REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 210
Año LXIX
Julio-Diciembre 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

HACER JUSTICIA EN COLONIAS[1] (ANALISIS DEL AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1998)

RAUL ANDRES SANHUEZA CARVAJAL[2]

PREAMBULO

Antes de abordar este trabajo creo necesario especificar lo que no se trata en él.

No se tratan las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el régimen militar chileno (1973-1990), pues ellas constituyen un 'hecho pacífico'[3]. Desde el Informe Rettig hasta la Mesa de Diálogo, ha quedado establecido que, en ese período, funcionarios públicos cometieron ilícitos contra la vida y la integridad física de las personas. Las responsabilidades políticas de estos hechos han sido establecidas, y corresponde a los tribunales y a los historiadores pronunciarse sobre las responsabilidades jurídica e histórica[4].

[1] El título está adaptado de declaraciones de prensa formuladas por el ex Presidente de Gobierno de España Felipe González quien, interrogado sobre la orden de detención de Augusto Pinochet, respondió que entendía que España había dejado de hacer justicia en colonia hacía 180 años. Al respecto, Carlos Malamud: "El caso Pinochet en España", en Bicentenario. Revista de Historia de Chile y América, Vol. I, Nº 1, 2002, pp. 75-100.

[2] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (Chile), Diplomado por la Escuela Diplomática (España), la Academia Diplomática Andrés Bello (Chile) y el Instituto Internacional de Administración Pública (Francia), Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad de París III-La Sorbonne Nouvelle, Doctor en Derecho por el Instituto Universitario Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid (Especialidad en América Latina Contemporánea).

[3] En derecho procesal, hecho pacífico es aquel que no requiere prueba porque es evidente, o porque ha sido reconocido por la contraria.

[4] "La declaración final de la Mesa de Diálogo contiene la manifestación y el reconocimiento explícito de los excesos cometidos en contra de conciudadanos. Dichos atropellos a los derechos humanos no tienen justificación". Juan Emilio Cheyre Espinoza: "2003: Un desafío de futuro", en diario La Tercera (Chile), Reportajes, día 5 de enero de 2003, página 4.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Tampoco me ocuparé del proceso que, desde marzo de 1998 el Poder Judicial chileno incoa a Augusto Pinochet, pues desde la perspectiva internacional, este proceso ha mostrado el funcionamiento del Estado de derecho chileno. En efecto, la República se personifica en el principio de 'igualdad ante la ley': la idea de que nadie está por encima del derecho, ha impregnado la historia republicana. Al disponer el procesamiento del ex Presidente de la República y ex senador, el Poder Judicial ha reafirmado este principio.

INTRODUCCION

Los principales aspectos de las 'ideas recibidas' del español medio –y ante todo de la elite madrileña–... eran los siguientes:

1º. Habría una inferioridad congénita, natural, en América, que la colocaba por debajo de Europa... En particular, los españoles medios ven a los hispanoamericanos, dado que son sus antiguos súbditos, como más ignorantes, dotados de mayores vicios o defectos, e incluso infantiles.

2º. América 'es ingrata' por cuanto España 'había derramado su mejor sangre y riqueza en sus reinos de ultramar' y, por tanto, sus ex colonias 'estaban moralmente en deuda con su madre patria'...

3º. Privadas del paternal benéfico gobierno monárquico católico español, las 'repúblicas' viven una vida de caos y desorden, muy inferior al nivel que tenían en la época colonial, y no es imposible que renuncien a su falaz independencia para volver a someterse a las instituciones españolas, capaces de restaurar el orden[5]. El cuadro que el español medio se hace de América... no puede ser más patético"[6].

[5] "Sin derechos, sin libertad, sin seguridad, consecuentes únicamente con la inconsecuencia, empobrecidos y aniquilada su vitalidad, presa constante de ambiciones personales y de querellas sangrientas, y amenazada tan de cerca su nacionalidad por una absorción extranjera, buscada con perseverante afán y sagazmente combinada ¿qué camino de salvación le resta a la desdichada América?". Alfonso de Escalante, página 1 del núm. 3 de la revista La América del 8 de abril de 1858, citado por Carlos M. Rama: Historia de las relaciones culturales entre España y la América Latina. Siglo XIX, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 91.

[6] Carlos M. Rama: Historia de las relaciones culturales entre España y la América Latina. Siglo XIX, op. cit., pp. 90-91. En 1999, Laura Ruiz Jiménez advierte la existencia de tres visiones sobre los países latinoamericanos en los periódicos ABC, El Mundo y El País, entre 1991-1993: "El primer estereotipo es la constante presentación de una España moderna frente a una América Latina tercermundista. El segundo, la difusión de una imagen de España como líder natural y único del mundo 'iberoamericano'. Asimismo, desde la Conferencia de Salvador de Bahía, los tres diarios construyeron un tercer estereotipo que remarcaba la incapacidad de los iberoamericanos para cualquier tipo de acción y su tendencia incorregible hacia la retórica". Laura Ruiz Jiménez: "La Comunidad Iberoamericana de Naciones en la prensa española de gran tirada: ¿Casa común o proyecto español?", en Síntesis, Revista de Ciencias Sociales Iberoamericanas: Nº 31-32. El nuevo multilateralismo y las políticas exteriores de América Latina, Madrid, p. 246.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La detención en Londres del ex senador Augusto Pinochet, a instancias del Estado español, constituyó un hito en las relaciones internacionales. Por primera vez un país se arrogaba la competencia para conocer y juzgar hechos acaecidos en el territorio de otros países, sin que existiera un factor de conexión de los reconocidos por el derecho internacional, y sin que el imputado se encontrara en el territorio de dicho Estado.

La situación planteada pudo analizarse desde varias perspectivas. Para los defensores de derechos humanos se trató de un paso más en la lucha contra la impunidad de ciertos crímenes.

No se trata de 'azotes justicieros', sino de ciudadanos del mundo que creen que el derecho internacional está para aplicarlo, que la humanidad puede exigir que en Chile no se rompan los huesos a los detenidos, se les saquen los ojos 'en vivo' o se les fusile 'por partes'. Se trata de que quienes robaban niños y los vendían, quienes arrojaban vivos al mar desde aviones a los secuestrados en los 'vuelos de la muerte' respondan por ello ante un tribunal de justicia. Nos da igual que sea en Buenos Aires o en cualquier otro lugar. Hay derechos que son de todos o no son[7].

Otros autores creyeron ver un efecto de la 'globalización', aplicada a un área hasta entonces reservada al derecho interno.

Más allá de razones de justicia nacional, que son esenciales, pero no el objeto de este análisis, el proceso a Pinochet se ha transformado en 'el gran juicio de comienzos del milenio', donde ya importa poco si tiene lugar en Chile, o en España o en Londres. Para el 'mundo globalizado' del que nos gusta hablar, este es 'su' juicio. Uno al que lo impulsan intereses y valores que tienen enorme respaldo internacional[8].

Por último, autores españoles y mexicanos aludieron al 'servicio' que España prestaba a las democracias latinoamericanas, en relación con el proyecto español de Comunidad Iberoamericana de Naciones.

No se oculta a nadie un capítulo, singularmente significativo de esta vinculación [iberoamericana], por cuanto ha provocado conmociones informativas notables: la persecución por la justicia española... de dictadores latinoamericanos acusados de terrorismo de Estado y que han escapado de una u otra forma –a través normalmente de leyes de autoamnistía– a la acción de la justicia de sus países. Así se

[7] Carlos Castresana Fernández: "Transición memoria y justicia", en diario El País (España) del 1 de mayo de 2001, p. 9.
[8] Genaro Arriagada: El juicio a Pinochet en el contexto internacional, Informe Nº 28 en www.-asuntospublicos.org.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pudo producir el 'arresto preventivo' del general Pinochet en Londres, tras la orden de busca y captura impartida por un juez español a través de la Interpol[9].

Estas posiciones, sin embargo, no resuelven ciertas inquietudes teóricas.

Más que universalización de la justicia, hemos visto una gestión nacional de justicia extraterritorial, relacionada con procesos históricos que vinculan a los países concernidos. En su virtud, las ex metrópolis (España en América Latina, Bélgica en Ruanda) han asumido el rol de administradores nacionales de justicia universal, referidas a sus antiguas colonias. Con ello, se ha regresado a la imposición de un derecho nacional sobre otro.

En consecuencia, se han establecido distintas varas para medir los mismos hechos según la relación existente entre juzgados y juzgadores. Aunque el Estado francés ha reclamado el encarcelamiento de militares argentinos y chilenos por delitos presuntamente sufridos por sus nacionales, ha aplicado una notable benevolencia a sus propios militares confesos de los mismos crímenes (incluyendo el respeto escrupuloso a una ley de autoamnistía).

Tampoco puede desconocerse la actitud de la derecha española. La exigencia que en Chile se hiciera la más absoluta justicia y que España participara en ella[10], contrasta con su negativa a condenar la dictadura franquista.

Además, la pretensión española fue mantenida pese a que el senador Pinochet regresó a Chile, donde fue desaforado, sometido a proceso y sobreseído. La pervivencia de la atribución de jurisdicción[11] mostró el error de quienes, desde una óptica juridicista, sostenían que lo ocurrido era un conflicto de jurisdicciones concurrentes. Al día de hoy, el Estado español considera que en Chile se ha cometido un genocidio y que España es competente para su juzgamiento.

Estos hechos me llevan a modular una posición diferente. Bajo el aparente dominio de la globalización y de la universalización de los derechos humanos, los viejos paradigmas realistas de hegemonía y poder continúan vigentes; lo ocurrido entre Chile y España es un conflicto que se explica en el marco del establecimiento de vínculos asimétricos de carácter neo-colonial. Ello no significa

[9] José Luis Rubio Cordón: "España ante la comunidad iberoamericana: una ambigüedad a superar", en Cuadernos Americanos (México), UNAM, Nº 74, 1999, pp. 28-29.

[10] "España es amiga de Chile y este asunto que ya se prolonga y que, sin duda, lo hará aún más, está afectando negativamente a nuestras relaciones bilaterales. Pero si nuestro país es amigo de Chile, más lo es de la justicia". "Pinochet y la justicia", editorial diario ABC (España) del lunes 9 de agosto de 1999, página 11.

[11] Después de marzo del 2000, el Poder Judicial español ha requerido la congelación de cuentas del senador Pinochet en ciertos países y ha dictado orden de detención contra otros ciudadanos chilenos, como el general (r) Herman Brady.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ignorar la incidencia de nuevas ideologías en el sistema internacional; sin embargo, en su esencia las políticas internacionales siguen siendo políticas de poder.

Para ello analizaré la sentencia de la Audiencia Nacional del 5 de noviembre de 1998 y abordaré sus elementos coloniales.

EL AUTO DEL PLENO DE LA AUDIENCIA NACIONAL. SUS ELEMENTOS

1. Los procesos españoles

En marzo de 1996, la Unión Progresista de Fiscales (U.P.F.) [12] denunció ante el Juzgado de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional[13] la comisión de delitos de genocidio y terrorismo con resultado de muerte, detenciones ilegales, desapariciones y otros, ocurridos en Argentina (1976-1983), imputando a los integrantes de las juntas militares que gobernaron al país, y a algunos subordinados. El juez abrió un expediente de diligencias previas Nº 148/1996, transformado posteriormente en el Sumario Nº 17/97.

