

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Procedimiento: S. Ordinario 19/97 -M
Pieza Separada III

Chile - *Operativo Condor*

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN

NUMERO CINCO
AUDIENCIA NACIONAL
MADRID



AUTO

En Madrid, a veintiocho de julio de mil novecientos noventa y nueve.

HECHOS

UNICO.- En fecha 16.6.99 se dictó auto por este Juzgado en el que se ampliaba la investigación de 36 casos más a los hechos contenidos en el presente procedimiento, auto que fue corregido el día 17.6.99 al haberse apreciado error en el mismo.

El Ministerio Fiscal en fecha 21.6.99 interpone recurso de reforma contra el mencionado auto el cual se tiene por interpuesto dándose traslado a las partes personadas, quienes informan en el sentido de impugnar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el auto de ampliación de procesamiento de fecha 30.4.99 se expresan los siguientes Razonamientos Jurídicos:

“ **PRIMERO.-** Los hechos descritos integran el tipo penal del delito de torturas,

y constituyen tantos delitos cuantas acciones se describen de los artículos 174 y 177 del Código Penal; sin perjuicio de ello, las torturas en si mismas consideradas y el resultado de las mismas, que en algunos casos ha sido o bien de muerte, o bien la desaparición forzada, o bien, las lesiones de las víctimas han constituido los medios comisivos o instrumentos a través de los que se han cometido presuntamente el delito de terrorismo de los artículos 572 y 574 del Código Penal en relación con los artículos 515.2 y 516.2 del mismo código (pertenencia a organización terrorista); y, de un delito de genocidio del artículo 607 a tenor de la aplicación del artículo 177 del Código Penal, por cuanto el resultado de las torturas (muerte o lesión) si esta ha sido practicada en el marco del referido artículo también constituiría instrumento de ejecución del mismo; todo ello, tomando como un todo el plan criminal diseñado con anterioridad al 11.9.73 (auto 24.12.98) y desarrollado posteriormente como se describe en el auto de procesamiento de 10.12.98 en el que se argumenta ampliamente la presunta comisión de dichas figuras delictivas.

No obstante, la presente resolución se adopta con el fin de que queden debida y específicamente reflejados unos hechos e indicios que demuestran indiciariamente la participación de Augusto Pinochet en el diseño del plan criminal, su desarrollo y mantenimiento a lo largo de todos los años que van desde el 11.9.73 al 12.3.90 en Chile, en el ámbito de la tortura, en su doble vertiente que incluye la tortura *strictu sensu* y la desaparición forzada de personas, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Asamblea General de la ONU y el Comité contra la Tortura.

Y, ello, porque la Cámaras de los Lores Británica ha establecido una serie de limitaciones a la extradición de Augusto Pinochet solicitada por este Juzgado. Esta circunstancia hace necesario la especificación de los casos concretos de torturas que se incluyen en las fechas fijadas por aquella 8.12.98-12.3.90. La aceptación de estos limites se extiende al solo supuesto de que el curso de la extradición continúe hasta su término y en interesado sea entregado a la jurisdicción española, único caso en que tales limitaciones tendrían efecto.

Asimismo esta resolución tiene por objeto adicionar los nuevos supuestos a la demanda inicial de extradición, dentro de cuyo marco genérico se comprenden por cuanto la extradición se solicita por los hechos imputables y los delitos presuntamente cometidos, (entre ellos el de tortura, que incluye a su vez la denominada "*Conspiracy*" inglesa que no es más que una autoría por inducción y/o cooperación necesaria según el Código Penal Español) por Augusto Pinochet entre, el 11-Septiembre-1.983 y 12-Marzo-1.990, día anterior a su cese como Presidente de Chile. Asimismo se ha hecho uso del artículo 13 del C.E.E.

1. Por tanto, abundando en la línea de los autos de 26.3.99, de 5.4.99 y de 27.4.99, se acuerda la ampliación del procesamiento de Augusto Pinochet por los delitos de tortura enumerados en esta resolución y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 384 de la L.E.Cr. con base a los indicios racionales de responsabilidad penal que después se enumerarán, sin perjuicio de que aquellos se integran en las figuras descritas en el auto de procesamiento de 10.12.98.

CUARTO.- En esta resolución y en aquella otra (10.12.98) de la que es ampliación,



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

se citan y enumeran los 1198 casos de desaparecidos durante el período 11-Sept-1973 a 12-Marzo-1.990.

