera generación de derechos, los “derechos de solidaridad”, establecen determinadas prerrogativas y deberes por parte de la comunidad internacional: derecho al medio ambiente, a la paz, al desarrollo. A continuación, planteo la emergencia de “nuevos derechos” humanos: a) los derechos humanos de las comunidades indígenas, en especial contra el delito de

² Véase Héctor Fix-Zamudio, "La protección constitucional de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales", Madrid, CIVITAS, 1984.

³ Véase en materia de Derechos Humanos, la Carta de Naciones Unidas establece principios fundamentales, dejando a la Declaración Universal de 1948 el desarrollo de los derechos protegidos: 1) el principio de autodeterminación; 2) el derecho a la paz; 3) la igualdad y no discriminación y; 4) la cooperación para el desarrollo.

etnocidio; b) *los derechos humanos derivados del impacto de la ciencia y tecnología, en el marco de mi trabajo: Teoría neoestructural de los derechos humanos y derecho al desarrollo*;⁴

En el plano del derecho internacional de los derechos humanos se establecen muy claramente los *Principios y Estatuto del Tribunal de Nüremberg*⁵ destinados al juzgamiento de los criminales de guerra de la Alemania nazi:

La Declaración de Moscú, del 1o. de Noviembre de 1943, suscrita por Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, impuso urbi et orbi una jurisdicción universal por los crímenes de guerra, sin localización geográfica precisa.⁶ Con posterioridad, se aprobó el Acuerdo de Londres (8 de agosto de 1945) en el que se incorporó un Estatuto del Tribunal Militar Internacional.

El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, que realizó sus actividades desde el 20 de noviembre de 1945 hasta el 1o. de octubre de 1946, condenó a la pena capital a doce criminales de guerra nazis, a diversas penas de prisión a siete, y absolvió a tres.⁷

El *Tribunal de Nüremberg estableció cuatro categorías de delitos*: 1) los crímenes contra la paz; 2) los crímenes de guerra; 3) los crímenes contra la humanidad; 4) la conspiración y complot respecto de los delitos antes mencionados.⁸ Estos autores refuerzan nuestra tesis en el sentido que existen infracciones y sanciones penales exclusivamente regidas por el derecho penal internacional: lo que se denomina el "derecho de Nüremberg y Tokio". Huelga plantear aquí, que en el caso del juicio al general Pinochet estamos en presencia de delitos contra la humanidad las que no vienen al caso la discusión sobre una presunta inmunidad diplomática (¿cuál "misión diplomática" de un senador vitalicio?).

Esto lo analizaremos en el apartado correspondiente al juicio al general Pinochet.

¿Cuáles son los principales crímenes contra la humanidad?

1) la esclavitud; 2) el genocidio; 3) el "apartheid" como crimen internacional del Estado 4) la tortura; 5) la desaparición forzada e involuntaria de personas; 6) las ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales.⁹

Estamos en presencia del concepto de "*crimen internacional*". En este caso, debe relacionarse directamente con la Responsabilidad Internacional del Estado. Dicho concepto comienza a dibujarse con la propuesta del jurista V.V. Pella (1946), al plantear la creación de una cámara tribunal especial, por medio de la Resolución No. 260 B (III) de la Asamblea General de la ONU, que invitó a la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas para

⁴ Véase F.V. García-Amador, "Derecho Internacional del Desarrollo", Madrid, CIVITAS, 1987.

⁵ Véase Luis T. Díaz Müller, "Pinochet: ¿Adiós a las armas?", México, Suplemento *La Jornada*, Sábado 22 de septiembre de 1999; "Auschwitz: crimen y castigo", México, *Revista Etcétera*, Marzo de 2000.

⁶ Véase Antonio Blanc Altemir, "La violación de los derechos fundamentales como crimen internacional", Bosch, Casa Editorial, Barcelona. 1990.

⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁸ Véase André, Huet y Rene Koering-Jouling, "Droit Penal International", París, P.U.F., 1993.

⁹ Véase Luis T. Díaz Müller, "El estupor de la conciencia: Genocidio, Racismo y Etnocidio", México, *Acta Sociológica*, F.C.P.S., núm. 23, mayo-agosto de 1998.

que estudiara la conveniencia y viabilidad de un órgano judicial internacional:¹⁰ "encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales".¹¹

La comisión de un crimen internacional del Estado puede, en consecuencia, validar que un sujeto clásico del derecho internacional, como es el ente estatal, tiene la responsabilidad de reparar el daño causado por su acción ilícita. Estos antecedentes, que tratamos brevemente, originan crímenes internacionales en sus diversas categorías.