En julio de 1996, la misma U.P.F. presentó en un juzgado de Valencia una denuncia contra Augusto Pinochet Ugarte, Gustavo Leigh Guzmán, César Mendoza Durán, José Toribio Merino Castro, Fernando Matthei Aubel, Rodolfo Stange Oelckers y Manuel Contreras Sepúlveda por los delitos de genocidio, terrorismo, crímenes contra la humanidad, detención ilegal seguida de desaparición, y sustracción de menores, haciéndose especial mención de ciudadanos españoles. El tribunal se declaró incompetente y remitió los antecedentes a la Audiencia Nacional.

En este tribunal, la denuncia fue enviada al Juzgado de Instrucción Nº 6, ante el cual se presentó una querella (Fundación española Presidente Allende[14]) y una nueva denuncia (U.P.F.). En febrero de 1997 el juez de instrucción abrió un expediente por diligencias previas Nº 242/96. En enero de 1998 el expediente pasó a ser sumario Nº 1/98, que involucraba hechos acaecidos en Chile y Operación Cóndor.

[12] Asociación Sindical del Ministerio Público español, próxima al PSOE.
[13] La Audiencia Nacional es el tribunal encargado de conocer delitos cometidos fuera del territorio español (artículos 65 Nº 1 y 23 Nº 4 la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985).
[14] La Fundación Presidente Allende fue creada en 1990, al amparo de la Ley sobre Fundaciones Culturales, y su directorio está integrado por los señores Joán Garcés, Víctor Pey Casado, Gonzalo Martner García, Oscar Soto Guzmán y Clodomiro Almeyda.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El Ministerio Fiscal español invocó la ausencia de competencia de España, lo que retrasó el desarrollo del proceso 1/98. Ello llevó a los querellantes a trasladar su acción al Juzgado de Instrucción Nº 5; en marzo de 1998 la Agrupación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos, la Sra. Herminia Antequera Latrille y la Fundación española Presidente Allende presentó una querella contra autoridades del régimen militar chileno por la Operación Cóndor.

En definitiva, los planteamientos del Ministerio Fiscal fueron rechazados por los jueces de instrucción, lo que motivó la interposición de recursos de apelación que fueron conocidos por el Pleno de la Audiencia Nacional.

2. El Auto del Pleno de la Audiencia Nacional. Breve descripción

La resolución se estructura en seis partes, que abordan los principales argumentos contrarios a la competencia española:

(A) La primera se refiere al artículo 6º de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio[15].

Para los críticos de la competencia española, esta disposición impedía a la justicia hispana conocer de un delito de genocidio cometido fuera del territorio español, ya que su tenor señala:

> Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción[16].

Sin embargo, la Sala Penal de la Audiencia Nacional señaló:

> El artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los

[15] La Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio fue suscrita el 9 de diciembre de 1948. España adhirió el 13 de septiembre de 1968.
[16] Centro de Derechos Humanos: Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales, Ginebra, Naciones Unidas, 1988, p. 144.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio –que busca un compromiso de las partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normas penales, de persecución del delito de genocidio y de evitación de la impunidad de crimen tan grave – tener el citado artículo 6 del Convenio como norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquier otra distinta de las que el precepto contempla. Que las partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende. De ningún modo podríamos entender que el artículo 6 transcrito impidiese a los Estados signatarios hacer uso del principio de persecución por personalidad activa recogido en sus normativas internas. Sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio.

Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (artículos 96 de la Constitución Española y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969), es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional.

Al realizar esta interpretación, la Sala Penal de la Audiencia Nacional desconoció que el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

debía ser interpretado conforme las normas del derecho internacional, representadas por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados[17], que señala:

> 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
>
> 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexo:
>
> a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
>
> b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
>
> 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
>
> a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
>
> b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
>
> c) Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
>
> 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes[18].

(B) La segunda aborda la naturaleza del artículo 23 Nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) de España.

En contra de lo que dio a entender la prensa, la legislación española no contempla la competencia extraterritorial en nombre del principio de justicia universal con carácter amplio. El artículo 23 Nº 4 de la L.O.P.J. sólo la establecía para ciertos delitos, al indicar que:

[17] La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue concluida el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. España se adhirió el 16 de mayo de 1972 y Chile la ratificó el 9 de abril de 1981.
[18] Santiago Martínez Lage y Amador Martínez Morcillo: Diccionario diplomático iberoamericano, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1987, pp. 230-231.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio.
b) Terrorismo.
c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
d) Falsificación de moneda extranjera.
e) Los relativos a la prostitución.
f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas o estupefacientes.
g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Esta ley había sido aprobada en 1985. En consecuencia, la competencia española para casos de genocidio y terrorismo sólo se podía ejercer a partir del 1 de julio de ese año.

Sin embargo, la Sala Penal de la Audiencia Nacional estableció que esta disposición:

> ...no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras leyes. La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio –la pena– trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. El principio de legalidad (artículo 25 de la Constitución española) impone que los hechos sean delito –conforme a las leyes españolas, según el artículo 23, apartado cuatro, tan mencionado– cuando su ocurrencia; que la pena que pueda ser impuesta venga ya determinada por ley anterior a la perpetración del crimen, pero no que la norma de jurisdicción y de procedimiento sea preexistente al hecho enjuiciable. La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito.

Con esta afirmación, la Sala Penal de la Audiencia Nacional infringió un principio esencial del derecho penal: el juez predeterminado. En su virtud, la ley

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

debe establecer la jurisdicción para conocer de un delito antes que los comportamientos juzgados sean cometidos. La L.O.P.J. asignó esta competencia a la Audiencia Nacional a partir de 1985, 12 años después de acaecidos los hechos denunciados.

(C) La tercera determina si los hechos investigados constituyen genocidio.

Como se ha visto, el artículo 23 Nº 4 no establecía una competencia genérica extraterritorial; únicamente la aceptaba en las hipótesis de genocidio, terrorismo y otros delitos que España debiera perseguir en virtud de acuerdos internacionales.

El genocidio está definido en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que señala:

> 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 del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
>
> d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
>
> e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo[19].

La definición, recogida por la legislación española[20], limitaba el alcance del genocidio a la destrucción total o parcial de un grupo en razón de su nacionalidad,

[19] Centro de Derechos Humanos: Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales, op. cit., pp. 143-144.

[20] El artículo 607 del Código Penal español indica: "1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren algunos de los actos siguientes, serán castigados:
1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros...
2º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a algunos de sus miembros o produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 149 [lesión grave].
3º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150 [lesión menos grave].
4º Con la misma pena si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

su religión, o su origen étnico o racial. Con ello preservaba la importancia de este delito, definido por Rafael Lemkin como la destrucción de una nación o de un grupo étnico[21].

La definición excluía los delitos cometidos contra grupos en razón de sus opciones políticas, los cuales podían tipificarse como asesinatos, lesiones, u otros hechos punibles; sin embargo, dada la interpretación restrictiva que, conforme al principio de legalidad, debe hacerse de los tipos penales, dichas imputaciones no encajaban en la definición de genocidio, y de la base de la competencia española.

No obstante, no fue esta la opinión de la Sala Penal de la Audiencia Nacional. Haciendo prevalecer una norma política (la Resolución 96 de la Asamblea General de Naciones Unidas[22]), por sobre el Convenio para la Prevención y Represión del Genocidio, el tribunal afirmó que la inexistencia de una norma que castigue la represión por razones políticas no impide su juzgamiento.

> Estos hechos imputados constituyen delito de genocidio. Sabemos por qué en el Convenio de 1948 no aparece el término "político" o las voces "u otros" cuando relaciona en el artículo 2 las características de los grupos objeto de la destrucción propia del genocidio. Pero el silencio no equivale a exclusión indefectible. Cualesquiera que fueran las intenciones de los redactores del texto, el Convenio cobra vida a virtud de las sucesivas firmas y adhesiones al tratado por parte de miembros de Naciones Unidas que compartían la idea de que el genocidio era un flagelo odioso que debían comprometerse a prevenir y a sancionar. El artículo 137 bis del Código Penal español derogado y el artículo 607 del actual Código Penal, nutridos de la preocupación mundial que fundamentó el Convenio de 1948, no pueden excluir de su tipificación hechos como los imputados en esta causa. El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países

cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.
5º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2º y 3º de este apartado.
2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años".

[21] Yves Ternon: El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX, Barcelona, Ediciones Península, 1995, p. 15.

[22] La resolución reconoció que el genocidio es un crimen de Derecho de Gentes y señaló que lo que lo caracterizaba es el exterminio de un grupo por razones raciales, religiosas, políticas u otras.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen "grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación", sino simplemente grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social de genocidio –sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito– no permitiría exclusiones como las apuntadas. La prevención y castigo del genocidio, como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria... Y en estos términos, los hechos imputados en el sumario constituyen genocidio, con consiguiente aplicación al caso del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, españoles también. Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación que se pretendió exterminar.

De esta manera, el Estado español se apartó del texto de la ley española e internacional y 'creó' un delito, el 'genocidio social'.

Esta labor cuasi-legislativa, contraria al principio de legalidad, ha sido criticada por la doctrina que recuerda que, históricamente, la creación de 'delitos genéricos' ha ido asociada a regímenes dictatoriales. En particular, se ha dicho:

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> ...no es procedente reemplazar el concepto legal de genocidio (proveniente de la Convención de 1948 y del propio Código Penal) por un concepto 'social' de genocidio. La diferencia práctica de ambos conceptos radica –como es claro– en la posibilidad de considerar 'genocidio' la persecución, tortura o exterminio de grupos sociales diversos de los establecidos en la ley penal española y la Convención de 1948, limitada... a los grupos étnicos, raciales o religiosos. En particular, se trata de si es posible extender el concepto legal de genocidio al exterminio de grupos políticos. El concepto 'social' de genocidio ha sido defendido con el argumento según el cual 'la omisión del legislador no significa exclusión'. Pero, si esto fuera así, es preciso saber cuál es la fuente válida del derecho que demuestra que el legislador, omitiendo, no quiso excluir... a mi modo de ver no es sostenible que en el artículo 23.4 L.O.P.J. el concepto de genocidio deba ser entendido como un concepto social, es decir, incluyendo también la persecución o exterminio de grupos políticos. Tal conclusión no aparece respaldada por el texto legal[23].

Este rechazo alcanza incluso a quienes defienden la competencia española:

> ...yo no creo que Pinochet sea un genocida, y por eso critico la sentencia, el auto de la sala de lo penal y antes las decisiones del juez instructor en este punto. Por lo tanto en este sentido, no hago sino estar de acuerdo con lo que aquí se ha dicho, y estoy de acuerdo, además, porque yo creo que no se debe vanalizar [sic] el crimen de genocidio extendiéndolo indebidamente, sobre todo cuando uno cuenta ya, en el acerbo de tipos criminales con alternativas, que en el orden internacional son los crímenes contra la humanidad que permiten la persecución de aquellos que de una forma sistemática y masiva actúan criminalmente contra grupos ya políticos y sociales e ideológicos, y no necesariamente nacionales, raciales, étnicos y religiosos. Y por lo tanto, me parece innecesario acudir al genocidio para perseguir estos crímenes, en el orden internacional está el crimen contra la humanidad[24].

[23] Enrique Bacigalupo: "Intervención de Enrique Bacigalupo", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, Documento de Trabajo del Programa de América Latina del Instituto Universitario Ortega y Gasset de España, Madrid, 01/2000, pp. 43-44.