En relación a este apartado, y, al margen de la calificación jurídico-penal de la desaparición forzada como secuestro (artículo 166 del Código Penal) esta figura puede y debe entenderse comprendida en la definición de tortura del artículo 1 de la Convención de 10 de diciembre de 1984: "Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona... sufrimientos graves..., con el fin de ... castigarla... o de intimidar o coaccionar a otras personas.. o por cualquier clase de discriminación... cuando lo haga un funcionario... u otra persona con su consentimiento o aquiescencia".

Esta definición ha sido tenida en cuenta al redactar la Declaración de 18 de Diciembre de 1.992 sobre desaparición forzada, Declaración de la que la Asamblea General "Proclama... que constituye un conjunto de principios aplicables por todo Estado ". En su artículo 1,2 establece que " la desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la Ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia..... Constituye una violación de las normas de derecho internacional que garantizan a todo ser humano... el Derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles , inhumanos o degradantes..."

En el mismo sentido conviene analizar también otros preceptos de la Convención sobre la Tortura de 10 de diciembre de 1984, así como sus antecedentes. En la Declaración contra la Tortura de 1975 la Asamblea General establece en su artículo 1 que "no se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad".

A sensu contrario, debe entenderse que las penas o sufrimientos que deriven de una privación ilegítima de libertad sí deberán ser consideradas torturas.

Al incorporar el precepto la Convención de 1.984, lo expresó de manera todavía más amplia . Considera que no es tortura (artículo 1,1) "El sufrimiento que sea consecuencia únicamente de sanciones legítimas". A sensu contrario, sí deberá considerarse tortura el sufrimiento que se derive directamente de sanciones ilegítimas, como sin duda lo es la desaparición forzada.

Este es el sentido en el que Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha interpretado la Convención contra la Tortura de 1.984, así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1.966. En sus resoluciones sobre los casos Arus Noel Martínez Machado contra Uruguay, Antonio Viana Acosta contra Uruguay e Irene Bleiter Lewenhoff y Rosa Valiño de Bleir contra Uruguay, el Comité declaró que la desaparición forzada supone violación del artículo 10,1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 10,1 del Pacto establece que " toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

La desaparición forzada de un detenido, en consecuencia debe ser considera también una modalidad de tortura, contemplada en el artículo 7 del mismo Pacto, que establece que "nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes". La

desaparición forzada supone según el Comité un trato inhumano, y por lo tanto, tortura. Así se desprende también del propio enunciado de la Convención de 1.984 "Contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Es decir, que una violación del art. 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos puede no suponer violación del art. 10, que se refiere únicamente a personas detenidas (por ejemplo, si se causa un trato degradante a una persona que no está privada de libertad). Por el contrario, el que viola el art. 10,1 necesariamente está violando también el art. 7, porque causar un trato inhumano a un detenido, que supone violación del art. 10,1, es también necesariamente una violación del art. 7.

Esta interpretación de los arts. 7 y 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se había abierto camino en el Comité de Derechos Humanos a través de la interpretación que de aquellos preceptos y de los correspondientes de la Convención Americana había hecho la Corte Interamericana de Derechos del Hombre, en su sentencia de 29 de julio de 1988 en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, al definir la desaparición forzada como una forma compleja de violación de derechos, entre los que se ven afectados, además de la libertad, el derecho a la vida y el no recibir tratos inhumanos.

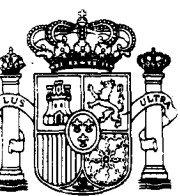
El Comité de Naciones Unidas, en su resolución de 15 de Julio de 1994, en el caso Mojica contra la República Dominicana, siguiendo la precedente interpretación ha declarado que "la desaparición de una persona es indisociable de tratamientos que comportan violación del art. 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos".

La desaparición forzada debe ser considerada, pues, un trato inhumano determinante de violación del art. 7 del Pacto: es decir, debe ser considerada tortura. Como tal, es una conducta comprendida en la Convención de 1.984, y perseguible con jurisdicción universal.

La cuestión es dilucidar qué hacer con aquellos hechos que puedan ser calificados de tortura, -como la desaparición forzada-, cuya comisión o cuya producción de efectos no es instantánea, sino que se prolonga en el tiempo, y que, por su carácter permanente y por la falta de información de que vienen acompañados, pueda considerarse que se siguen cometiendo mientras no conste lo contrario. No se trata ahora de un "acto" de tortura, sino de una "situación" de tortura. Esta, como trato inhumano y degradante, es susceptible de constituir para su víctima una violación de derecho sostenida en el tiempo.