Esta situación indica una tenue mundialización del Derecho Internacional, en que el "asunto Pinochet" significa un parteaguas fundamental en cuanto a la preeminencia de los derechos humanos ante los ordenes jurídicos nacionales, dilema que venía discutiéndose a partir de la Carta de San Francisco.

Por tanto:

1.- La violación de los derechos humanos fundamentales constituye un crimen internacional.

2.- Los crímenes contra la humanidad constituyen delitos imprescriptibles, permanentes, y de jurisdicción universal.¹²

3.- Los principales *crímenes contra la humanidad* son:

- esclavitud;
- genocidio;
- "apartheid";
- tortura;
- desaparición de personas; y
- ejecución de personas.¹³

4.- En el caso de crímenes contra la humanidad *no* procede la inmunidad diplomática, reclamada primitivamente por el gobierno chileno del presidente Frei; entre otras razones, por tratarse de un crimen internacional.

En el caso de la dictadura militar chilena (1973-1989) aparecen los siguientes casos de personas desaparecidas:

¹⁰ Véase Ricardo J. Alfaro, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, consideraba que era posible la creación de un Tribunal Penal Internacional por diversas razones: 1) el antecedente del Tratado de Versalles; 2) la Convención de Ginebra de 1937: aceptaba un Tribunal especial internacional para casos de delito de terrorismo; 3) los Acuerdos de los Tribunales de Tokyo y Nüremberg; 4) la presentación de siete proyectos sobre el tema (en 1950); 5) el Proyecto de Roma (julio de 1998).

¹¹ Véase Altemir Blanc, p. 74.

¹² Véase *Ibidem*, p. 22.

¹³ Véase Mesa Redonda organizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas con motivo de los 50 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Luis T. Díaz Müller, Coordinador: "Chile: Dictadura y Derecho", 10 de diciembre de 1998.

- personas detenidas-desaparecidas en Chile;
- operación Cóndor;
- muertes con desaparecimiento: Caravana de la muerte;
- muertes en ejecuciones;
- muertes por tortura;
- muertes en otras circunstancias;
- eliminación por razones étnicas;
- eliminación por razones religiosas;
- tortura como crimen contra la humanidad.¹⁴

Aún más, los casos: 1) Submarinos Extranjeros en aguas de Suecia; 2) el caso Cosmos 954: la ley internacional de Accidentes por Satélites; 3) el caso del gas soviético y su importancia en tiempos de paz sobre el comercio internacional; 4) el caso Malvinas (Argentina - Inglaterra); 5) la guerra del Líbano; 6) el incidente del Golfo de Sidra (1981); 7) el accidente del avión de Líneas Coreanas Vuelo 007; 8) El atentado de Harrods, indican una tendencia para la construcción de un método jurídico de los incidentes internacionales.

Los casos mencionados arrojan fundamentos y precedentes para el derecho internacional de los derechos humanos. Quiero realizar un breve análisis comparativo de los casos Eichman (Argentina, 1957) y la constitución de un Tribunal Penal Internacional Ad Hoc para el Enjuiciamiento de los Crímenes de Guerra en la antigua Yugoslavia y Ruanda,¹⁵ en virtud de que aportan elementos de juicio al caso del general Pinochet.

Queda claro que los derechos humanos son universales, inviolables, y que no guardan relación con razones de venganza, ni menos aún con la puesta en práctica del "perdón y el olvido". Estimo, serenamente, que al general Pinochet se la ha sometido a un juicio justo, mediante un debido proceso ante los tribunales británicos. Todavía más, la Sección Judicial de la Cámara de los Lores anuló la primera solicitud de Extradición, que autorizaba su envío a España, por la circunstancia que uno de los Lores, Lord Hoffman, tendría relaciones con la entidad humanitaria Amnesty International, con sede en Londres.

Los alegatos de la defensa del general Pinochet se han centrado, en la parte más o menos seria, en la cuestión de la inmunidad diplomática y la territorialidad o derecho de los tribunales nacionales para enjuiciar los crímenes contra la Humanidad. Además, se han aducido "razones humanitarias", "soberanía nacional",¹⁶ personificando cual César, al Estado chileno con la figura del general.