[24] Antonio Remiro: "Intervención de Antonio Remiro", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, Documento de Trabajo del Programa de América Latina del Instituto Universitario Ortega y Gasset de España, Madrid, 01/2000, p. 52. El problema de este argumento es que, como los crímenes contra la humanidad no están incorporados en el art. 23 Nº 4 de la L.O.P.J., como delito perseguible extraterritorialmente por la jurisdicción española, el principio de legalidad impedía la competencia española.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

D) La cuarta aborda el delito de terrorismo

La Sala Penal analizó también la posibilidad que los hechos denunciados constituyeran delito de terrorismo. Ello, porque este delito es la otra posibilidad que contempla el art. 23 Nº 4 de la L.O.P.J. para la competencia extraterritorial española.

El Ministerio Público entendía que no había habido delito de terrorismo porque no se cumplían los requisitos de la legislación española para tipificar este delito. En ausencia de norma internacional, el artículo 571 del C.P. expresa:

> Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

Sobre esta base, se entendía que los hechos acaecidos en Chile no correspondían a delitos de terrorismo porque:

– El art. 571 requiere que los participantes constituyan una 'banda armada' o una 'organización o grupo cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública'. En el caso chileno, se trataba de funcionarios públicos que se integraban en una estructura que había ocupado el poder, y que había sido reconocida como gobierno de Chile por España. Asimismo, se recordaba que en un hecho ocurrido en España –el caso GAL[25]– los tribunales

[25] "En 1975, tras la muerte del dictador Franco, se inicia en el Estado español la denominada transición a la democracia, durante la cual se vivieron dos realidades muy distintas: por un lado, la clase política entablaba una negociación para convertir la dictadura en una democracia al estilo occidental, quedando intacta la estructura del Estado y permaneciendo sus responsables impunes; por otro lado, en la calle se suceden las huelgas y las manifestaciones por la libertad, duramente reprimidas por la policía.
Donde el conflicto tiene más crudeza es en Euskadi (País Vasco), pues al rechazo a la dictadura y a la negociación política se une la reivindicación de su independencia. Tras terminar la transición con la aprobación de la Constitución de 1978, ampliamente rechazada en Euskadi, el Estado se centra en la lucha contra Euskadi Ta Askatasuna (E.T.A.), grupo armado que defiende la independencia de Euskadi con un gran apoyo social, mediante medidas legales, como la promulgación de leyes especiales antiterroristas, y también con la denominada "guerra sucia" contra E.T.A.
En la primera fase de la guerra sucia, el Estado consiente la actuación de grupos terroristas de extrema derecha, que dejan una secuela de personas muertas y heridas, tanto en la parte española como en la francesa del País Vasco.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

habían resuelto que los funcionarios públicos podían cometer otros delitos (contenidos en los títulos VI y VII del Libro II del C.P.), pero no terrorismo.

– Además, este grupo debía 'subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública'. El Ministerio Público entendía que dicho orden constitucional o dicha paz pública eran la española (en España, el terrorismo es un delito contra el orden público, mientras que el genocidio es un ilícito contra la comunidad internacional).

No fue ésta la posición de la Sala. Recurriendo, en ausencia de ley, a la doctrina:

> La sala... debe decir que los hechos imputados en el sumario, susceptibles de tipificarse como constitutivos de delito de genocidio, pueden también calificarse como terrorismo. No estima el Tribunal que la incardinación de los hechos en el tipo del delito de terrorismo haya de quedar excluida, porque exigiéndose en sus distintas formas por nuestro derecho una finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, no se pueda encontrar en los hechos imputados tendencia alguna en contra del orden constitucional español. La tendencia subversiva ha de hallarse en relación con el orden jurídico o social del país en el que el delito de terrorismo se comete, o al que directamente afecta como destinatario del ataque, y esta traslación necesaria de un elemento táctico no impide la susceptibilidad de tipificarse como terrorismo, según la ley penal española, que es exigencia del artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por lo demás, hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto

En 1982, tras la victoria del Partido Socialista Obrero Español (P.S.O.E.) en las elecciones generales, después de las que consigue formar gobierno, el Estado, a través del Ministerio de Interior, crea los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.), que recogen a parte de las mercenarias y mercenarios que trabajaron para los grupos de extrema derecha y contrata a otras y otros nuevos, financiándolos, dándoles cobertura y protegiéndolos cuando alguna o alguno de sus miembros era detenida o detenido en Francia tras algún atentado.
Los G.A.L. funcionaron entre 1982 y 1987, dejando tras de sí decenas de personas muertas y heridas. Entre sus crímenes más destacados figura la que fue su última acción oficial, el asesinato en 1987 de Juan Carlos García Goena, un objetor de conciencia refugiado en Francia; también el secuestro, tortura y asesinato de los refugiados políticos en Francia, Lasa y Zabala. Estas dos personas fueron secuestradas y trasladadas a la sede central de la lucha antiterrorista, donde fueron torturadas durante varios días, tras lo cual fueron llevadas a Alicante (sur del Estado español), donde se les remató y enterró en cal viva". Transcripción del programa especial de 'Radio Topo', emitido en onda corta para todo el mundo, a través de Radio Europe, en www.geocities.com/CapitolHill/2838/gal.html.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del procedimiento la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaliéndose de ella. La asociación para los actos ilegales de destrucción de un grupo diferenciado de personas tenía vocación de secreta, era paralela a la organización institucional en la que los autores quedaban encuadrados, pero no confundible con ella. De otra parte, concurren las notas estructural (organización estable), de resultado (producción de inseguridad, turbación o miedo a un grupo o a la generalidad de la población y teleológica (entendida como de rechazo del orden jurídico, del mismo orden jurídico vigente en el país a la sazón), propias de la banda armada.

Como escribía Antonio Quintano Ripolls en los años cincuenta: "Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es el del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo.

(E) La quinta se refiere a las torturas

El Ministerio Público entendía que los hechos denunciados no constituían tortura, porque:

– La Convención contra la Tortura había sido suscrita por Chile y España en 1988, y los hechos que se imputaban al régimen militar chileno habían ocurrido entre 1973 y 1978.

– De acuerdo a la Convención contra la Tortura se requería que el Estado que invocara jurisdicción lo hiciera por un acto especial –una ley– y España no había dictado dicha ley.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– Conforme a la ley española, la tortura es definida con criterios restrictivos[26], por lo que los hechos denunciados correspondían a la figura de los 'malos tratos', sobre los cuales no hay competencia extraterritorial.

Sin embargo, la Sala Penal obvió esta cuestión, pues señaló que la tortura estaba incorporada en el genocidio[27].

(F) La sexta a la procedencia de la cosa juzgada y la litispendencia.

El Ministerio Público alegó que los hechos denunciados eran juzgados en Chile o lo habían sido, recordando la existencia de juicios cerrados y pendientes dirigidos incluso contra el ex jefe del Estado chileno. Respecto de la vigencia de la ley de amnistía aprobada en Chile estableció que la misma era parcial, hasta 1978, por lo que no excluía el ejercicio de la jurisdicción chilena.

Sin embargo, luego de recordar que en casos concernientes a ciudadanos chilenos de origen español, la justicia chilena había aplicado la ley de amnistía, la Sala Penal expresó:

> Han de tenerse por imprejuzgados los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al ius cogens internacional dicho decreto ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el

[26] El artículo 174 del C.P. define el delito, señalando: "Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral".

[27] "Las torturas denunciadas formarían parte del delito de mayor entidad de genocidio o terrorismo. Por ello resulta estéril examinar si el delito de tortura es, en nuestro derecho, delito de persecución universal por la vía del artículo 23, apartado cuatro, letra g de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el artículo 5 del Convenio de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si España tiene jurisdicción para la persecución del genocidio en el extranjero, la investigación y enjuiciamiento tendrá necesariamente que alcanzar a delitos de tortura integrados en el genocidio. Y no sólo en el caso de víctimas de nacionalidad española, conforme podría resultar del artículo 5, apartado uno, letra c, de la Convención citada, que no constituye una obligación ineludible para los estados firmantes, España tendría jurisdicción propia como derivada de un tratado internacional en el caso del apartado dos del artículo 5 de la Convención mencionada, pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante jurídicamente a los efectos de la apelación y del sumario".

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible –a virtud de norma despenalizadora posterior– en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado dos del artículo 23 de la ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan aludido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con esta afirmación, la Sala Penal de la Audiencia Nacional reafirmó la existencia de un vínculo asimétrico, de carácter neo-colonial entre España y Chile. El tribunal español omitió interpretar una norma jurídica chilena conforme al derecho chileno o, en su defecto, conforme al derecho internacional.

LA AUDIENCIA NACIONAL Y EL COLONIALISMO JUDICIAL

1. Generalidades. El Reino de España y el principio de legalidad

Al presentar el Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, he indicado algunas cuestiones. El Poder Judicial español enfrentaba una difícil alternativa: cometer una infracción jurídica evidente (enfrentarse abiertamente al principio de legalidad, y juzgar a militares y civiles chilenos y argentinos, sin texto legal que lo sostuviera, por crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra), o una menos aparente (pervertir los textos legales y aplicarlos a hechos que no coincidían con las definiciones legales).

Al optar por esta última fórmula, el Poder Judicial mostró que el Reino de España no es, propiamente hablando, un Estado de derecho.

Como lo han definido los constitucionalistas, el elemento fundamental de este Estado es el llamado 'imperio de la ley', esto es, la exigencia de que todos los órganos y poderes del Estado sometan su acción a la norma legal. De allí el aforismo que 'en derecho público (esto es, el derecho propio de la acción de los órganos del Estado) sólo se puede hacer lo que la ley permite'[28].

Las constituciones de Chile y España reconocen este principio esencial. De acuerdo al artículo 7 del texto chileno:

[28] Contraponiéndolo al derecho privado, donde se puede hacer todo lo que la ley no prohíba.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.
>
> Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
>
> Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale[29].

Aplicado al Poder Judicial, el Estado de derecho supone que los tribunales aplican la ley, respetando las garantías jurídicas de derechos y libertades de los ciudadanos.

> La doctrina científica ha ido desglosando de los anteriores elementos otros que, en general, pueden considerarse implícitos en el 'imperio de la ley' o en la salvaguardia de los derechos y libertades, como es el caso del principio de seguridad jurídica, u otros más específicos, como por ejemplo, en órbita del derecho procesal penal, el derecho a ser enjuiciado por el juez ordinario predeterminado por la ley[30].

En su resolución, la Sala Penal de la Audiencia Nacional se apartó de ambas nociones.

> Dictada la resolución, el presidente de este Organismo [Audiencia Nacional], en declaraciones a la prensa manifiesta que, con este fallo, los tribunales españoles 'están creando derecho'. Olvida este alto magistrado

[29] A su vez, el artículo 9 de la Constitución española establece: "1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".
[30] Oscar Alzaga, Ignacio Gutiérrez y Jorge Rodríguez: Derecho político español según la Constitución de 1978, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, segunda edición, 1997, p. 213.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> que los tribunales inspirados en el derecho romano y francés, como es de su país, no pueden crear derecho, porque éste debe estar escrito, a diferencia del sajón. Sólo deben aplicarlo. Y si no lo hacen cometen el delito de prevaricación[31].

¿A qué se debe esta infracción?

Una primera explicación se encuentra en la propia Audiencia Nacional, tribunal nacido bajo la dictadura franquista con el nombre de 'Tribunal de Orden Público (T.O.P.)', responsable de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos cometidas en España a partir de 1939, particularmente la represión del nacionalismo vasco. Dicho tribunal no cumplía una función propiamente jurisdiccional, sino que 'cubría' las arbitrariedades cometidas por las Fuerzas Armadas y las policías españolas[32].

