

## ASPECTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DEL CASO PINOCHET

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

### El Cambio Histórico

1. El caso planteado por el pedido de extradición del general Augusto Pinochet formulado por España a Gran Bretaña presenta múltiples perspectivas, que -sobre todo si se lo considera sin los recortes que parece estar dispuesto a establecer el país requerido- se proyectan no sólo a diferentes ramas del Derecho sino a la cultura en general. Sin entrar a considerar los hechos de fondo de los cargos que se formulan, cuestión que excede los marcos de este estudio, creemos que entre los puntos de vista con los que se puede estudiar el caso se destacan no sólo los relativos al problema de la extradición en sí, cuestión en la que confluyen consideraciones de Derecho Penal y de Derecho Internacional, sino el despliegue *histórico-filosófico* que se produce como consecuencia de la que consideramos *crisis del principio de reserva* en un *cambio de edad o quizás de era* de la historia.

El pedido de extradición lleva en sí el replanteo de principios que se relacionan de manera profunda con la formación y el desarrollo del *Estado moderno*, convertido luego en Estado nacional e incorporado casi desde su comienzo en una comunidad internacional. A nuestro parecer, más allá de las argumentaciones diversas que pueden efectuarse, el éxito de la solicitud significaría que alguien puede ser penado por conductas que en el *ámbito estatal* territorial donde las produjo no han sido tenidas como delictivas. Aunque las conductas fueran delictivas en otros países, respecto de él no hay pena estatal previamente establecida.

2. El *Estado moderno* nació a partir de fines de la Edad Media en un largo proceso que contó en su red causal con la alianza de la burguesía, necesitada de mercados más amplios, y los reyes que gobernaban esos espacios. Su aparición generó luchas de los poderes aliados contra los señores feudales inferiores y el Imperio y el Pontificado. Entre los grandes monarcas que protagonizaron la formación del Estado moderno se encuentran, por ejemplo, Fernando e Isabel de España, Enrique VIII de Inglaterra y, al fin del proceso francés, Luis XIV, quien pudo identificar al Estado con su persona.

Entre los ideólogos de la formación del Estado moderno se hallan Maquiavelo, que escindió a la política de la moral y acuñó el término Estado; Hobbes, que reclamó el monopolio del poder en manos de los gobernantes estatales y Bodin, que planteó la noción de soberanía. Una vez afianzado, ese Estado fue recorriendo el camino de su liberalización, con Locke, Montesquieu e incluso Kant, y en sentido económico Smith, y de su democratización a través de las ideas de Rousseau. Luego Fichte y Hegel figurarían entre los exponentes de la conversión del Estado moderno en Estado nacional.

Un despliegue muy importante de la liberalización del Estado moderno es el que se desarrolló con la "reserva" formulada por Anselm Feuerbach, "nullum crimen, nulla poena, sine lege" (mejor "nullum crimen, nulla poena, sine previa lege poenali")<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En relación con el tema pueden v. por ej. Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, t. I, págs. 139 y ss.; pp. 139 y ss.; Manzini, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Reimp. 2ª. ed., Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t. I, 1926, pp. 165 y ss.; Jimenez de Asua, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 4ª. ed., Bs. As., Losada, t. II; 1977, págs. 606 y ss.; Soler,

Aunque algunos atribuyen el origen de esta reserva al Derecho medieval inglés, parece que en su sentido más profundo corresponde al *liberalismo penal*, nacido en el marco donde, a impulsos de la burguesía, se generaron las distintas vertientes liberales.

Pese a que las razones alegadas han sido a veces diversas, al fin se trata de proteger al gobernado contra el gobernante, en este caso, al reo contra el gobernante. Se ha puntualizado que en última instancia la ley penal debe ser previa, escrita y en sentido estricto.

Entre las primeras manifestaciones históricamente encuadradas del principio se encuentra su formulación en la organización constitucional norteamericana, en la legislación austríaca de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, retóricamente reiterada en la Declaración de 1793. Con diversos matices, la reserva penal llegó a obtener vasto reconocimiento.

No sería posible comprender la estatalidad sin apreciar que se ha desarrollado con diversos grados según se trate de países que la originaron y le dieron su ideología (Inglaterra, Francia, etc.) o de otros ámbitos que desde su punto de vista son "marginales" (v.gr. los latinoamericanos), ni entender a la comunidad internacional histórica ni sus cambios en nuestros días sin considerar que, como en toda la vida jurídica, en ella se reflejan diferentes juegos de los factores de poder que, por ejemplo, suelen separar al "Norte" del "Sur".