¹⁴ Véase la Convención contra la tortura, 1984.

¹⁵ Véase "El País", 12 de enero de 1999.

¹⁶ Véase el tema de la soberanía nacional se discute con fuerza a propósito del proceso de la globalización y el término de la Guerra Fría. En materia de Derechos Humanos (Res. 202. Asamblea General de Naciones Unidas) queda en claro que no se puede esgrimir el argumento de la jurisdicción doméstica o interna de los estados. Los Derechos Humanos son indivisibles, interdependientes, extraterritoriales. Véase: Bonaventura Dos Santos, "La globalización del Derecho" Colombia, Universidad Nacional de Colombia – ILSA, 1999.

Ciertamente, la detención del general Pinochet fuera de Chile, marcó un paso en esta línea de transnacionalización y globalización de los derechos humanos. La vigencia del derecho internacional de los derechos humanos, cualquiera sea el resultado final del proceso, ha quedado en claro. Asimismo, en este caso, y hacia el futuro puede detectarse la mayor fuerza que adquiere la comunidad internacional en general, y la sociedad civil internacional en particular.¹⁷

Charles de Visscher plantea que los fines humanos constituyen la base del orden internacional: en ciertos casos, el respeto del orden interno debe ceder ante los imperativos universales de la humanidad y de la paz. Incluso, agrega un fundamento esclarecedor: "resulta muy significativo que este principio, tendente a limitar el poder político interno, se haya abierto camino en el ámbito del derecho internacional a través de la protección de los derechos humanos."¹⁸

Además, queda en claro que la responsabilidad penal es individual, sin perjuicio, y es materia aparte, de la responsabilidad internacional del Estado. Por cierto, el concepto de responsabilidad del individuo y el estado, se amplió a los demás sujetos del derecho internacional: (organismos internacionales, empresas internacionales, minorías, etc.) y a nuevas situaciones jurídico-políticas: la responsabilidad de la persona moral,¹⁹ el delito ecológico, delitos de seguridad industrial, delitos informáticos; y me atrevería a insinuar la existencia aún balbuceante de los "delitos biológicos", y la existencia claramente tipificada de los "delitos de cuello blanco".²⁰

Para terminar este Apartado, quiero mencionar que la resolución de los crímenes contra la humanidad por un tribunal penal internacional, constituye una esperanza para evitar las supuestas "confusiones" a que ha inducido el proceso y condena del general Pinochet.²¹

III. *Inglaterra: Proceso al general Pinochet*

La pequeña historia

El golpe de Estado en Chile (Septiembre de 1973) llevó al poder a una Junta Militar, compuesta por los jefes de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas:

1) En primer lugar, se ha alegado el carácter ilegal e ilegítimo del "coup d'état" de 1973. Se trató de un "pronunciamiento" contra un gobierno constitucional de acuerdo con la Constitución Chilena de 1925. El presidente Allende asumió el gobierno (1970), como líder de una Coalición de Centro-Izquierda, la Unidad Popular, que se propuso encaminar al país sudamericano en la "vía chilena" o constitucional al socialismo.

¹⁷ Véase sobre sociedad civil internacional, Dra. Leticia Bonifaz, "La sociedad civil internacional", México, Cuadernos de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Cámara de Diputados, 1995.

¹⁸ Véase Charles de Visscher, "Teorías y realidades en Derecho Internacional Público", Barcelona, Editorial Bosh, p. 133.

¹⁹ Véase Luis T. Díaz Müller, "Transnational Crime o Human Rights: an approach", New York, Columbia University, Annual Colloquium, Center on Human Rights, June, 1987.

²⁰ Véase Luis Marcó del Pont, "Manual de Criminología", México, Porrúa Hermanos, 1986.

²¹ Véase Mesa Redonda, Centro Cultural Universitario (CUC), Academia Mexicana de Derechos Humanos, 8 de diciembre de 1998.

2) El gobierno transcurrió en medio de una polarización aguda de fuerzas al producirse las transformaciones que el presidente Allende puso en marcha en su Programa de Gobierno: nacionalización del cobre, principal producto de exportación; reforma agraria, área social de la economía; política exterior independiente y no alineada; acercamiento a los procesos de integración, y a los proyectos de unidad latinoamericana.²²

3) El golpe de Estado de 1973, se produjo en medio de una profunda inestabilidad política, con una clara intervención estadounidense,²³ y una militarización de la sociedad civil. Lo que podría denominar una "sociedad carcelaria", basada en el terrorismo de Estado y la doctrina de la Seguridad Nacional.²⁴

Repentinamente, se produce la detención del general Pinochet en Londres, el 16 de octubre de 1998, a raíz de la petición de Extradición solicitada por España, por delitos que causaron el *desaparecimiento y la muerte de ciudadanos españoles* durante o con posterioridad al golpe de Estado.