La Convención de 1.984 no puede ser integrada en el sentido de que solamente brinda protección a las víctimas frente a los ataques a sus derechos que sean instantáneos, o lo que es lo mismo, que se agoten en la realización del acto; y que, por el contrario, no protege frente a las violaciones de derechos sostenidos en el tiempo, que son conductas obviamente más graves, sino en el sentido inverso, de modo que acoja tanto la "situación" de tortura como el "acto" de tortura.

No se hace referencia ahora a los actos de violencia física o psíquica que puedan acompañar o seguir a la detención-desaparición de una persona, sino que se trata de la situación misma de detención-desaparición, que supone una violación de la Convención de 1.984, tanto para el detenido-desaparecido como para sus familiares. El detenido-desaparecido es un torturado, su situación es permanente, y la violación de sus derechos también, como lo es la de los derechos de sus familiares, sin que pueda operar la



presunción en contra de que, por el tiempo transcurrido, la víctima debe estar muerta, por que ello sería actuar en contra de la propia esencia del Derecho Penal que impone la obligación de dar razón del paradero a quien resulta responsable de la desaparición.

No se trata de una ficción. Se trata de una equiparación jurídica que ha operado ya la jurisprudencia internacional: primero, porque responde a una innegable realidad de violación compleja de diferentes derechos sostenida en el tiempo; y segundo porque mediante la adopción de esta posición jurídica, la comunidad internacional pretende forzar a los responsables de los crímenes a poner fin a esa situación terrible, mediante el restablecimiento de la verdad.

Esta es la razón de que se haya establecido en la Declaración de Naciones Unidas de diciembre de 1992 sobre desapariciones forzadas que, mientras se desconozca el destino de los desaparecidos, el delito no prescribe y se reputa permanente. Sólo el responsable de los crímenes está en condiciones de terminar con la incertidumbre, y solamente la exigencia de responsabilidades penales a las que se reconozcan el mismo carácter de permanente que a los crímenes es capaz de procurar la averiguación de la verdad sobre los desaparecidos y de atribuir al derecho penal internacional un mínimo carácter disuasorio.

Tal situación ha llevado al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a establecer, en 1.982, a propósito de las desapariciones forzadas, y en relación con el art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que garantiza el derecho a la vida, que los Estados deben tomar medidas efectivas y específicas para evitar las desapariciones y para investigar de manera exhaustiva la suerte de las personas desaparecidas.

En el mismo sentido de considerar las desapariciones forzadas como violaciones de derechos humanos, que se siguen cometiendo mientras no se establece la verdad sobre el destino de la persona desaparecida, debe resaltarse especialmente el caso de los niños. Hay que volver a invocar el caso de Michelle Peña Herreros, ciudadana española, secuestrada, torturada y desaparecida en Chile en 1.975, embarazada de 7 u 8 meses. Según de la Vicaría la Solidaridad, parió a su hijo, en Villa Grimaldi. Presumiblemente, el muchacho vive hoy privado de su identidad, entregado en adopción clandestina, tiene 23 años, y en Chile no le está buscando nadie, salvo la familia.

El de los familiares es otro de los aspectos de la violación de derechos compleja y durante años, en los que perdura la incertidumbre sobre el ser querido.

La decisión más relevante en este aspecto, en el ámbito europeo, y que resulta vinculante para el Ministerio de Interior Británico en tanto que representante de un Estado firmante del Convenio Europeo de Derechos Humanos es la Sentencia del Tribunal Europeo de 25 de mayo de 1.998, dictada en el caso Kurt contra Turquía. En dicha Sentencia, el Tribunal de Estrasburgo declara que la detención-desaparición de un individuo supone una total negación de sus garantías y una violación gravísima del art. 5 del CEDH que garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad, estando obligadas las autoridades que procedieron a la detención a revelar el paradero del desaparecido.

Pero el Tribunal no reconoce solamente la violación de los derechos del desaparecido, sino también la de los derecho de la demandante, madre de aquél: establece

que se ha violado el art. 3 del CEDH respecto del derecho de la madre a no ser sometida a tortura y a tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, en virtud de la situación de angustia y sufrimiento a que le ha llevado la desaparición de su hijo de la que son responsables las autoridades de Turquía. Y señala también que el Estado ha violado el art. 13 del CEDH que establece la obligación del Estado de desarrollar investigaciones efectivas tendentes a procurar la identificación y castigo de los culpables.