3. Luego de Auschwitz e Hiroshima la cultura de la modernidad en sentido amplio -que abarca las edades Moderna y Contemporánea- quedó profundamente conmovida. Podría pensarse que las explosiones morales y técnicas que allí se produjeron eran afines a la explosión de los moldes históricos que sucedería poco después. La expansión económica y tecnológica promovió el desborde de los Estados nacionales y la *globalización/marginalidad*, con el gran incremento de las privatizaciones y de un vacío de sentido público que viene llenándose por caminos muy tensos, en los que se inscribe la posible extradición del general Pinochet<sup>2</sup>.

En el tiempo actual, de la "postmodernidad", el desarrollo del capitalismo ha adquirido alcances planetarios, generándose fenómenos de globalización que incluyen a quienes participan en el proceso de producción, distribución y consumo quedando, en cambio, el resto de la humanidad en condiciones de marginalidad<sup>3</sup>.

Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 3ª. ed., Bs. As, Tipográfica Editora Argentina, t. I, 1963, pp. 122 y ss.; Nuñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, 2ª. reimp., Córdoba, Lerner, t. I, pp. 105 y ss.; Fontan Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. 2ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, pp. 226 y ss.; Gomez, Eusebio. *Tratado de Derecho Penal*. Bs. As., Compañía Argentina de Editores, t. I, 1939, pp. 53 y ss.; Fierro, Guillermo J. *La Ley Penal y el Derecho Transitorio*, Bs. As., Depalma, 1978.

<sup>2</sup> Respecto a la globalización/marginalidad pueden v. por ej. nuestros estudios *Comprensión de la Globalización desde la Filosofía Jurídica*, en "Investigación y Docencia", N° 27, pp. 9 y ss.; *Una Perspectiva Bioética: Vida y Globalización*, en "Bioética y Bioderecho", N° 1, pp. 43 y ss.; *Filosofía Jurídica de la Marginalidad, Condición de Penumbra de la Postmodernidad*, en "Investigación ..." cit., N° 25, págs. 25 y ss. Asimismo es posible c. v. gr. Orsi, Vittorio. *Las Claves de Davos 97*. Bs. As., ABRA, 1997; Chomsky, Noam; Dieterich, Heinz, *La Aldea Global*. Txalaparta, Tafalla, 1997.

<sup>3</sup> Acerca de la postmodernidad pueden v. por ej. nuestro artículo *Panorama Trialista de la Filosofía en la Postmodernidad*, en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 19, pp. 9 y ss.; asimismo, en colaboración con Mario E. Chaumet. *Perspectivas Jurídicas Dialécticas de la Medievalidad, la Modernidad y la Postmodernidad*. En "Investigación ..." cit., N° 21, pp. 67 y ss. Es posible c. v. gr. Lyotard, Jean-François. *La Condición Postmoderna*. Trad. Mariano Antolin Rato, 2ª. ed., Bs. As., R.E.I., 1991; De Trazegines Granda, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*, Bogotá, Temis, 1993; Vattimo, Gianni. *El Fin de la Modernidad*. Trad. Alberto L. Bixio, 3ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1990; Touraine,

En este mundo globalizado, los Estados de características tradicionales, desbordados por los despliegues económicos mundializados y sus proyecciones en el resto de la cultura, van perdiendo protagonismo, sobre todo si no se trata de los que constituyen el "brazo armado" del nuevo mundo. Muchos de los rasgos que fueron adquiriendo los Estados en el proceso de su formación se van debilitando y, en cambio, aparecen luchas internas y externas análogas a las de aquella época, pero con sentidos diferentes.

A menudo los regionalismos y las grandes fuerzas económicas mundializadas predominan sobre Estados debilitados en sus posibilidades democráticas e incluso en su eficacia para mantener el orden. Los Estados van dejando de tener las cualidades que adquirieron en términos de las ideas de Rousseau y de Hobbes.

Por el contrario, en profunda relación con instituciones económicas de vocación planetaria, como la Organización Mundial del Comercio, en ciertas perspectivas se va formando una *estatalidad mundial*, encabezada por las grandes potencias del Norte, que ahora resulta de alguna manera encauzada a través de la Organización del Tratado del Atlántico Norte. La estatalidad mundial se encuentra en *estado "hobbesiano"* y se halla lejos de contar con las posibilidades democráticas y liberales. Esto significa que no parece posible reclamarle que cumpla las legítimas exigencias de Rousseau, ni las de Locke, Montesquieu, Kant o Feuerbach. Este es, a nuestro parecer, uno de los más desgarradores despliegues del caso Pinochet.

Para el general Pinochet las normas españolas resultan retroactivas, porque no estaban en sus razonables cálculos vitales, pero el cambio histórico -que paradójicamente, su política económica ayudó a promover- lo coloca en una situación en la que la formación de la estatalidad mundial parece necesitada de prescindir del principio de reserva.