Las relaciones entre España y Gran Bretaña se rigen por el Convenio Europeo de Extradición (13 de diciembre de 1959), y, subsidiariamente, por la ley de Extradición de España. Es de hacer notar que la ley inglesa excluye de modo expreso al genocidio entre los delitos de naturaleza política. La imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad se confirma en la decisión "*Kakis vs. Government of the Republic of Chipre*". En todo caso, el "*Informe Whitaker*" en que se estudia la cuestión de la prevención y la represión del crimen de genocidio, que trataremos más adelante, de conformidad con la Resolución 1983/83 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 27 de mayo de 1983.

El 11 de diciembre de 1988, la Sección Judicial de la Cámara de los Lores, en desacuerdo con la resolución anterior del juez de primera instancia, declaró en una sentencia sin precedente que el general Pinochet *no gozaba de inmunidad diplomática*. En consecuencia, se abrió claramente la aceptación de la extradición solicitada por la justicia Española.

En efecto, *el delito de tortura* fue condenado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en acuerdo con su Resolución No. 3452 (XXX) de diciembre de 1975, en que planteó las características de este crimen internacional: penas o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el fin de obtener una información o confesión.²⁵

La *desaparición forzada de personas*, fue utilizada por los nazis durante la II Guerra Mundial en los territorios ocupados con el objetivo de frenar los movimientos de resistencia y de intimidar a la población. La Asamblea General de Naciones Unidas (Res. 33/173, de 20 de diciembre de 1978), denominada: "Personas desaparecidas" mostraba su preocupación por estos casos de violencia generalizada: "toda acción u omisión que tienda a ocultar el paradero de un opositor o disidente político cuya suerte sea desconocida por su familia, amigos o partidarios, llevada a efecto con la intención de reprimir, impedir o entorpecer la oposición o disidencia, por quienes desempeñan funciones gubernativas o por agentes públicos de cualquier clase o por grupos organizados de particulares que obran con apoyo o tolerancia de los anteriores".

²² Véase sobre Terrorismo de Estado y Seguridad Nacional, Hernán Montealegre, "Seguridad del Estado y Derechos Humanos", Santiago, Academia de Humanismo Cristiano, 1979.

²³ Véase Henry Kissinger, "Mis Memorias", Buenos Aires, Atlántida, 1977.

²⁴ Véase Hernán Montealegre, *Op. cit.*

²⁵ Véase Convención sobre el Delito de Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Naciones Unidas (1985).

La *Convención sobre Desaparición de Personas*, ciertamente, enfatiza el carácter de “oposidores o disidentes políticos”, pero es menester señalar que la desaparición de personas puede afectar a otros grupos humanos (minorías, étnicas, narcotraficantes, migrantes), que no necesariamente se incluyen dentro del concepto de “desapariciones políticas”.

Las *ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales* como crimen internacional del Estado²⁶ representan con claridad la visión totalitaria del terrorismo de Estado basado en la doctrina de la seguridad nacional: la eliminación a todo trance del "enemigo", "adversario", o "disidente" dentro o fuera de las fronteras del país: como es el caso de la "Operación Cóndor" y, dentro del territorio chileno, la denominada: “Caravana de la muerte”, organizada por el general Arellano Star, crímenes por los que se han presentado alrededor de ochenta querrelas ante los tribunales chilenos, sumado a los demás crímenes contra la humanidad.