La pactada transición española –dirigida por los propios responsables de estas violaciones[33]– y la pervivencia del separatismo vasco (con su expresión violenta el grupo ETA) hacían impensable abolir dicho tribunal. Ello,

> ...condujo a decir, necesitamos en Madrid un órgano que no sea el horrendo tribunal de orden público, el T.O.P., pero sí un órgano antiterrorista. Y ante la preocupación de la clase política de que se dijera que si sólo se dedicaban al terrorismo era el mismo tribunal de orden público, pero con otro nombre... Se procede a la vestimenta de este tribunal antiterrorista, concediéndole nuevas competencias en el orden penal y revistiéndole de salas con jurisdicciones distintas, y en la práctica secundarias...
>
> Ahora bien, ¿en qué latitud europea existe una Audiencia Nacional del corte de la nuestra? Hasta donde yo sé (mi ignorancia desde luego es

[31] Sergio Urrejola Monckeberg: "El proceso al senador Pinochet por tribunales extranjeros. Posición jurídica chilena", en Juriste International, octubre 1999, p. 37.
[32] "...dicho sea con todos los respetos [los magistrados del T.O.P.] eran delincuentes que cometían delitos continuados con toga, y lo que sucede, es que... se les amnistía junto con otros violadores de los derechos humanos...". Oscar Alzaga: "Intervención de Oscar Alzaga", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, op. cit., p. 20.
[33] Cuya máxima expresión es la actuación del Rey, que "...asumiendo el papel de buen traidor, indispensable en todo proceso de este tipo, sirvió para hacer posible el paso sin grandes traumas de la dictadura franquista a la democracia, aun al precio de que la sombra de algunos poderes del pasado se haya alargado demasiado". Josep Ramoneda: "Miseria de los cortesanos", en diario El País, Reportajes, día 23 de diciembre 2001, p. 13.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> muy grande), del corte de la nuestra no existe otra Audiencia Nacional en la Europa comunitaria. Y esta es una de las limitaciones de una transición, en cierta manera, inacabada. Cuando se dice 'los chilenos tienen una transición inacabada', sí, y los españoles también. Los españoles tenemos una Audiencia Nacional que hay que tumbarla en el diván y decirle 'cuénteme usted su historia'. Y cuando le cuente su historia al psiquiatra, se empezarán a entender ciertos comportamientos de la Audiencia Nacional[34].

Desde la perspectiva chilena, lo importante es establecer los elementos coloniales de la resolución de la Audiencia Nacional; para ello, previamente cabe analizar la naturaleza del acto y la calidad de la imputación realizada y opinar sobre la procedencia del principio de justicia universal.

2. Cuestiones previas

a) La naturaleza del acto de la Audiencia Nacional

Desde el inicio del 'caso Pinochet', el gobierno español y parte importante de la doctrina definieron la atribución de competencia hecha por la Audiencia Nacional, como un acto judicial, que el Ejecutivo debía respetar en nombre del principio de separación de los poderes del Estado. Reiterada hasta la saciedad[35], la doctrina 'Matutes-Piqué' permitía al gobierno español adoptar una posición de prescindencia en lo que se percibía como un conflicto entre un Estado latinoamericano y un poder del Estado español, que aparentemente no le concernía[36].

Más allá de su validación en la relación bilateral chileno-española, gracias al principio de reciprocidad[37], esta doctrina es equivocada. Por loable que sea la

[34] Oscar Alzaga: "Intervención de Oscar Alzaga", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, op. cit., pp. 20-21.
[35] "En el marco de las relaciones estrictamente bilaterales, últimamente ha ocupado un lugar central en la prensa el conflicto que enfrenta a un poder independiente de España, el Judicial, con el gobierno de Argentina". Florencio Gudiño: "Las relaciones bilaterales entre España y Argentina en la década de los noventa", en Síntesis, Revista de Ciencias Sociales Iberoamericanas: Nº 27-28 "España y América Latina. Relaciones y Cooperación en el cambio de siglo", Madrid, p. 26.
[36] Esta doctrina tenía antecedentes en situaciones en las cuales el Estado español se había negado a intervenir para exigir que las autonomías (regiones) cumplieran sus compromisos con estados latinoamericanos.
[37] Reconocido en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ y, por ende, en la ley chilena.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

independencia de los tribunales, internacionalmente el Estado es responsable de las acciones de todos sus órganos, incluyendo el Poder Judicial. Este principio de 'unidad de acción del Estado' está consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que establece: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Como se ha indicado en doctrina;

El Estado soberano es aquel que responde de su comportamiento así como de las actividades de sus agentes y de sus nacionales o del uso de su territorio y de sus dependencias. Respecto de sus iguales, el Estado debe en principio ser considerado como una entidad coherente: salvo estipulación en contrario, él se compromete para todos sus nacionales, para todo su espacio, para todas sus autoridades[38].

En consecuencia, el acto por el cual el Poder Judicial español declaró que en Chile se había cometido un genocidio y que España era competente para conocer de él, es un 'acto de Estado' de obligado cumplimiento para todas las autoridades del Reino de España, las cuales, jurídicamente, comparten y respaldan las actuaciones de dicho poder.

Esta doctrina se ajusta a la lógica jurídica. En efecto, aceptar que el Poder Judicial puede actuar independientemente del Estado supone reconocer a dicho poder el carácter de sujeto internacional y, en consecuencia, los actos que se dirigieran en su contra (por ejemplo, una guerra) no supondrían un acto contra dicho Estado. Lo absurdo de la conclusión nos demuestra lo absurdo del planteamiento.

Además, la doctrina 'Matutes-Piqué' es incoherente con la historia de la relación chileno-española. Cuando en 1993 la Corte Suprema de Justicia de Chile sobreseyó la causa por la muerte del ciudadano chileno de origen español Carmelo Soria, el gobierno de Madrid llamó en consultas a su embajador por una decisión del Poder Judicial chileno, con el objeto de presionar al gobierno de Santiago[39].

En consecuencia, la acción del Ejecutivo español durante el llamado 'caso Pinochet' constituye un comportamiento asimétrico.

[38] Alain Plantey: La négociation diplomatique. Principes et méthode, segunda edición, París, CNRS éditions, 1994, p. 161.

[39] "En noviembre de 1993, la justicia militar [chilena] exigió la competencia [sobre el caso Soria]... La Justicia Militar se quedó con el caso, le aplicó la ley de autoamnistía de Pinochet y sobreseyó la causa. 'Fue gracias a la presión de las autoridades españolas que se pudo reabrir el caso', evoca Laura. El gobierno español llamó a consultas a su embajador y en diciembre de 1993, la Corte Suprema ordenó nuevas diligencias, esta vez al juez Marcos Libedinsky...". Ernesto Ekaizer: "El 'caso Soria' ya es internacional", publicado el lunes 10 de enero de 2002, en El País Digital.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) La calidad de la imputación. ¿Existe un caso Pinochet?

Como se ha dicho, el Estado español calificó los hechos denunciados como 'genocidio'; ésta es la base de la acción española[40].

La expresión 'genocidio' resulta de la combinación de una raíz griega (genus, pueblo) y un verbo latino (caedere, cortar, matar) y, como señala Rafael Lemkin, significa la destrucción de una nación o de un grupo étnico.

El genocidio no significa la destrucción efectiva e inmediata de una nación –aunque puede presentarse esta situación–, sino que alude a la existencia de un plan de acciones coordinadas cuyo objetivo es destruir los fundamentos esenciales de la vida de un grupo nacional, religioso o étnico, con la finalidad de eliminarlo. Para ello, se debe contemplar la desintegración de las instituciones políticas y sociales, la cultura, la lengua, los sentimientos nacionales, la religión y la economía del mismo y, como consecuencia, se debe considerar la destrucción de la seguridad personal, de la libertad, de la salud, de la dignidad y de la vida de las personas que integran la nación o etnia.

Un elemento destacable es que el objeto del genocidio es el grupo nacional, racial, étnico o religioso, pues

> ... el aspecto más interesante del genocidio desde el punto de vista normativo es que se trata de un tipo penal que no protege, como a veces se cree, el bien jurídico de la vida. En palabras de la gran pensadora alemana Hannah Arendt... el genocidio constituye el crimen de los crímenes porque pretende destruir la característica clave de la condición humana, que es la diversidad: 'No es el Hombre sino los hombres quienes habitan este planeta: la pluralidad es la ley de la tierra'. Más aún, según Arendt, el incumplimiento del principio de legalidad del delito y de la pena por parte del Tribunal de Nuremberg no sólo estaba justificado sino que era hasta cierto punto imperativo, debido a la novedad absoluta del genocidio nazi como tentativa de destrucción de la diversidad de la humanidad[41].

[40] Algunos autores han planteado que la Cámara de los Lores modificó esta base. Sin embargo, la limitación respecto del senador Pinochet por parte de la Justicia británica no ha operado porque: 1) Ella es personal, y 2) La entrega del senador a España no se produjo.

[41] Hernando Valencia Villa: "El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional", en Juan Antonio Yañez-Barnuevo (coord.): La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Madrid, Casa de América, 2000, pp. 109-110.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esta definición –acorde con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la legislación española, antes citada– explica la gravedad del tipo y determina su carácter excepcional, expresado en la imprescriptibilidad del delito y de su pena.

Además, el delito de genocidio reviste un carácter 'institucional'; sólo puede ser cometido en el marco de un Estado o de un para-Estado, esto es, por una autoridad o institución que controle un determinado territorio y una población. En este sentido, el carácter institucional del genocidio se diferencia de la condición anti-institucional del terrorismo y la naturaleza personal de las torturas[42].

> El genocidio es un crimen de Estado, la ejecución de la voluntad de un Estado soberano es lo que lo distingue de la masacre, que puedan llevar a cabo bandas u hordas no enviadas por su gobierno... La eliminación de un grupo exige, en cada etapa de su realización, el apoyo de la clase política dirigente y la participación de los órganos del Estado, su complicidad, su sumisión, su silencio[43].

La definición de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (antes citada) confirma este carácter. Al expresar que quien comete el delito debe tener la intención de destruir 'como tal' un grupo nacional, racial, étnico o religioso, queda claro que para cometer este delito se requieren fines, objetivos, políticas, organización y una acción colectiva que sólo puede emprenderse en el marco de un Estado.

Además, los ejemplos que se citan como genocidio corresponden a estas realidades:

> Los expertos coinciden en que, además del caso paradigmático del Holocausto, corresponden a esta categoría criminal los episodios o procesos de exterminio de los armenios por los turcos entre 1915 y 1923, de los chinos por los japoneses y de los kurdos por los turcos en 1937-1938, de los hutus por los tutsis en Burundi en 1972, de los camboyanos por el régimen de Pol Pot entre 1975 y 1979, de los kurdos por los iraquíes en

[42] Hablamos de naturaleza 'personal' porque las torturas son cometidas por personas –funcionarios públicos–, quienes responden de sus actos sin comprometer a las instituciones.
[43] Yves Ternon: El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX, op. cit., p. 64.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1988, de los bosnios y musulmanes por los serbios y croatas en Yugoslavia entre 1991 y 1995, y de los tutsis por los hutus en Ruanda en 1994[44].

El carácter institucional supone que, superpuesta a las responsabilidades individuales, existe una responsabilidad estatal. El III Reich fue un Estado genocida y sufrió las consecuencias de su responsabilidad institucional; incluso, pese a que dicho Estado desapareció, en cierto sentido la democrática República Federal Alemana ha debido soportar algunas consecuencias de la responsabilidad de su antecesor.

¿Cómo se concilia la noción de Estado genocida con un mundo determinado por la soberanía estatal?