Al liberalismo penal no le interesa al fin la mayor o menor criminalidad de un acto si no está previamente tipificado legalmente, mas la estatalidad mundial en formación al menos todavía no es liberal.

Como ocurría en tiempos de Hobbes, la formación del monopolio del poder gubernamental significaba que no todos serían tratados por igual y, pese a que los hechos invocados nos parecen merecedores de proceso y de eventual sanción, no tenemos dudas de que otros hechos más graves, cometidos por personas de más poder, quedarán sin sanción.

Para comprender mejor el significado del reclamo español, pueden traerse a relación testimonios como el de "El Alcalde de Zalamea", donde si el "rey" ha de sancionar poco importa la mano con que lo haga. El tema de la obra, inspirado en un suceso

---

Alain. *Critique de la Modernité*. Fayard, 1992; Callinicos, Alex. *Contra el Postmodernismo*. Trad. Magdalena Holguin, Bogotá, El Ancora, 1993; Best, Steven; Kellner, Douglas. *Postmodern Theory—Critical Interrogations*. Nueva York, Guilford, 1991; Simpson, Lorenzo C. *Technology Time and the Conversations of Modernity*, Nueva York - Londres, Routledge, 1995; Docker, John. *Postmodernism and Popular Culture—A Cultural History*. Cambridge, University Press, 1994; Audi, Robert (ed.). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge, University Press, 2ª. reimp., 1997, "Postmodern", pp. 634/5. Asimismo es posible c. v. gr., Habel, Marc, *Postmoderne Ansätze der Rechtserkenntnis*. En "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Vol. 83, 2, pp. 217 y ss. V. por ej. además Rojas, Enrique. *El Hombre Light*. 11ª. reimp., Bs. As., Temas de Hoy, 1996. Respecto del individualismo de superficie de la época actual c. v. gr. Lipovetsky, Gilles. *La Era del Vacío*. Trad. Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, 8ª. ed., Barcelona, Anagrama, 1995. Acerca del totalitarismo que en profundidad llega a imperar bajo el capitalismo tardío, v. por ej. Adorno, Theodor W. *Mínima Moralia—Reflexiones desde la Vida Dañada*. Trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Altea -Taurus- Alfaguara, 1987. También cabe recordar, v. gr., Marcuse, Herbert. *El hombre Unidimensional*. Trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968. Asimismo puede c. Ghersi, Carlos Alberto, *La Posmodernidad Jurídica* (dos partes).

histórico, motivó una producción de Lope de Vega y el trabajo inmortal de Pedro Calderón de la Barca. Ahora se trata de que, si el "gobierno mundial" en formación ha de sancionar, importa poco el Estado que lo haga.

Lo pretendido en el caso Pinochet es una solución que excede los moldes de la internacionalidad clásica y tiene rasgos de mundialización, pero -por ejemplo- también desborda la internacionalidad clásica e incluso a la Organización de las Naciones Unidas la intervención de la OTAN en Serbia.

Vale recordar que en los comienzos de este tiempo están los juicios de Nuremberg, que también prescindieron del principio de reserva.

4. Según ya indicamos, es de cierto modo paradójico que, si bien el general Pinochet vendría a representar en términos sansimonianos la *etapa "teológica"* (sacerdotal, militar y feudal) de la humanidad, el período "positivo" ("industrial") que hoy de algún modo vendría radicalizándose con el capitalismo, convirtiéndolo en una figura "anacrónica", se logró en su país en parte por sus decisiones<sup>4</sup>.

Es posible que el general haya confiado al fin en las lealtades del sistema económico que contribuyó a sostener, pero una de las claves de la supervivencia del "capitalismo" parece ser su permanente capacidad de adaptación.

### *Las Proyecciones Filosófico-Jurídicas*

#### *Dimensión Sociológica<sup>5</sup>*

5. Desde el punto de vista jurídico-sociológico, lo que resulta del reclamo español es un cambio respecto del plan de gobierno chileno e incluso del plan internacional tradicional. Varían los supremos conductores (supremos repartidores) y los supremos criterios de conducción (supremos criterios de reparto), que dejan de estar en los regímenes nacionales para ubicarse en el orden mundial, con nuevas perspectivas distintas de las que antes regían en la vida del Planeta. Todo esto significa sacrificios en la *previsibilidad* propia de los planes de gobierno en marcha y en el orden propio del régimen como conjunto. Lo que pretende obtenerse posee caracteres de "revolución" (sin que el término tenga aquí sentidos positivos o negativos) e incluso de *anarquía*, con el consiguiente grado de arbitrariedad. Cabe afirmar que, si hubiera una condena en España, el pronunciamiento podría tener rasgos de cierto modo "revolucionarios" y anárquicos. Sin embargo, lo que parece abrirse camino es una nueva ejemplaridad mundial en relación con los derechos humanos, con la pertinente realización del valor *solidaridad*, y un nuevo régimen mundial, con un orden más extenso. Al fin, a nuestro parecer, la previsibilidad y el orden no son sinónimos de justicia.