En este contexto, resulta importante y claro el artículo de Alain Touraine denominado "*El derecho y la política: el caso Pinochet*", en que señala:

Estoy lo suficientemente relacionado con Chile como para decir a sus líderes políticos que se han mostrado hipócritas, porque cuando solicitan que Pinochet sea juzgado en Chile, saben que si el dictador es devuelto a su país no ser juzgado. No sólo no es fácil ver cómo puede ser juzgado cuando ha impuesto una ley de autoamnistía (1988: LDM) y, es difícil que le retiren la inmunidad parlamentaria.²⁷

El tema central es la privación *ilegítima de una vida humana*, en que la responsabilidad recae en las autoridades del Estado; y, que generalmente se produce bajo regímenes de excepción y por tribunales militares, lo que, naturalmente, suscita discusión y enormes polémicas.²⁸ *Nadie duda que constituye un crimen contra la humanidad.*

A lo dicho, se suman las ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales como crimen internacional del Estado, en que no se garantizan los derechos del detenido, el derecho al debido proceso tribunal competente; sino que se producen como "actos de terrorismo" y reposición en circunstancias excepcionales, al amparo del anonimato, la represión y la indefensión del perseguido; habitualmente, por motivos políticos.

En el caso del general Pinochet, detenido en Inglaterra, el 16 de octubre de 1998, cabe mencionar los principales puntos de discusión y, a veces, de la búsqueda de artilugios jurídicos:

1. *Inmunidad diplomática*

El ingreso del general, acompañado de su familia a Gran Bretaña se produjo, en principio, por la necesidad de operarse de una hernia lumbar. Esta circunstancia, unida a la edad

²⁶ Véase un aporte interesante, a propósito de Chile, lo plantea el Profesor Thomas Mc Carthy al Tipificar el delito de *terrorismo de estado*. Un análisis en profundidad relacionado con la Doctrina de la Seguridad Nacional, lo realiza el jurista Hernán Montealegre, “Seguridad del Estado y Doctrina de la Seguridad Nacional”, ya citado.

²⁷ Véase “El País”, Madrid, 3 de enero de 1999.

²⁸ Véase con todo, la pena capital tiende a desaparecer como idea general de las legislaciones nacionales y, por cierto, del Derecho Internacional, menos, por cierto, en algunos estados de los Estados Unidos.

del general (83 años) permitió que se alegaran "razones humanitarias" para lograr la libertad del acusado.

La inmunidad diplomática, por principio de cuentas, corresponde a los diplomáticos, miembros o no del Servicio Exterior, en el ejercicio de su tarea.²⁹ Diplomacia, por tanto, siguiendo el texto clásico de H. Nicolson, entiende como elemento fundamental, "el proceso mecanismos mediante las canales se lleva a cabo una negociación (por la vía pacífica, naturalmente) para resolver una controversia, dentro de sus varias acepciones:

La "diplomacia es el manejo de las relaciones internacionales mediante la negociación; el método merced al cual se ajustan y manejan esas relaciones por medio de embajadores y enviados; el oficio o arte del diplomático".³⁰

En el Congreso de Viena (1815) se definieron cuatro categorías: 1) embajadores, legados y nuncios papales; 2) enviados extraordinarios y ministros plenipotenciarios; 3) ministros residentes; 4) encargados de negocios. Todavía más, en la obra de Grocio: "De iure belli ad pacis (1625)" planteó la existencia de *principios comunes a todo el género humano*.

¿Cuál era, pues, la "misión diplomática" del general y senador vitalicio elegido por sí mismo? Entre gallos y medianoche, ocurre que para la opinión pública internacional no existe respuesta.

El pasaporte diplomático es un documento de viaje para facilitar trámites menores. En ningún caso, puede considerarse garantía de inmunidad. Menos aún, ante crímenes contra humanidad, que ni la defensa; el gobierno; el canciller de triste y mediocre fama, el bufete londinense, se han molestado en negar.

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido su primacía histórica ante el orden jurídico nacional: los crímenes contra la humanidad prevalecen sobre situaciones jurídicas confusas como la "inmunidad diplomática", la estabilidad democrática de Chile, las razones caritativas, los subterfugios legales: *en nombre de la humanidad*.

2. Principio de Territorialidad

El gobierno chileno, de troyanos a troyanos, se pronunció por el principio de territorialidad de la ley, incluido los gobiernos del *MERCOSUR*. La argumentación de la defensa del general, bastante difusa, incongruente, esgrimió desde "razones humanitarias", "inmunidad diplomática", la soberanía nacional, el principio de jurisdicción interna, hasta llegar al extremo de plantear que la "tortura" era un acto de Estado.

En este proceso, a veces con carácter de "opereta", se planteó que el principio de territorialidad era de tal manera absoluto que, ni siquiera en casos de Hitler o Eichman, podía aplicarse una ley distinta que no fuera dentro del propio sistema jurídico alemán. Por tanto, los criminales de guerra de la II Guerra no hubieran podido ser enjuiciados en Londres.