Así pues, para el Tribunal Europeo, la situación de desaparición supone una violación permanente, sostenida en el tiempo, del derecho a la libertad del desaparecido, y una violación permanente del derecho de los familiares a no ser sometidos a tratamiento inhumano derivado del desconocimiento de la suerte del desaparecido, y también violación del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los tribunales mediante la identificación y punición de los responsables del crimen. Doctrina que confirma la establecida en los casos Aksoy, Aydin y Kaya.

La violación compleja de todos esos derechos se mantienen en el tiempo mientras no se da satisfacción a lo establecido en el arts. 12 del CEDH. A este respecto deben mencionarse las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que se citan:

1. De fecha 18-8-1.998 (CCPR/C/79/add 95) contra Argelia.
2. De fecha 25-3-96 (CCPR/C/56/D/540/1993) contra Perú.
3. De fecha 15-7-94 (CCPR/C/51/D/449/1991) contra República Dominicana.
4. De fecha 23-3-96 (CCPR/C/56/D/440/1990) contra Libia.
5. De fecha 25-3-96 (CCPR/C/56/D/542/1993) contra Congo.

La inclusión de los 1.198 casos de desaparecidos en Chile es obligada, según esta doctrina, dentro del epígrafe de la tortura, no hacerlo así constituiría una violación de derecho a la tutela judicial efectiva. El Estado de Chile, establecido que tales personas fueron detenidas por funcionarios del mismo, sigue teniendo la obligación, vigente, de dar razón de su paradero. Mientras no lo haga, el delito se continúa cometiendo y, por ende, se considera un tipo penal de ejecución permanente, pero además, permanece vigente el derecho de los familiares a conocer el destino de la víctima.

El texto de la Convención contra la Tortura que procede ahora aplicar, solo puede ser interpretado en el sentido expuesto de considerar comprendidos dentro del mismo, y por lo tanto sometidos al principio de jurisdicción forzosa y universal, no solo los casos de tortura individual cometidos después del ocho de Diciembre de 1.988, sino también todos los casos de detención-desaparición que, producida la privación de libertad antes o después de aquella fecha se hayan mantenido con posterioridad a la misma, en tanto no se produzca la liberación de las personas secuestradas o los imputados den razón de su paradero o destino. Estos delitos deben ser perseguidos en España por aplicación del art. 23.4.g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1-7-85, a cuyo tenor: "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 penal española, como alguno de los siguientes delitos...g) y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios Internacionales, deba ser perseguido en España" lo que sucede con el delito de torturas (arts. 174 a 177 del Código Penal) de acuerdo con lo dispuesto en la Convención contra la Tortura

y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 19 de octubre de 1987, publicado el 9 de noviembre de 1987 y, según dispone el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 5 de Noviembre de 1998.

A) Tal interpretación es conforme a la Convención y tiene en cuenta el objeto y fin de la misma (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados), los acuerdos ulteriores (artículo 31.3.a) y la práctica seguida en la aplicación de la misma (artículo 31.3.b). Por el contrario, excluir del ámbito de aplicación de la Convención situaciones de violación del derecho actuales, únicamente por el hecho de que la conducta determinante de la situación tuviera su inicio en fecha anterior a la entrada en vigor de la Convención, no solamente supondría consagrar una interpretación contraria al objeto y fin de la Convención, sino que conduciría a un resultado manifiestamente irrazonable (artículo 32.b).

QUINTO.- Por último, y, con carácter general debe hacerse referencia expresa a los Autos del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fechas 4 y 5 de noviembre de 1998 sobre los casos de Argentina y Chile, -objeto de este sumario-, establecen paladinamente y, sin posibilidad de recurso alguno la competencia de la Jurisdicción Española para conocer de los delitos de genocidio y terrorismo y de los delitos de tortura en ellos se dice literalmente:

«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 4, letra g), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto en relación con el artículo 5 de la Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o 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 1, 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 2 del artículo 5 de la Convención mencionada pero, como se ha dicho, la cuestión es irrelevante a los efectos de apelación y del Sumario ».

SEXTO: De la descripción de hechos que se recogen, tanto en el Auto de Procesamiento, de fecha 10.12.98, como en la demanda de extradición de Augusto Pinochet Ugarte, de fecha 3.11.98, y los que ahora se fijan como desarrollo de aquéllos, evidencia la existencia del plan criminal permanente desde 1973 hasta 1990. Es decir, durante todo el período en el que Augusto Pinochet fue Jefe de la Junta de Gobierno y/o Presidente de Chile.