Cabe distinguir dos situaciones. Cuando un Estado determina que alguno de sus gobiernos ha cometido este delito y realiza los procesos judiciales correspondientes, la cuestión no importa al sistema internacional.

Por el contrario, el sistema internacional se ocupa de esta materia cuando la consideración de Estado 'genocida' se realiza desde el exterior de dicho Estado. En este sentido, históricamente, esta declaración ha sido compatibilizada con un sistema internacional formado por estados soberanos, a través de dos vías:

(a) La vía de hecho, concretada por la victoria bélica. Técnicamente, Alemania desapareció como Estado en 1945 y lo mismo ocurrió con Japón. Ambos estados fueron sometidos a la soberanía del ocupante.

(b) La creación de tribunales internacionales por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Como el Consejo ejerce atribuciones delegadas por los estados, sus acciones no afectan la soberanía estatal.

Por el contrario, en el Auto del 5 de noviembre de 1998 nos encontramos con una calificación de genocidio –que envuelve carácter institucional– realizada por un Estado respecto de otro, sin que medie delegación alguna de soberanía de parte del Estado agraviado.

En consecuencia, debe entenderse que al calificar de genocidio los hechos acaecidos en Chile, el Reino de España entiende que la República de Chile es un

[44] Hernando Valencia Villa: "El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte Penal Internacional", en Juan Antonio Yáñez-Barnuevo (coord.): La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana. Encuentro iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, op. cit., p. 109.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

'Estado genocida'. Ello supone que el delito compromete al Estado y genera una responsabilidad que, por ejemplo, se expresa en la obligación de indemnizar.

Incluso, cabe preguntarse si existe un 'caso Pinochet'. El Auto del 5 de noviembre de 1998 no menciona a Augusto Pinochet, lo que es lógico puesto que se trata de una resolución que resuelve un conflicto de competencia internacional, imponiendo la soberanía jurisdiccional española sobre la chilena. Jurídicamente, el destino del ex senador es consecuencia de una decisión del Reino de España que califica a la República de Chile de Estado genocida.

c) El principio de jurisdicción universal

La invocación del principio de justicia universal diferencia la acción española de las intentadas por países europeos o americanos, que se han fundado sobre la territorialidad (reclamación de Italia sobre el caso Leighton, de Argentina por el caso Prats, o de Estados Unidos por el caso Letelier), o sobre la personalidad pasiva (reclamación francesa). En estos últimos casos existe un factor de conexión de los reconocidos por el derecho internacional.

¿Por qué España no invocó estos principios? Porque en territorio español no se cometieron hechos susceptibles de ser considerados delitos, y porque la legislación española no contempla la extraterritorialidad pasiva como supuesto para extender su competencia jurisdiccional.

Ello llevó a fundar la pretensión española en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, más generalmente, en el llamado principio de la justicia universal, cuya existencia fue afirmada por juristas como Antonio Remiro Brottons, quienes señalaron que, aunque el derecho internacional no contemplaba expresamente esta institución, tampoco la prohibía y más aún la respaldaba, en la medida que aparecía como una consecuencia del ius cogens, representado por la existencia de un sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, esta afirmación ha sido objeto de variadas críticas. Como apuntó Enrique Bacigalupo (miembro del Tribunal Supremo de España),

> ...el principio 'universal' es el más discutido, es decir, aquél sobre el que no existe la misma claridad o consenso existente respecto de los otros dos, cuya aceptación está fuera de toda duda. Hace ya más de un siglo el gran penalista, y también gran internacionalista, que fue Franz von Liszt sostenía que el principio universal era científicamente insostenible y prácticamente irrealizable. Naturalmente, en aquellos tiempos no se pensaba

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en las cuestiones modernas, es decir, en las vulneraciones masivas de los derechos humanos en regímenes dictatoriales... El principio 'universal', precisamente, se admitió en relación a delitos que agredían bienes jurídicos comunes, cometidos en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado (daños a cables submarinos o delitos de piratería cometidos en alta mar). La referencia a los derechos humanos es posterior y se ha limitado al comercio de personas. Hasta tal punto es esto así que ninguno de los tratados internacionales suscritos o proyectados después de la Segunda Guerra Mundial, redactados ya con plena conciencia del carácter internacional de los delitos contra la paz y la humanidad, estructuran la atribución de la jurisdicción basados en el principio 'universal'. No lo admite la Convención contra el genocidio (1948), ni la Convención contra la Tortura (1984)... es preciso no favorecer equívocos y poner de manifiesto que la comunidad internacional no se orienta según el principio 'universal', frente al que siempre se ha mostrado extraordinariamente reticente, sino al establecimiento de un tribunal internacional con jurisdicción global, como el aprobado en Roma en 1998, o como los tribunales para la ex Yugoslavia o Ruanda[45].

Desde otra perspectiva se ha indicado también:

El concepto mismo de jurisdicción universal fue acuñado recientemente. La sexta edición del Black's Law Dictionnary, publicada en 1990, ni siquiera contiene el término. El concepto análogo más cercano es hostes humani generis ("enemigos del género humano"). Hasta hace poco, este término se ha aplicado a piratas salteadores y delincuentes similares, cuyos crímenes se cometieron por lo regular fuera del territorio de cualquier estado... Como consecuencia del Holocausto y de las muchas atrocidades cometidas desde entonces, se han hecho importantes esfuerzos por encontrar una norma judicial que lidie con tales catástrofes: los juicios de Nuremberg de 1945-1946, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención sobre Genocidio de 1948 y la Convención contra la Tortura de 1988... Pero, en ese tiempo, ninguno de estos pasos se concibió

[45] Enrique Bacigalupo: "Intervención de Enrique Bacigalupo", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, Documento de Trabajo del Programa de América Latina del Instituto Universitario Ortega y Gasset de España, Madrid, 01/2000, pp. 39-40.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

como la institución de una 'jurisdicción universal'. Es poco probable que algunos de los firmantes de las convenciones de las Naciones Unidas o del Protocolo Final de Helsinki pensaran que era posible que los jueces nacionales los utilizaran como medios para las solicitudes de extradición[46].

La Corte Internacional de Justicia estudió el tema, con motivo de la demanda presentada por la República Democrática del Congo contra el Reino de Bélgica, a propósito de una orden internacional de detención dictada por la justicia de este país europeo contra el ex ministro de Asuntos Exteriores del Estado africano, Yerodia Ndombasi. Aunque el fallo[47], no se refiere específicamente a la competencia de un Estado para ejercer competencia extraterritorial en nombre de la jurisdicción universal, algunos jueces se pronunciaron sobre esta cuestión en sus votos particulares.

El presidente de la Corte, Gilbert Guillaume, fue particularmente claro. Su razonamiento se inicia recordando que la ley penal tiene por objeto la represión de delitos cometidos en el territorio nacional, indicando con ello que el factor de conexión por excelencia es la territorialidad.

Ello no excluye que los estados puedan ejercer su jurisdicción fuera de su territorio (doctrina formulada por Hugo Groccio, quien elaboró el principio

[46] Henry Kissinger: "Las trampas de la jurisdicción universal", en Foreign Affairs en español (México), V. 1 Nº 3, otoño-invierno 2001, pp. 88-89.

[47] Que se refiere a la extensión de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional, apartándose de lo resuelto por la Cámara de los Lores en el 'caso Pinochet', en varios aspectos: (a) Mientras que en el fallo de la Cámara de los Lores las inmunidades concedidas por el derecho internacional habían sido interpretadas restrictiva y relativamente, la Corte Internacional de Justicia asigna a las mismas un carácter absoluto. Con ello, la Corte modifica la posición asumida en su día por el tribunal inglés. Esta divergencia se plantea particularmente a propósito de la distinción entre actos oficiales y actos no oficiales, rechazada por la Corte. (b) Asimismo, la Corte interpreta ampliamente la extensión de la inmunidad concedida, aplicándola incluso después que el titular ha dejado de ser Ministro de Asuntos Exteriores. De allí el rechazo a las objeciones belgas que apuntaban al hecho de que, al momento de conocer del contencioso, el señor Abdulaye Yerodia Ndombasi, ya no era Ministro de Estado. (c) Por otra parte, la Corte se hace cargo de la argumentación belga de que las inmunidades concedidas por el derecho internacional no operan respecto de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad (para lo cual se alegó lo resuelto por la Cámara de los Lores en el caso Pinochet, y por la Corte de casación francesa en el caso Kadafi). Sin embargo, la Corte declara que, luego de haber examinado con cuidado la práctica de los Estados y las reglas relativas a inmunidad o a la responsabilidad penal de personas que posean una calidad oficial contenidas en los instrumentos jurídicos que crean jurisdicciones penales internacionales, no existe en derecho internacional consuetudinario ninguna disposición que suponga una tal limitación a la inmunidad. Por ello, la Corte concluye que la inmunidad de jurisdicción tiene su normativa propia con sus propias excepciones que no se ven afectadas por la calidad de la imputación que se realiza al titular de dicha inmunidad.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aut dedere, aut judicare: si el responsable de un delito particularmente grave se encuentra en el territorio de otro país, dicho Estado tiene la obligación de extraditarlo al Estado del territorio, o de juzgarlo). Sin embargo, como lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso 'Lotus' (1927), el ejercicio de esta jurisdicción extraterritorial tiene límites, referidos a la existencia de un factor de conexión, relacionado con la nacionalidad del autor (extraterritorialidad activa), de la víctima (extraterritorialidad pasiva) o del interés que se afecta (extraterritorialidad real).

Fuera de estos supuestos, la ley internacional clásica reconoce únicamente a la piratería (que se practica normalmente fuera de los territorios nacionales) como posible jurisdicción universal.

Sobre esta base, el juez Guillaume reconoce que el derecho internacional ha evolucionado, consolidando algunos factores de conexión y estableciendo la posibilidad de una jurisdicción universal subsidiaria, conforme al principio establecido por Groccio. En estos casos, las convenciones[48] autorizan a los estados a juzgar a los autores de los delitos en ellas contemplados cuando éstos se encuentran en su territorio.

Sin embargo, ninguno de estos textos autoriza el establecimiento de jurisdicción para conocer de ofensas cometidas en el exterior por extranjeros contra extranjeros, cuando el responsable no se encuentra en el territorio del Estado que proclama su jurisdicción. La jurisdicción universal in absentia es desconocida en el derecho convencional.

Posteriormente, el presidente Guillaume estudia el derecho internacional consuetudinario, para concluir que tampoco la costumbre internacional permite esta jurisdicción universal. Para llegar a esta conclusión, se basa en diversas decisiones relacionadas con las convenciones antes mencionadas (incluyendo las Convenciones de Ginebra y la Convención sobre Genocidio) adoptadas por la justicia francesa, alemana y holandesa.

Más aún, el juez Guillaume establece que la existencia de los tribunales internacionales especiales y las limitaciones destacadas por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso 'Lotus' permiten concluir la no aceptación por el derecho internacional de una jurisdicción universal general. Todo ello le lleva a establecer que:

[48] Convención de La Haya contra el secuestro de aeronaves (1970), Convención de Montreal para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil (1971), Convención contra la Tortura (1984), etc.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> Sobre todo y en primer lugar, los estados ejercen su jurisdicción criminal en su propio territorio. En el derecho internacional clásico, ellos tienen también normalmente jurisdicción respecto de una ofensa cometida en el extranjero sólo si el ofensor, o al menos la víctima, tengan su nacionalidad, o si el crimen amenaza su seguridad interna o externa. Adicionalmente, los estados pueden ejercer jurisdicción en casos de piratería y en las situaciones de jurisdicción universal subsidiaria previstas en las diferentes convenciones sólo si el ofensor está presente en su territorio. Sin embargo, fuera de estos casos, la ley internacional no acepta la jurisdicción universal; aún menos acepta la jurisdicción universal in absentia[49].