²⁹ Véase Harold Nicolson, "La diplomacia", México, F.C.E., primera edición en inglés de 1939.

³⁰ *Ibidem*, p. 30.

Eichman

En el caso de Adolfo Eichman,³¹ detenido y secuestrado en Argentina, juzgado, y condenado a la pena de muerte en Israel (1960), se esgrimieron ambos tipos de argumentos. Efectivamente, Argentina protestó ante el Consejo de Seguridad de la ONU, por violación de su territorio. Sin embargo, también es cierto que el Estado de israelí planteó la aplicación de la ley internacional: los “delitos contra la humanidad”, así como la legislación interna relacionada con este tipo de delitos, como la Legislación de Israel de 1950 sobre “crímenes contra el pueblo judío” y “contra la humanidad”. Con todo, en mi interpretación, quiero entender que prevaleció el derecho internacional sobre “crímenes de guerra” y “delitos contra la humanidad”. Por tanto, si bien se ha argumentado por parte de los defensores de la doctrina, que los “principios de Nüremberg” fueron establecidos post facto (discusión interminable; no es menos cierto que en el caso de Eichman existía una legislación internacional coherente en materia de crímenes contra la Humanidad).³²

Retomando el proceso al general Pinochet, quedó en claro desde su inicio, y nadie se atrevió a tomarse la molestia de negarlo, la veracidad de los crímenes cometidos por el general Pinochet. El fiscal español, que venía investigando estos crímenes perpetrados contra ciudadanos españoles, solicitó, por tanto, la extradición a España del general Pinochet, en virtud de los delitos de tortura, secuestro, y genocidio. Posteriormente, se añadió el delito de “desaparición forzada de personas”, con los antecedentes tenidos a la vista de los documentos encontrados en Paraguay de la “Operación Cóndor”. Además, el testimonio de numerosas familias de la Marina Nacional principalmente, sobre el secuestro, tortura y desaparición de militares contrarios al golpe de Estado, permitió que el fiscal Garzón añadiera a estos cargos, el delito de conspiración contra el orden y el presidente constitucional.

Las leyes - secretas. El decreto de autoamnistía

Debe recordarse que el proyecto de creación de un tribunal penal internacional se propone, precisamente, eliminar o disminuir la impunidad de la que aún gozan muchos responsables de crímenes aberrantes como el genocidio, crímenes contra la humanidad, agresión armada, violaciones graves al derecho aplicable en caso de conflicto armado o terrorismo, que por diferentes razones no son juzgados en tribunales nacionales (7 de julio de 1978). “Proyecto de Roma”, aún pendiente.

Por si fuera poco, el Decreto-Ley No. 293 (31 de diciembre de 1973) establece: SECRETO.

“*Artículo Primero.* Del ingreso total en moneda extranjera por la venta al exterior de la producción de cobre, las empresas de la gran minería *deberán deducir el 10% de dichos ingresos* y depositarlos en la Tesorería General de la República, en dólares estadounidenses, con el objeto que *el Consejo Superior de Defensa Nacional, COSENA* cumpla con las obligaciones que le impone la ley...”. Este decreto y otros destinados a asegurar fondos para el *COSENA* estarán

³¹ *Ibidem*, p. 20. Una reflexión jurídico-filosófica de notable importancia: Hanna Arendt, “Eichman en Jerusalén”, Barcelona, Editorial Lumen, 2a. ed., 1999.

³² Véase Louis Henkin, “Law and Foreign Policy”, New York, Columbia University Press, Council on Foreign Relations, 1968, p. 270 y ss.

exentos de los trámites de toma de razón y de registro por parte de dicho organismo... (Subrayado nuestro).

De las famosas "leyes secretas" promulgadas por la dictadura de A. Pinochet, quince de un total de 132, se referían al movimiento y compromiso de importantes sumas de dinero.³³ Atinadamente se dijo: "los militares enseñan el cobre". Debido a que por estas leyes secretas se entrega el 10% de los ingresos del cobre a las Fuerzas Armadas.