Ese plan criminal, por lo que a las torturas se refiere -e igualmente en los demás aspectos ya tratados en aquellas resoluciones- se desarrolló ininterrumpidamente y por la configuración de las causas, víctimas, métodos de tortura, personas e instituciones implicadas, en todo momento estuvo controlado por Augusto Pinochet, en cuanto responsable máximo; el cual simplemente, dictando las órdenes oportunas, podía hacer cesar esta situación atentatoria a la dignidad de las personas y que, en su configuración penal, constituye una sucesión

reiterada de torturas y malos tratos, tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, el procesado consintió, auspició y dirigió, a través de los responsables militares subordinados, principalmente de la DINA y luego de la CNI, y a lo largo de los casi diecisiete años que permaneció en el poder, el plan sistemático de represión y tortura.

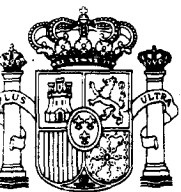
Así resulta de las evidencias señaladas en esta Resolución y que justifican su imputación provisional. “

SEGUNDO.- En el auto de fecha 17.5.99 de resolución de reforma contra el auto de fecha 30.4.99, se dice:

“ **CUARTO.-** El Ministerio Fiscal pretende reducir, en su impugnación, el caso a la persecución de una serie de casos aislados de tortura desvinculados del entorno natural y real en el que se produjeron. Pero, **si algo queda claro en la resolución impugnada y en todas las anteriores**, principalmente en el auto de procesamiento de 10 de diciembre de 1998 -no recurrido por el Ministerio Fiscal- como en el auto proponiendo la extradición de 3.11.98 -no recurrido por el Ministerio Fiscal-, y en los autos de 25 de marzo, 26 de marzo y 5 de abril de 1999 -no recurridos por el Ministerio Fiscal-, es que la acción que se describe y, por ende, la presunta participación del Sr. Pinochet Ugarte, se refiere a una actuación continuada y permanente de terrorismo y genocidio y, por supuesto, de detenciones ilegales, desaparición forzada de personas y actos de tortura inferida sistemáticamente en el desarrollo de un plan criminal trazado por aquél, con la ayuda de otros, con características de permanencia en el tiempo desde que tomó su Gobierno y el 11 de septiembre de 1973 hasta 12 de marzo de 1990, en que dejó la Presidencia de la República de Chile.

No puede por ello el recurrente prescindir arbitrariamente de esta evidencia, que es la que da sentido jurídico, razón y coherencia a la actuación de la jurisdicción española - como ha establecido la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Pleno- y tratar de dar a entender que se está tratando de suplir algo que no existía. Este planteamiento del Sr. Fiscal, como se desprende la lectura de las precitadas resoluciones es FALSO. El señalamiento de actos concretos de tortura a partir del día 25 de marzo de 1999, que complementan y se añaden a los expresamente incluidos en la demanda de extradición de 3.11.98 y auto de procesamiento de 10.12.98, viene motivado por la resolución de la Cámara de los Lores de fecha 24.3.99, que establece la no inmunidad del Sr. Pinochet Ugarte y concreta la persecución, según la interpretación que hace de la Convención contra la Tortura a partir del 8.12.88, o incluso según algunos votos, a partir del 29.9.88.

Sin embargo esto no significa que la enumeración de nuevos ejemplos de tortura acontecidos en ese período temporal, amparados en los indicios que se enumeran en los autos de 30.4.99 y 10.11.98, deba ser considerada, como hace el Ministerio Fiscal, como nuevos delitos independientes y ajenos al marco concreto de la extradición y que, por ende, deban ser objeto de una nueva demanda extradicional. Por el contrario, los referidos ejemplos quedan enmarcados ineludiblemente en el período temporal por el que se ha pedido la extradición, por todos aquellos hechos constitutivos, entre otros, del delito de torturas, y respecto de los cuales los casos citados no hacen sino avalar la razón y la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

justificación de la petición, en tanto que acreditan cómo la acción desarrollada fue presidida por un mismo designio criminal en el que se enmarcan todos aquéllos, y cualesquiera otros casos que pudieran aparecer, y respecto de los cuales se estableciera la relación causal necesaria, en el período citado.