3. Aspectos coloniales del Auto de la Audiencia Nacional

Resueltas las cuestiones previas, corresponde abordar los aspectos coloniales del Auto de la Audiencia Nacional, esto es, los elementos que conforman un vínculo asimétrico entre Chile y España. Entiendo que ellos son principalmente: a) La no aplicación del derecho internacional, b) la creación de un delito especial para un territorio, y c) la consideración de la institucionalidad chilena como 'hecho'.

a) El colonialismo (I). La no aplicación del derecho internacional

Crear delito viola el principio de legalidad. Al mismo tiempo, crearlo para su aplicación extraterritorial supone una relación de asimetría con el territorio donde se realiza dicha aplicación. Ello, porque para llegar a esta conclusión el Reino de España ha desconocido la existencia del derecho internacional como cuerpo que rige sus relaciones con la República de Chile.

El Auto de la Sala Penal aborda el derecho internacional entre Chile y España en materia de genocidio, constituido por la Convención para la Prevención y la Represión del Genocidio y, en particular, de su artículo 6 que establece que los tribunales competentes para conocer de este delito serán un tribunal internacional o el del territorio. Sin embargo, la Sala Penal advierte que:

> el artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los estados parte la obligación de que los genocidios sean obli-

[49] Párrafo 16, Opinión separada del presidente Guillaume, en www.icj.cij.org [traducción del autor].

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> gatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio se cometieron. Más sería contrario al espíritu del Convenio –que busca un compromiso de las partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normas penales, de persecución del delito de genocidio y de evitación de la impunidad de crimen tan grave– tener el citado artículo 6 del Convenio como norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquier otra distinta de las que el precepto contempla.

Este ejercicio de interpretación ha sido discutido; se ha indicado que el tribunal

> se atribuye facultades para interpretar un tratado en materia penal, necesariamente de derecho estricto que sólo puede ser interpretado literal y restrictivamente, extendiéndolo a aspectos no contemplados en él[50].

Llama particularmente la atención que, al interpretar el tratado, el tribunal no se refiera a las normas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y por España. Como se ha indicado, dicha normativa se orienta a una conclusión distinta a la que llegó el tribunal, sin embargo éste no la aplica.

Lo mismo ocurre cuando la Audiencia Nacional analiza el art. 2 Nº 1 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas[51].

¿A qué se deben estas omisiones?

La Audiencia Nacional parte de la base que el Estado de Chile no existe, sino que se trata de un territorio al cual aplicar su interpretación del derecho español. Como no hay un Estado independiente, sino únicamente un territorio, no es necesario recurrir al derecho internacional y someterse a sus estrictas reglas de interpretación.

[50] Sergio Urrejola Monckeberg: "El proceso al senador Pinochet por tribunales extranjeros. Posición jurídica chilena", en Juriste International, octubre 1999, p. 37.

[51] El tribunal se limita a afirmar que "el artículo 2, apartado uno de la Carta de las Naciones Unidas ('La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros') no es norma jurídica que permitiese neutralizar la proclamación jurisdiccional del artículo 23, apartado cuatro... Cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales".

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) El colonialismo (II). El derecho colonial

El Reino de España ha creado delitos, pero no lo ha hecho con carácter general. Jurídicamente, el genocidio social y el terrorismo de Estado se establecen exclusivamente para América Latina y particularmente para Chile; en España se aplica la ley española y no existe genocidio social, ni terrorismo de Estado.

De esa manera, España ha reproducido la aplicación del derecho, característica de la conquista y colonización de América. Durante ese período, los países latinoamericanos no estaban sometidos al derecho español, sino a un derecho especial creado para 'Indias' y aplicable sólo aquí.

Esta es la misma figura que desarrolló el Estado español el 5 de noviembre de 1998. Los delitos de genocidio social y terrorismo de Estado han sido 'creados' para América Latina, pero no tienen vigencia en España.

c) El colonialismo (III). Las instituciones soberanas como 'hechos'

Esta labor legislativa de alcance restringido se complementa con otra apreciación: para el Reino de España, las normas constitucionales y legales de los países latinoamericanos no valen; constituyen 'hechos' que no se respetan, porque dichos países no constituyen 'estados', sino meros 'territorios'.

Esta apreciación resulta del ejercicio de la extraterritorialidad. En derecho internacional, la intervención de la soberanía limita el alcance de la globalización.

Cuando las naciones quieren obligarse internacionalmente renunciando a parte de su soberanía firman tratados donde se establece concreta y precisamente a qué parte de su soberanía renuncian... Mientras no exista esa manifestación de voluntad expresa, ningún Estado puede atribuirse facultades para juzgar hechos acaecidos en territorio de otro, pues ello vulnera un atributo esencial de la soberanía de éste. Lo contrario es desconocer la independencia y la autonomía de los países y las bases esenciales de la convivencia internacional[52].

En este esquema una interpretación restrictiva de los fueros y normas de otro Estado es legítima. Si el Estado 'A' decide juzgar a una autoridad del Estado 'B', por hechos acaecidos en el territorio 'A', puede alegar que la dignidad que reviste dicho funcionario, o las causales de extinción de responsabilidad penal del Estado 'B' le son inoponibles. Como los delitos han sido cometidos por quien en el Estado 'A' es un particular, la institucionalidad de 'B' no es atinente.

[52] Sergio Urrejola Monckeberg: "El proceso al senador Pinochet por tribunales extranjeros. Posición jurídica chilena", en Juriste International, octubre 1999, p. 37.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, cuando un Estado decide extender su jurisdicción más allá de su ámbito natural, avasallando la soberanía jurisdiccional de otro, el problema de la institucionalidad de la soberanía avasallada se plantea de una manera distinta. Al aplicar extraterritorialmente su legislación nacional –o la legislación especialmente creada– el Estado puede hacerlo de dos maneras: a) considerando el territorio sobre el que aplica su derecho como un 'Estado', respetando la institucionalidad del territorio de aplicación, o b) considerando dicho territorio como carente de una autoridad estatal, ignorando las instituciones estatales de dicho territorio[53].

El tema ya había sido planteado en los procesos que llevaba adelante el Reino de España. En 1998, varios diputados argentinos fueron citados a declarar por el juez de Instrucción del Juzgado Nº 6, cuando se encontraban en Madrid. Ante su negativa a comparecer, el Ministerio de Asuntos Exteriores español obtuvo que se aplicaran, por analogía, las normas procesales de senadores y diputados españoles, particularmente que declararan, por escrito, desde Buenos Aires. En ese caso, el Estado español impuso su soberanía sobre la argentina, pero respetó los fueros personales de sus autoridades.

Sin embargo, en el caso de Chile el Reino de España no sólo impuso su soberanía, sino que rechazó respetar la institucionalidad de la república, respecto de los fueros personales de sus autoridades y de sus leyes.

i. Los fueros personales

Desde el momento que se produjo la detención de Augusto Pinochet, diversos autores advirtieron su condición de senador de la República de Chile, aclarando que, más allá de las simpatías o antipatías que pudiera despertar la persona, la investidura correspondía a un ejercicio de la soberanía chilena que debía ser reconocido por España. Por ello se reclamó la aplicación de las normas procesales aplicables al procesamiento de parlamentarios españoles (notablemente, que el juicio debía ser tramitado por un magistrado del Tribunal Supremo) [54].

[53] Una interpretación ahistórica del artículo 38 letra c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que alude a los "...principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", como fuente de derecho internacional, podría justificar esta interpretación. Desde la perspectiva española, como Chile no es una nación 'civilizada', su institucionalidad no es homologable.

[54] Tanto España como Chile contemplan procedimientos especiales para el juzgamiento de determinadas autoridades. Desde una valoración jurídica, se puede concluir que el ordenamiento español favorece más la 'impunidad' que el ordenamiento chileno. En España el Jefe del Estado es inmune, en Chile no; en España la autorización para juzgar a un senador o un diputado tiene que ser acordada por el propio órgano colegiado que integra, en Chile la autorización es dada por un poder independiente.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esta opinión es de sentido común. El juzgamiento de un ex Jefe de Estado y senador de un país soberano –perteneciente además a lo que España llama la 'Comunidad Iberoamericana de Naciones'– generaría efectos sobre las relaciones bilaterales y, por ende, parecía conveniente adoptar todas las medidas para que dicho proceso se desarrollara en condiciones adecuadas. Sin embargo, España siguió la teoría de que la República de Chile no era un Estado soberano, y sus autoridades no merecían la aplicación de las normas correspondientes a sus pares españolas.

Dos años después del regreso del senador Pinochet a Chile, la cuestión ha perdido su carácter personal. Unida a la pervivencia del avasallamiento de la soberanía chilena, la negativa a reconocer la institucionalidad de la República afecta a varias autoridades nacionales, las cuales para desplazarse por el mundo deben pedir autorización a España[55].

Ello conduce además a una situación de asimetría. Mientras parlamentarios y autoridades españoles pueden desplazarse a Chile sin dificultades, senadores y otras autoridades chilenas no pueden viajar a España.

Algunos autores han advertido contra esta interpretación, la cual, universalmente aplicada, podría generar un caos internacional. Sin embargo, como bien lo han develado autores chilenos, el propio neocolonialismo español impide que ello ocurra.

> Podríamos advertir contra lo que significa de precedente para los gobernantes de países culpables de genocidios y guerras o bombardeos de dudosa justificación legal o moral. Pero sería pecar de ingenuidad. Esta exhibición de principios sólo es posible en dirección norte a sur del planeta y cuando nada importante está en juego para las potencias mundiales[56].

ii. La institucionalidad real

Para oponerse a la jurisdicción española, diversos autores recordaron el ejercicio de la jurisdicción chilena a través de procesos terminados o en trámite, advirtiendo que algunos de estos procesos habían sido amnistiados. Al respecto, se recordó que, en el caso de delitos cometidos en el extranjero, la propia L.O.P.J. impide el ejercicio de la jurisdicción española cuando ha habido absolución,

[55] Entre los más conocidos se encuentran los senadores Sergio Fernández Fernández, Rodolfo Stange Oelckers, los generales en retiro Hermann Brady Rocha, y cualquier autoridad del Estado chileno.
[56] Sergio Urrejola Monckeberg: "El proceso al senador Pinochet por tribunales extranjeros. Posición jurídica chilena", en Juriste International, octubre 1999, p. 39.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

indulto o cumplimiento de condena en el extranjero (artículo 23 Nº 5 L.O.P.J., en relación con el artículo 23 Nº 2 lta. c L.O.P.J.).

Sin embargo, la Sala Penal desconoció esa ley e indicó:

> Han de tenerse por imprejuzgados los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al ius cogens internacional dicho Decreto Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política...

Nuevamente se aplica una óptica colonial. Las leyes de amnistía representan una forma discutible de poner término a los conflictos, pues privilegian la búsqueda de la paz social por sobre la justicia y, en consecuencia, producen un daño objetivo a las expectativas de las víctimas de los hechos que se amnistían. Por ello, la controversia nacional es lógica y sana.

Sin embargo, esa discusión corresponde al Estado que dicta la respectiva ley, o, en virtud de la delegación de soberanía, a un tribunal internacional creado por tratado o por una decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, pero no a un Estado extranjero.

Algunos autores han señalado que España podía no aceptar la ley de amnistía chilena en nombre del principio del fraude a la ley.