LAS ACTAS SECRETAS Y LOS "COMPROMISOS DE GOBERNABILIDAD"

En este punto tan importante y desconocido, adquirió, en mi opinión, el carácter de una "democracia protegida". Queda muy en claro con la lectura de los principales temas de *exención de responsabilidad de los militares*:

1. El cumplimiento de las funciones establecidas para las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública en el Capítulo X de la Constitución:
"Las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden constitucional de la República".
2. La inamovilidad de los actuales comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y del general-director de Carabineros;
3. Velar por el prestigio de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública e impedir represalias hacia sus miembros por razones políticas;
4. Impulsar las acciones para evitar la propagación de la lucha de clases;
5. Aplicar las normas legales que impidan el desarrollo de conductas terroristas;
6. Respetar las solicitudes y opiniones que emanen del Consejo de Defensa Nacional;
7. Mantener la plena vigencia de la Ley de Amnistía de 1978.

Esta *autoamnistía* ha suscitado problemas no solo en el proceso al general Pinochet; sino, en la propia marcha de la paralizada transición a la democracia. Un punto difícil de resolver se produjo a propósito del DL-2191 (10 de marzo de 1998) o Decreto de Autoamnistía. El Decreto señala que en virtud de los principios que "unen a la nación chilena" se establece esta Autoamnistía respecto de los autores, cómplices y encubridores, de hechos delictivos *durante la vigencia del estado de sitio entre el 11 de septiembre y el 10 de marzo de 1978 siempre que*:

- no se encontraron sometidos a proceso;
- incluso aparecen como amnistiados los condenados por Tribunales Militares con posterioridad al 11 de septiembre;

³³ *Ibidem*, p. 704.

- Quedan excluidos de la Amnistía: las personas responsables (autoridades, cómplices, encubridores) en el proceso rol No. 198-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc, en relación con el ex-canciller Sr. Orlando Letelier.³⁴

Muy claras son las palabras del Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prof. Luzius Wildhabers:

“Estamos moviéndonos muy lentamente en una dirección contraria a la inmunidad, pero creo que no se puede decir como regla general que ya hay inmunidad cuando se violan los derechos humanos...”; e, incluso, llegó a manifestar que los "Estados que no respeten los derechos humanos no será considerados Estados soberanos, porque la noción de soberanía no implicar la libertad de respetar o no a los derechos humanos."³⁵

Estimo que no puede invocarse el principio de jurisdicción nacional o doméstica en caso de crímenes contra la humanidad; incluso, porque los derechos humanos, en este caso, son universales, imprescriptibles, permanentes.

Genocidio

En un trabajo reciente planteo que desde la Conferencia de Versalles puede ubicarse al genocidio como crimen contra la humanidad. El Estatuto de Londres de 1945, que ratificó la figura del genocidio como crimen contra la humanidad, culminó en la aprobación de delito de genocidio de 1948.

El artículo 2o. de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio señala la siguiente definición:

"En la presente Convención se entiende por *genocidio* cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional de los miembros a condiciones de existencia que haya de comenzar su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.

³⁴ Véase el 14 de junio de 1974, la Dictadura (colegiada) promulgó el Decreto No. 521. *SECRETO*: la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) como: "organismo especializado que le proporcione al Supremo Gobierno en forma sistémica y debidamente procesada la información que requiera para adecuar sus resoluciones en el campo del Desarrollo y la Seguridad Nacional".

³⁵ Véase el asesinato en Washington, cerca del Edificio Watergate, a escasas cuerdas de la Casa Blanca, sería una de las razones principales de la intención de los Estados Unidos de solicitar la extradición del general Pinochet, que ha vuelto a plantearse por el Departamento de Estado.

La premeditación y la planificación constituyen elementos esenciales del delito de genocidio.

Una primera cuestión que vale la pena resolver es el significado del concepto de *grupo* de acuerdo con el Derecho Internacional.³⁶ En el trabajo citado y en otros he planteado que los elementos definitorios del *grupo* son:

- 1.- El sentido de identidad;
- 2.- El sentido de pertenencia;
- 3.- La noción de auto-identidad;
- 4.- Un proyecto común de destino;
- 5.- La heteroconciencia, esto es, la afirmación del grupo como una comunidad distinta de otros grupos y reconocida como tal.³⁷

El Genocidio es una situación "sistémica". Bajo ningún punto de vista, puede hablarse de "conductas desviadas" o de afanes imperiales exclusivamente. Estamos en presencia de un proyecto de totalidad, premeditado, dirigido a la extinción de una comunidad humana.