Es la autoridad judicial requerida la que debe establecer cuáles son los hechos por los que debe conceder la extradición y, para ello, fijado el marco general, que la "autorización para proceder" del Ministro del Interior inglés establece -conspiración para la Tortura, equivalente a la autoría por inducción y cooperación necesaria españolas -y delito de torturas a partir del 8.12.1988-, debe suministrársele inexcusablemente toda la información necesaria al amparo del art. 13 del Convenio Europeo de Extradición, con independencia del cauce formal de su remisión, que no debe olvidarse se ha hecho, además por fax a efectos del conocimiento del Crown Prosecution Service y de esta forma garantizar una mayor eficacia en la defensa de los intereses de España (que son los que deben presidir la actuación del Ministerio Fiscal español al no haber recurrido la petición de extradición), a través de la vía diplomática como consta en la pieza de extradición y debidamente apostilladas. A todos ellos el Ministerio de Asuntos Exteriores ha dado el trámite correspondiente y han llegado a su destino.

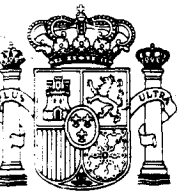
Desde el punto de vista de la ley inglesa, podría discutirse que los nuevos particulares (autos de 26 de marzo, 5 de abril -consentidos por el Ministerio Fiscal- y de 25 de abril de 1999, impugnado por el Ministerio Fiscal- y, todos ellos recogidos en el auto de 30 de abril de 1999 que se recurre) no están, estrictamente hablando, contemplados en el artículo 13 del C.E.E., porque estos particulares tienen que ser solicitados por la "parte requerida", es decir el Gobierno.

Sin embargo, La Fiscalía de la Corona (CPS) puede solicitar esos antecedentes, como lo hizo, y su eficacia deberá discutirse en Inglaterra pero no aquí, ya que el Juzgado ha cumplido escrupulosamente el precepto citado, remitiendo por vía diplomática la información.

No es ajena esta práctica en la Justicia inglesa. De hecho puede citarse el supuesto de una demanda de Suiza a Inglaterra (Rv. Government of Switzerland ex parte Cnought (29th April 1998).

En este caso la High Court (el Tribunal Supremo) sostuvo que un Juez estaba legitimado para ordenar el ingreso en prisión de un acusado, pendiente de una decisión judicial dada por el Ministro para ser extraditado, habiéndose facilitado todos los detalles por el Estado Requirente al amparo del artículo 13 del C.E.E. a petición de la Fiscalía, y, después de haberse emitido la "Authority to Proceed".

Por otra parte, no importa si los particulares se describen como artículo 13 (información) o no. El material es, en cuanto a su sustancia, material adicional en apoyo de y parte de la misma demanda y las mismas alegaciones, como ya se ha dicho antes. Parece claro, según se desprende de la actuación que vienen desarrollando en este caso la Justicia Inglesa, y, el CPS en particular, que no existe dificultad alguna por parte de los Tribunales Ingleses en recibir y aceptar toda la información extradicional en los casos de extradición. Solicitada esta por la Fiscalía (CPS), lo importante es que existan alegaciones del delito al



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

que se refiere la información en el texto de la demanda principal.

Por estas razones al proveer el nuevo material más información apoyando los delitos de tortura y conspiración para torturar de la orden provisional de prisión inglesa de 22 de octubre de 1998 y la Authority to Proceed (y en la demanda de extradición y auto de procesamiento españoles), sería equivocado conceptuar aquella documentación o material como una nueva demanda en la Ley inglesa y en la Ley Española. Con bastante probabilidad, si se entendiera de otra forma, el Ministro del Interior aduciría la falta de sentido, ya que el 14 de abril de 1999 dio un Authority to Proceed especificando que la tortura y la conspiración de tortura se refiere al periodo que comprende desde el 8 de diciembre de 1988 al 12 de marzo de 1990.

En este Authority to Proceed, el Ministro indicó que no tuvo en cuenta el nuevo material porque la información existente (de la demanda, del auto de procesamiento, etc...) no era, en palabras del art. 13, "insuficiente" para los fines de una decisión de conformidad con el Convenio. Es decir, no necesitó examinar el material nuevo.

No es cierta, por tanto, la interpretación del Ministerio Fiscal cuando recurre el auto de 25 de abril, el de 27.4 y 30.4.99, de que el Ministro rechaza ese material. Ni podía hacerlo ni lo ha hecho. Desconoce este instructor por qué el Sr. Fiscal mantiene esa interpretación contraria objetivamente a la expresión literal de aquella resolución.