> Si el hecho ha sido indultado o amnistiado desaparece la jurisdicción española. Sin embargo, la ley española no obliga a aceptar cualquier indulto o cualquier amnistía. Esto surge de los principios modernos del derecho penal internacional. Tanto el art. 9 del Tribunal para la ex Yugoslavia, como el art. 10 del Tribunal para Ruanda o el artículo 23 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, establecen que los juicios realizados en fraude a la ley para garantizar la impunidad carecen de valor y no excluyen un nuevo juicio[57].

Esta posición requiere algunas consideraciones. Resulta complicado aceptar que una legislación –por discutible que ella sea–, que se ha aplicado durante más

[57] Enrique Bacigalupo: "Intervención de Enrique Bacigalupo", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, op. cit., p. 43.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de diez años de regímenes democráticos, pueda ser considerada 'fraude de ley', sin involucrar responsabilidad penal de las autoridades de dichos gobiernos. La ley de amnistía chilena puede ser buena o mala, puede gustar o no, puede haberse aplicado de una manera o de otra, pero calificarla de 'fraude de ley' supone imputar a las autoridades democráticas chilenas haber participado en el encubrimiento de hechos que podrían constituir delito y tal no es, evidentemente, el caso.

Además, el art. 23.5 de la L.O.P.J. no contempla como excepción al reconocimiento de indultos extranjeros, los casos de fraude de ley y no puede contemplarlos. En efecto, los casos antes citados corresponden a tribunales internacionales, donde los estados han aceptado delegaciones de soberanía que incluyen el derecho de dichos tribunales a examinar la legislación nacional. No es esta la situación aplicable a la especie, en donde por sí y ante sí un Estado ha resuelto aplicar su jurisdicción a otro Estado y se atribuye la calificación de sus actos.

Consideremos además que, coetáneamente a la ley de amnistía chilena, España dictó tres leyes de amnistía de mayor amplitud. La primera, el 15 de junio de 1976, comprendió diversos delitos comunes; la segunda, un decreto ley dictado por el gobierno preconstitucional, incluía todos los delitos cometidos por grupos que solicitaban la liberación de los pueblos de España, y todas las actividades represivas cometidas antes del 15 de diciembre de 1976. Por último, la tercera ley, Nº 46/77, convalida y desarrolla el Decreto Ley de 1976 y otorga una amnistía a todos los actos de funcionarios públicos que infringen los derechos de las personas.

En consecuencia, mientras la ley de amnistía chilena fue parcial, la ley de amnistía española fue total. Por ende, si la ley chilena es 'fraudulenta', ¿cómo considerar la ley española?[58]

[58] Las leyes de amnistía española requieren dos comentarios suplementarios: a) Fueron consecuencia de una exigencia militar, expresada por el general Gutiérrez Mellado quien, siendo un joven oficial, participó en la implementación de la participación española en la colaboración entre los servicios de inteligencia de Hitler y Franco. "Un día estaba yo en el despacho de Moncloa, siendo Presidente Adolfo Suárez, con Manuel Gutiérrez Mellado. Era inmediatamente después de la Operación Galaxia y el general me dijo: '¿Le puedo pedir un favor personal? Usted va a ser responsable del Gobierno en algún momento, ¿por qué no espera a que la gente de mi generación haya muerto para abrir un debate sobre lo que supuso la guerra civil y sus consecuencias? Debajo del rescoldo sigue habiendo fuego, le ruego que tenga paciencia'". Felipe González y Juan Luis Cebrián: El futuro no es lo que era. Una conversación, Madrid, Editorial Aguilar, 2001, p. 35. b) Estas leyes se acompañaron de una amnistía social sobre lo ocurrido bajo el franquismo, "...yo me temo que la sociedad española necesita en su conjunto un tratamiento médico sobre una enfermedad llamada amnesia... es imposible que una sociedad entera de cerca de 40 millones de personas, no es que se olvide de Alfonso el Conquistador, ni es que se haya olvidado de Pedro el Cruel, no, es que se ha olvidado de lo que han hecho sus padres, es que se han olvidado de lo que aquí ha pasado antes del año 75". Oscar Alzaga: "Intervención de Oscar Alzaga", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, op. cit., p. 21.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El rechazo español a la ley de amnistía chilena conlleva una apreciación colonial. Aunque investiga hechos ocurridos en Chile entre 1973 y 1977, el Estado español no indaga los mismos hechos acaecidos en España, en el mismo período:

> ...tengo que decir que no entiendo que un auto de procesamiento incluya hechos ocurridos en Chile en el año'73, cuando en España hay un principio de partida y es que aquí no se ha juzgado nada del 76, del 75, del 74, del 73 y no digamos de los sesenta, de los cincuenta, de los 40, etc. Entonces, a mí me cuesta trabajo entender que un juzgado de instrucción español no tenga legitimación ni jurisdicción para conocer los delitos de la misma naturaleza cometidos en su territorio en unas fechas, y tenga jurisdicción para conocer de los mismos delitos cometidos en las mismas fechas en territorio extranjero a 14 horas de vuelo de avión. Es absolutamente admirable...[59].

Esta doble vara se aplica incluso al juez del Juzgado Central de Instrucción Nº 6; como se ha indicado, a propósito de la labor de este funcionario en la detención de Augusto Pinochet:

> El Mundo llamó efusivamente 'justicia sin fronteras' a la voluntad de Garzón de incoar en América Latina juicios por violación de derechos humanos. Pero parecía pasar por alto una idea más antigua que podría denominarse 'justicia dentro de las fronteras'. Ni El Mundo ni Garzón habían mostrado un excesivo interés por las violaciones de derechos humanos por parte de agentes españoles, a menos que estuvieran vinculados a los socialistas. Ni siquiera cuando el magistrado español se desplazó para juzgar los crímenes del régimen del dirigente chileno se mencionó en España que no se había juzgado a ningún autor de las muchas violaciones cometidas durante los treinta y seis años de dictadura. Ni las detenciones de índole política de al menos 8.000 vascos, ni el hecho de que muchos fueran torturados durante el arresto, ni que centenares murieran a manos de agentes de Seguridad del Estado, ni que se encarcelara a dirigentes políticos y a periodistas ha provocado el tipo de investigación judicial que suscitó el escándalo del GAL.

[59] Oscar Alzaga: "Intervención de Oscar Alzaga", en Carlos Malamud (coord): El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad, op. cit., p. 22.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Garzón abordó la tortura en América del Sur, no en España. Las víctimas vascas han tratado de transmitir sus agravios a Garzón y en buena parte ha sido en vano. Enkarni Martínez, arrestada en 1994 porque su esposo no estaba en casa al acudir la policía a arrestarle, visitó a Garzón con más de treinta moretones todavía existentes en el cuerpo. "Me torturaron desde el 5 al 8 de junio de 1994. Cuando me dejaron en libertad, fui al médico a que me examinara. Tan pronto como leyeron los resultados de las pruebas se alarmaron y ordenaron mi hospitalización inmediata... Me dijeron que de no haber sido por la prueba podría haber perdido el riñón. Lo denuncié todo ante el juez Garzón. Le dije: '¿Quiere que le enseñe las marcas?'. Me respondió: 'No. No. No'"[60].

Se podría argumentar que mientras que la transición española se basó en el olvido, aceptado por todos (aunque la existencia de ETA probaría lo contrario), en el caso chileno los interesados han recurrido a España en demanda de la justicia que no encontraron en Chile. Sin embargo, este argumento es falso y antijurídico.

Es falso, porque quienes iniciaron la causa en España fueron la Unión Progresista de Fiscales (U.P.F.) y la Fundación española Presidente Allende, esto es, ciudadanos españoles sin intereses –en el sentido jurídico del término– afectados por la evolución política chilena (en su mayoría, no conocen Chile).

Además, en España, como en Chile, la justicia debe actuar de oficio ante la comisión de un delito (cf. arts. 8, 100, 106 y 303 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por ende, si la Sala Penal de la Audiencia Nacional advirtió que los homicidios múltiples constituyen 'genocidio social', y que las leyes de amnistía no valen, lo lógico era haber ordenado de oficio el inicio de procesos concernientes a las violaciones de derechos humanos cometidas en el mismo período en territorio español, incluyendo el genocidio vasco[61].

¿Por qué no lo hizo?

Porque España se considera a sí misma un Estado soberano, cuya legislación debe ser respetada, en cambio Chile es un territorio sometido a vasallaje jurisdiccional.

[60] Mark Kurlansky: La historia vasca del mundo, Barcelona, Editorial Planeta, 2000, p. 290.
[61] La afirmación respecto del 'genocidio vasco' requiere algunas aclaraciones. (a) "De acuerdo a los nacionalistas vascos, 21.780 vascos habrían encontrado la muerte durante la represión que siguió a la guerra [civil española]". Hugh Thomas: La guerre d'Espagne, París, Robert Laffont, 1985, p. 709 [traducción del autor]. (b) Desde el punto de vista del derecho internacional la existencia de este genocidio constituye un elemento de discusión. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho internacional hispanolatinoamericano, que incorpora como elemento de análisis el concepto de genocidio social, y la resolución española de noviembre de 1998, los actos de las autoridades españolas en el País Vasco desde 1940 han de ser tipificados como 'genocidio social', con las consecuencias jurídicas y políticas que ello conlleva.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A MODO DE CONCLUSION

Para terminar este análisis, cabe retomar la interrogación que formulábamos en la introducción, sobre el carácter de la decisión por la cual el Reino de España declaró que la República de Chile era un Estado genocida, incapaz de ejercer su soberanía. ¿Cuál fue la naturaleza de ese acto de Estado?

¿Se trató de un paso contra la impunidad de determinados crímenes y a favor de los derechos humanos en el contexto de la globalización?

Responder positivamente esta pregunta requiere comparar las transiciones a la democracia de Chile y de España. En efecto, si la República de Chile hubiera promovido la impunidad de las violaciones de los derechos humanos cometidas bajo el gobierno militar y si, a su vez, el Reino de España hubiera tenido una actitud coherente investigando primero los actos del franquismo, la respuesta teórica habría sido que la declaración española de noviembre de 1998 constituía un avance en materia de derechos humanos, en el marco de la creciente globalización. Sin embargo, la historia muestra una realidad diferente.

Reconozcamos que las transiciones son un ejercicio complicado que involucra arbitrar intereses contradictorios, cerrar satisfactoriamente el pasado y proyectar la unidad nacional hacia el futuro. Desde esta perspectiva, el proceso emprendido por los chilenos en 1988 ha sido exitoso: el país ha depuesto sus divergencias más graves y pacificado los grupos violentos, ha realizado un doloroso ejercicio de recuperación de la verdad y de reconciliación y se ha encaminado por la senda del desarrollo.

¿Qué otro Estado ha, en poco más de diez años, sucesivamente, pedido perdón institucional a las víctimas, creado una Comisión de Verdad y Reconciliación, juzgado y condenado a los responsables de violaciones de derechos humanos, encarcelado al jefe de la policía política del gobierno militar anterior?

En consecuencia, la primera constatación es que en Chile no se ha promovido una cultura de la impunidad.

En España la situación ha sido diferente. La transición española optó por la impunidad y la amnesia, sin consideración por los derechos de las víctimas. Ello ha generado una incoherencia:

> Se diría que un magistrado español debería reconocer la incongruencia de que España solicite llevar ante sus tribunales presuntos crímenes de

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

> lesa humanidad cometidos en otros lugares, cuando este país sufre los fantasmas de las transgresiones cometidas durante la Guerra Civil española y el régimen del general Francisco Franco. La decisión de la España posfranquista de evitar juicios penales masivos por violaciones a los derechos humanos del pasado reciente tuvo el propósito explícito de alentar el proceso de reconciliación nacional, que sin duda alguna contribuyó mucho al vigor actual de la democracia española ¿Por qué el intento de reconciliación de Chile no habría de gozar de la misma oportunidad?[62].