Enfrentado el problema ante la Cámara de los Lores, se presentaron diversos problemas. En primer lugar, ¿qué debe entenderse por *grupo nacional*? Mi respuesta sería que un grupo o "minoría nacional" sería la establecida en los términos del art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966):

"En los Estados en que existen minorías, étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negar a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma" (art. 27 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966). Este artículo fue determinante para el reconocimiento de las minorías en el Derecho Internacional. En este apartado quedarían comprendidas las minorías étnicas o raciales.

Minorías

El problema se profundiza y complica cuando tenemos que enfrentarnos al tema de *las minorías religiosas*. En efecto, una "minoría religiosa" es un grupo humano que profesa un sistema de creencias, en la idea de mantener la fe, en una entidad superior.

La cuestión obliga a una delimitación más clara cuando se refiere a los grupos políticos. De entrada, no están reconocidos en el artículo II de la Convención sobre Genocidio. ¿Entonces, quedarán dentro de los grupos nacionales o religiosos? Me inclino por la primera alternativa. En el caso de Chile existió Genocidio respecto de "grupos humanos" que, aún no profesando una religión *stric sensu*, adherían a una doctrina (conjunto de creencias), como sería el caso de los partidos políticos de orientación agnóstica o marxista.

³⁶ Véase "El País", Madrid, 7 de febrero de 1999, *Entrevista al presidente Luzius Wildhaber*, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³⁷ Véase Luis T. Díaz Müller, "El estupor de la conciencia: Genocidio, Racismo y Etnocidio", México, *Acta Sociológica*, F.C.P.S., UNAM, núm. 23, mayo-agosto de 1998, p. 11.

En lo que se refiere a los indígenas, es claro que debe hablarse de Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas, en que se ha dado el delito de Genocidio por razones, étnicas. Por tanto, debe quedar en claro que el delito de Genocidio, como uno de los Crímenes contra la Humanidad, implica una responsabilidad penal individual.

En consecuencia, la creación de un tribunal penal internacional, de carácter permanente, no solo enfatiza el carácter universal e imprescriptible de este tipo de delitos. Además, contribuye a esclarecer, más ahora que nunca, la existencia y legitimidad del derecho internacional de los derechos humanos.

IV. *Transiciones: el derecho transnacional y la creación de un derecho internacional de los derechos humanos.*³⁸

1. En breve, la detención del dictador y “senador vitalicio” general Augusto Pinochet marca una línea divisoria categórica en el desarrollo progresivo de internacionalización y transnacionalización de los Derechos Humanos;

2. La detención se da en medio de un proceso de "democracia protegida", vigente aún la Constitución de 1980, con la Ley de Auto-Amnistía de 1978, y la existencia de "pactos secretos" sobre la transición a la Democracia. No existen, por tanto, condiciones político-jurídicas para el juzgamiento del general-senador ante los tribunales chilenos.

3. Las variables internacionales de la transición repercuten en el proceso político-económico chileno así como en otros países (Argentina, Uruguay, Brasil), en medio del término de la Guerra Fría de creación de sistemas regionales de protección, que conducen a la Construcción de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³⁹

4. *Los crímenes contra la humanidad*: secuestro, tortura, desapariciones, terrorismo, genocidio, quedan claramente tipificados en el proceso al general Pinochet. Existe una variante digna de análisis: el envío del "caso Pinochet" a la Corte Europea de Derechos Humanos.⁴⁰

Esto debería significar, en mi parecer, y a la hora en que escribo estas líneas, que la inconclusa transición chilena debería manifestarse en un imperativo ético y de justicia que, al menos, podremos legar a nuestros hijos. En nombre de tantos.

³⁸ Natan Lerner, “Minorías y grupos en el Derecho Internacional”, México, CNDH, 1991; Luis Díaz Müller, “La protección constitucional de las minorías en América Latina”. En, R. Stavenhagen, Editor, “Derechos Humanos y Derecho Indígena”, El Colegio de México- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

³⁹ Véase Luis T. Díaz Müller. “América Latina. Relaciones Internacionales y Derechos Humanos”, México, Fondo de Cultura Económica, Segunda edición, 1991, Tercera Edición (en prensa).- Finalmente, por razones *obvias*, debo agradecer a muchos defensores de Derechos Humanos o de vocación humanitaria, que me entregaron su apoyo con materiales e información (Londres, España, Estados Unidos) para la investigación de un libro en preparación. Gracias.

⁴⁰ Véase Luis T. Díaz Müller, “El estupor de la conciencia...”, p. 13.