En resumen, los nuevos elementos y datos remitidos son parte y apoyan la demanda original de extradición única existente y en la que deben incluirse todas aquellos supuestos que reafirmen y confirmen la decisión soberana del Gobierno Español, en contra de la cual se manifiesta ahora el Ministerio Fiscal quebrantando, sin justificación jurídica lógica y coherente, el principio de preclusión procesal y de seguridad jurídica y de equilibrio entre Partes en el Procedimiento.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal sostiene que España no tiene competencia para juzgar los casos de torturas.

La afirmación no se comparte:

- a) porque contradice el criterio, consentido por el Ministerio Fiscal, decidido por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 6 de noviembre de 1999 que textualmente dice en su Fundamento Jurídico Séptimo que *«(...) 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 1, 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 2 del artículo 5 de la Convención mencionada»*

- b) porque contradice lo dispuesto en el propio art. 5 del Convenio contra la tortura.

En la decisión de la Cámara de los Lores de 24 de marzo de 1999 se

analizó el tema de la jurisdicción universal en relación a la Convención contra la Tortura y, concretamente a su artículo 5. En la opinión o voto de Lord Browne-Wilkinson puede leerse, en efecto: que se planteó ante ellos el argumento concerniente a que la jurisdicción para perseguir a los torturadores sólo corresponde a los Estados mencionados en el artículo 5 (1).

Frente a este argumento, dicho voto mantiene lo siguiente:

«Está claro que en todo caso, si los Estados del artículo 5 (1) no escogen entre extraditar o perseguir al culpable, otros Estados tienen que hacerlo. La pretensión de la Convención fue introducir el principio "aut dedere aut punire" –o extraditas o castigas (Burgers an Danelius p.131)».

De hecho, el Reino Unido está ejercitando esa opción, y, obviamente, vulneraría la Convención la entrega del detenido al país que tendría jurisdicción según el artículo 5(1), pero no ejerciera la opción entre extraditar o punir, es decir, Chile. El principio de jurisdicción universal reconocido en la Convención –al que, según la documentación oficial citada en el mencionado voto de Lord Browne-Wilkinson, no se opuso ninguna delegación- consiste, precisamente, en eso, es decir, en el reconocimiento de jurisdicción a los tribunales de cualquier país en el que sea encontrado el culpable o que solicite su extradición, conforme a la legislación correspondiente al respecto.

Pero además, tal y como se reconoce en esa misma decisión de los Lores, el crimen internacional de tortura tiene y tenía antes de la Convención una existencia derivada del "ius cogens". Esto implica precisamente, según el derecho internacional, la vigencia del principio de jurisdicción universal cuando el país del lugar de comisión de esta clase de delitos no asegura su persecución.

Así pues, en realidad, el crimen de tortura al que se contrae el procedimiento no sólo está sometido a la jurisdicción universal por la Convención, sino también por su naturaleza de "ius cogens", y por ende España no sólo tiene el derecho sino más específicamente el deber de enjuiciar la conducta descrita, existan o no víctimas españoles entre los torturados.

Por otra parte está acreditado indiciariamente que: en todos los casos que se incluyen en el procesamiento, la demanda y en las ampliaciones de querrela las personas torturadas lo fueron por funcionarios integrados en estructuras que, bajo la Autoridad del Sr. Pinochet practicaron las torturas siguiendo el mismo designio criminal durante todo el periodo, que se extiende desde el 11.09.73 al 12.03.90.

Por otra parte, y, como se indica en la resolución impugnada ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Convención contra la Tortura de 10.12.1984, en relación con los artículos 1, 4 y 6.4 de la misma, el artículo 23.4. a), b) y g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así como también la jurisprudencia del TEDH que se cita en el auto recurrido.

De todo ello se desprende la necesidad de la aplicación del principio de justicia universal al margen de la nacionalidad de las víctimas.

SEXTO.- Sostiene el Fiscal la atipicidad de estos hechos como torturas y la equiparación de la tortura a las desapariciones forzadas. Al respecto cabe decir que no se termina de entender la insistencia del Fiscal en esa atipicidad los hechos como torturas –que él mismo restringe a las posteriores al 8 de diciembre 1988- por aplicación del entonces vigente artículo 204 bis del Código Penal.