Esta voluntad de autoimpunidad se ha mantenido aún después de que el Reino de España se arrogara el derecho de arreglar los problemas de derechos humanos de otras transiciones. En diversas ocasiones, representaciones del pueblo vasco han solicitado que se investiguen los ilícitos cometidos por españoles durante el franquismo y los gobiernos posteriores; en todos los casos, el Reino de España se ha negado, invocando las leyes de amnistía y defendiendo el olvido.

En marzo de 2002, diputados vascos presentaron en la Cámara de Diputados española una solicitud de investigación de una masacre realizada por las fuerzas españolas en la ciudad de Vitoria, el 3 de marzo de 1976 (reinando Juan Carlos I). La respuesta del vicepresidente primero de Gobierno y ministro del Interior, Mariano Rajoy, fue: "Yo no sé qué sentido o qué pretensión tienen ustedes haciendo análisis de lo que ocurrió en España hace tantos y tantos años. Creo que eso no es en absoluto beneficioso para el futuro de este país, al menos en mi modesta opinión".

De esta manera, la comparación recuerda el refrán del 'ladrón detrás del juez'. La transición democrática que más ha hecho para enfrentar las violaciones de los derechos humanos es considerada 'culpable' por la transición que nada ha hecho al respecto.

Entonces, ¿cómo explicar el acto del Reino de España?

Históricamente, el sistema internacional ha estado determinado por la lucha por el poder y la ideología ha sido uno de los elementos de dicha rivalidad. En la actualidad asistimos al desarrollo de las ideas de democracia y de respeto de los derechos humanos. Sin embargo, el predominio intelectual de estos epifenómenos no oculta la pervivencia de la competencia por el poder entre estados como motor del sistema.

[62] Henry Kissinger: "Las trampas de la jurisdicción universal", op. cit., p. 92.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por ello, aunque rodeado de elementos éticos, éste es un episodio más en la lucha de los estados por el poder en el sistema internacional.

Mientras los chilenos saldaban los conflictos del pasado y acordaban una perspectiva compartida sobre el desarrollo nacional, el país enfrentó un proceso de estrechamiento de la relación con España por varias vías. En materia económica, empresarios españoles compraron numerosas empresas chilenas[63], mientras que en materia cultural, la presencia española se benefició de adelantos tecnológicos y de la adquisición de industrias culturales latinoamericanas. La tradicionalmente distante relación hispano-chilena quedó fuertemente mediatizada.

En este marco, las adquisiciones de empresas –presentadas bajo la forma de inversión extranjera– revistieron una importancia fundamental[64].

Ese proceso fue abordado por el Estado español bajo las premisas que históricamente han determinado su forma de actuar hacia América Latina (¿Iberoamérica?): paternalismo y colonialismo. Para España, Chile es una dependencia que no puede ser considerada un Estado, porque carece de capacidad para dictar leyes y otorgar fueros. Por ende, como en dicha dependencia se han cometido delitos especialmente definidos para colonias, España tiene el deber de conocerlos y juzgarlos.

La cantidad de irregularidades relatadas hace concluir en la mejor inspirada de las interpretaciones, que con tal de dar jurisdicción a tribunales nacionales de terceros países, se han violado innumerables disposiciones

[63] Estas operaciones han sido objeto de algunas críticas de carácter económico. "...la apertura irrestricta de los mercados de capital en estos países [subdesarrollados] da a las grandes empresas de las naciones ricas la oportunidad de adquirir las empresas locales, hecho que es una reminiscencia del colonialismo". Bruce R. Scott: "La gran línea divisoria en la aldea global", en Foreign Affairs en español (México), volumen 1, número 1, primavera de 2001, pp. 51-52.

[64] Al respecto, "Lazos de familia. La inversión española en América Latina", por Lourdes Casanova, del Foreign Affairs en español, verano 2002, en http://www.foreigngaffairs-esp/conosur. Asimismo, "Comparecencia para informar de la materia objeto del estudio de la Comisión del presidente de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (C.E.O.E.), don José María Cuevas Salvador (Número de expediente 715/000130) en Cortes Generales: Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Asuntos Iberoamericanos, VII Legislatura, Sesión celebrada el martes 26 de junio de 2001, p. 3. "Sin embargo, estas cifras de inversión no tienen una correspondencia numérica con las cifras de comercio. Iberoamérica representa tan sólo el 4 por ciento de nuestro comercio total, con una balanza comercial ligeramente favorable a España. España invierte en Iberoamérica, pero comerciamos preferente y fundamentalmente con Europa". La acción inversora ha despertado variadas reacciones, "...al escuchar a nuestros amigos chilenos, se tiene la impresión de que podrían mirar con buenos ojos la intervención de Estados Unidos para impedir la segunda conquista de Sudamérica por parte de España". John Rielly: "Las relaciones entre EE.UU. y América del Sur: un comentario", en Heraldo Muñoz (comp): Globalización XXI. América Latina y los desafíos del nuevo milenio, Santiago, Editorial Aguilar, 2000, p. 149.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

legales y escritas y principios de derecho internacional universalmente aceptados. En la peor de ellas, se trata de un proceso político en el que han participado jueces brindando su calidad de tal, pero actuando políticamente[65].

Sintomáticamente, las demandas judiciales españolas se presentaron bajo el gobierno del Partido Popular (PP), heredero de la derecha española[66], dirigido por quienes tuvieron responsabilidades de distinto nivel bajo la dictadura franquista[67]. En definitiva, como ha apuntado Carlos Escudé, el problema es del poder.

Incluso en el ámbito interno, donde nuestra historia no es tan gloriosa, la peor tragedia del siglo XX argentino fue la desaparición de entre 10.000 y 30.000 personas durante la nefasta dictadura de 1976-83, y la peor tragedia chilena del siglo fueron los 3.000 ó 4.000 desaparecidos del régimen de Pinochet. Graves y deplorables fueron estos hechos, que no deben olvidarse, pero ¿qué son al lado del holocausto judío, la Guerra Civil Española, el genocidio armenio, las guerras yugoslavas, y tantos otros episodios de violencia bárbara generados en y desde Europa en el siglo XX?...

...Los europeos son responsables de algunos de los mayores genocidios del siglo. Los latinoamericanos, de ninguno de ellos. Pero es el tirano Pinochet el que se sienta en el banquillo de los acusados en Londres. Y es lógico que así sea, porque el poder es de ellos. La Unión Europea es un bloque que cada vez se parece más a un superestado, pero que aún carece de una identidad y de un sentido de misión. Castigar a Pinochet en forma ejemplar ayuda a fijar imágenes positivas y prestigiosas, y es un primer paso hacia la adquisición de una identidad común y de una misión

[65] Sergio Urrejola Monckeberg: "El proceso al senador Pinochet por tribunales extranjeros. Posición jurídica chilena", en Juriste International, octubre 1999, p. 39.
[66] Durante 14 años, el PSOE, partido cercano a la oposición democrática chilena y opuesto al gobierno militar, militó activamente contra el gobierno de Pinochet; sin embargo, nunca se presentó una querella de ese tipo.
[67] Ello permite advertir una primera paradoja. El centro y la izquierda chilenos reclaman la aplicación del mayor rigor para los autores de violaciones de los derechos humanos en Chile, pero no tienen inconveniente en recurrir a entendimientos con quienes, en España, son los herederos de una dictadura de similar signo político que el régimen militar chileno y cuyo balance de violaciones a los derechos humanos es incomparable. Coetáneamente, la izquierda española (con la coherente excepción de Felipe González) demanda una aplicación inmisericorde de justicia para Chile, pero no se atreve a aplicar en su país el mismo esfuerzo de reconciliación, verdad y justicia que se ha emprendido en Chile.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

civilizadora. La misma España, que se democratizó dejando impune una legión de violaciones a los derechos humanos, blanquea de esta manera su pasado y recupera la ilusión de un destino manifiesto. El hecho de que el siglo XX chileno, visto como conjunto, sea incomparablemente más civilizado que el europeo, ni siquiera es de interés académico"[68].

En el caso de España, este fenómeno reviste particular relevancia. Declarar genocida a la República de Chile permitió al Reino de España: (a) ponerse a la cabeza de los estados europeos en un tema ideológico de importancia, por primera vez desde el Siglo de Oro, y (b) afirmar su relación de superioridad respecto de los chilenos en particular y de los latinoamericanos, en general.

Para lograr estos objetivos, España agredió la soberanía chilena[69] y reivindicó una relación asimétrica, de carácter neocolonial con Chile.

Al mismo tiempo, el Estado español incorporó un nuevo tema en las relaciones hispano-latinoamericanas: el examen ex post factum de hechos que afectaron la vida e integridad física de los ciudadanos y la imposibilidad del olvido. Con ello, los análisis ideológicos y el derecho hispano-latinoamericano han sido enriquecidos con categorías que permiten apreciar nuevamente fenómenos nacionales (la acción del grupo independentista ETA, por ejemplo), o internacionales (el estudio de los fenómenos históricos que han involucrado a España y a los latinoamericanos).

Más importante aún, España ha mostrado que, más allá de actitudes individuales (como las de los profesores Oscar Alzaga, Emilio Lamo de Espinosa, Carlos Malamud o del ex Presidente de Gobierno Felipe González), su perspectiva colectiva sobre América Latina no ha cambiado respecto de la existente en el siglo XIX (y que hemos visto al inicio de este trabajo). Por ello, es conveniente recordar cuál era la visión que los latinoamericanos teníamos de España. En ese período, el imperativo del desarrollo que orientaba a los intelectuales de la región los llevaba a proponer una vía que, a la luz de la reciente agresión hispana, quizás ha recuperado su actualidad.

[68] Escudé Carlos: Estado del mundo. Las nuevas reglas de la política internacional vistas desde el Cono Sur, Buenos Aires, Ariel, 1999, pp. 20-21.

[69] La agresión se ha concretado en un doble aspecto: a) En la soberanía propiamente dicha, y b) en el desconocimiento de la institucionalidad de Chile. Este último aspecto reviste particular importancia para las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, quienes tienen asignadas la función de garantes de la institucionalidad (Art. 90 de la Constitución Política de la República). La incoherencia de mantener relaciones con el Estado español que considera la institucionalidad chilena, que las FF.AA. y Carabineros de Chile garantizan, un 'hecho', es patente.

Artículo: Hacer justicia en colonias (Análisis del auto de la audiencia nacional de España de 5 de noviembre de 1998)
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Raúl Andrés Sanhueza Carvajal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

¿Cuál es la solución que proponen los intelectuales sudamericanos de esta generación a sus respectivas sociedades? Lo ha resumido clara y brutalmente Francisco Bilbao en Chile ('el progreso consiste en desespañolizarse', 1844), y lo retoma Ignacio Ramírez, en México: 'desespañolicémonos' (1865). Mientras Alberdi dice, por ejemplo: 'El pueblo argentino es de sangre española y espíritu francés'... Para decirlo en términos sarmientianos, si la barbarie es España, hay que orientarse hacia la civilización que representan Estados Unidos, Inglaterra y Francia[70].

[70] Carlos M. Rama: Historia de las relaciones culturales entre España y la América Latina. Siglo XIX, op. cit., pp. 101-102.