Por un lado, sí existen –frente a lo que mantiene el Fiscal- indicios de que las torturas se produjeron por funcionarios públicos y en el contexto de una investigación policial, y de que, en todo caso, se trata de cuestiones que pueden seguir siendo investigadas tras los procesamientos, que se basan en meros indicios racionales de criminalidad. Los indicios relatados en este auto han de completarse con los reseñados en resoluciones anteriores y otros muchos meramente indicados.

Por otro lado, el artículo 1 del Convenio contra la Tortura tiene eficacia interpretativa obligatoria en España desde su entrada en vigor tras su ratificación el 19 de octubre de 1987, a tenor del artículo 10.2 de la Constitución. Además, el artículo 27.2 de este Convenio impone la vigencia directa del mismo para los Estados que la hayan ratificado, lo que implica que el artículo 1 de la Convención estuvo en vigor en España, es decir, se integró en su derecho interno, desde el trigésimo día después de su ratificación. Por tanto, el artículo 204 bis del Código Penal coexistió desde entonces con el artículo 1 del Convenio, que no limita el concepto jurídico de tortura a los supuestos que estaban previstos en el Código Penal. En consecuencia, la utilización del concepto de tortura que se contiene en el artículo 1 del Convenio, no puede ser considerada, en modo alguno, una interpretación analógica.

En cuanto a la tipicidad como tortura de las desapariciones forzadas, es decir, de personas en ignorado paradero tras su detención ilegal, además de reiterar la fundamentación jurídica contenida en el auto de 30 de abril de 1997 referida a la interpretación de los artículos 7 y 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, debe insistirse en que esta clase de detención ilegal en aquel contexto de persecución significa infligir un grave sufrimiento físico o mental con el fin de intimidar, coaccionar, castigar u obtener información, razón por la cual es indudable su naturaleza de trato inhumano y degradante. Quien mantenga que el secuestro no implica un grave sufrimiento físico o mental tiene la carga de la prueba.

Además, desde un punto de vista técnico la detención ilegal y la tortura son una variante específica de la coacción; es decir, aquellos tipos penales protegen en definitiva el mismo bien o interés jurídico, a saber, la libertad. Por eso, nadie ha discutido que entre esos tipos existe una relación de especialidad en el ámbito de un aparente concurso de normas. Dicho de otra forma: la detención ilegal y la tortura son coacciones específicas. La propia ilegalidad de la detención, con su consustancial ausencia de garantías (control administrativo, médico y judicial –habeas corpus-, duración, condiciones físicas, información a familiares sobre el lugar, derecho de defensa, etc.) es, cuanto menos, un sufrimiento mental intencionadamente provocado, es decir, una tortura en el sentido del artículo 1 del Convenio.

En suma, cuando una conducta engloba a otra, o bien entre dos tipos hay relación

de especialidad no es técnicamente de recibo argumentar que la prohibición penal de la más amplia no es suficiente para considerar también punible la más específica. Es evidente que si no existiera el tipo de magnicidio, el hecho de dar muerte al Jefe del Estado sería punible como homicidio o, en su caso, asesinato. Debe observarse que, tal y como demuestra este ejemplo, esta conclusión es indiscutible con total independencia del “nomen iuris” del bien jurídico preponderantemente protegido en cada uno de los tipos penales. De hecho el magnicidio siempre se ha considerado un delito contra determinados intereses colectivos (seguridad del Estado, la Constitución, la Corona) y no contra la vida o contra las personas, aunque es evidente que tutela también éstos.

Lo mismo vale para las conductas que nos ocupan: el hecho de que no coexistiera un tipo específico de desaparición forzosa junto al del 204 bis y 1 del Convenio contra la Tortura, así como a los correspondientes a la protección de la libertad –coacciones y detenciones ilegales- no quiere decir, en absoluto, que esa modalidad específica de tortura o trato inhumano y degradante en el contexto de una detención ilegal fuera atípica en nuestro ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario: una desaparición forzosa cometida en España o fuera de ella era subsumible en los tipos genéricos de tortura antes mencionados. “

TERCERO.- Se ratifican los argumentos expuestos en el auto de fecha 21.5.99.

De la transcripción de los Razonamientos anteriores se comprueba la reiteración de los argumentos del Ministerio Fiscal, sobre una cuestión ya resuelta y decidida por la propia Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Por lo expuesto y vistos los artículos de general aplicación.

DISPONGO

DESESTIMAR el Recurso de Reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 16.6.99.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Así lo manda y firma el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional, doy fe



E/

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

DILIGENCIA; seguidamente se cumple lo acordado.