#### *Dimensión Normológica*

6. En la dimensión jurídico-normológica, desde el punto de vista del requerido la extradición pondría en cierta crisis a la *predecibilidad* propia de las normas generales,

<sup>4</sup> V. por ej. Saint-Simon. *Catecismo Político de los Industriales*. Trad. Luis David de los Arcos, 2ª. ed. en B.I.F., Bs. As., Aguilar, 1964.

<sup>5</sup> Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico, es posible c. por ej. Goldschmidt, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho*. 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; Ciurio Caldani, Miguel Angel. *Derecho y Política*. Bs. As., Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *Filosofía de la Jurisdicción*. Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

referidas a casos futuros. A su vez, la sentencia del juez español tendría un importante escollo para realizar la *inmediación*, valor inherente a las normas individuales que habitualmente contienen esos pronunciamientos judiciales.

El requerimiento plantea una problemática de posible "*retroactividad*" vital contra el reclamado, con todos los problemas jurídicos que esto trae aparejado, sobre todo desde el punto de vista del Derecho Penal.

Sin perjuicio de las argumentaciones interpretativas que siempre son posibles, creemos que la condena en la Península podría ser comprendida como la producción de una "*carencia axiológica*" (tal vez "*dikelógica*") de norma, o sea, que se descarta la solución positiva por considerarla "*disvaliosa*" (quizás por considerarla injusta). A nuestro parecer, en última instancia la invocación de los derechos humanos de las víctimas adquiere caracteres de primacía de cierto contenido de *Derecho Natural* sobre el Derecho Positivo.

La condena española haría pensar en un cambio en la *norma hipotética fundamental*, que iría dejando de estar referida a las pirámides estatales para relacionarse con el ordenamiento mundial. Nos parece notorio que, como todo cambio de pirámide, habría un cierto grado de incoherencia.

Los ordenamientos normativos de nuestro tiempo vienen tendiendo a ser *sistemas formales* a favor de los reos, o sea que en caso de laguna corresponde su absolución. El carácter formal del sistema del liberalismo penal se funda en la protección contra el régimen, pero vale preguntarse si ese carácter formal ha de aplicarse cuando los delitos invocados hayan sido cometidos por ex gobernantes durante su desempeño. Además, es posible que en su constitución el ordenamiento mundial "*regresione*" a meras características de orden, en que las lagunas motiven la consulta al autor, o a un sistema material, en que los jueces llenen las lagunas según lo que por autointegración o heterointegración consideren valioso.

#### *Dimensión Axiológica*

7. Desde la perspectiva jurístico-axiológica (Werner Goldschmidt hubiese preferido decir "*jurística-dikelógica*") la condena en España significaría una crisis de la *seguridad* del sancionado por invocación de la justicia. La justicia es una categoría "*pantónoma*", referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Como es inabordable, porque no somos ni omniscientes ni omnipotentes, necesitamos *fraccionarla* y estos cortes generan seguridad. La división de Estados reflejada en la internacionalidad clásica producía fraccionamientos que brindaban seguridad. La condena española haría un desfraccionamiento de la justicia más allá de los moldes estatales.

Los hechos que se pretende juzgar tienen sus mayores proyecciones en Chile (con causas internas y externas). Creemos que su consideración en el país sudamericano tal vez podría lograr desfraccionamientos favorables y desfavorables al requerido en extradición. Los sucesos discutidos tienen antecedentes y marcos latinoamericanos que posiblemente el juez español no comprenda cabalmente. Incluso se inscriben en una guerra mundial "*fría*" que ya no existe. Mas importa interrogarse si todo eso deslegitima el juicio. Vale considerar que en el país hermano existe un despliegue de factores de poder que al menos hasta ahora ha hecho inviable un enjuiciamiento al respecto. Creemos que corresponde preguntarse, en base a un estudio que ha de atender a datos de la realidad social y de las normas y a consideraciones de valor, si la justicia que se haría en España sería la más amplia que podría lograrse. De ser así, nos parecería evidente que sería la realización debida.

Es notorio que los hechos atribuidos al general Pinochet fueron también obra de muchas otras personas, con distintos grados de participación, y que en algunos casos las influencias pueden haber sido mayores que las del requerido en extradición. También esta circunstancia puede teñir de relativa injusticia lo que se resuelva, pero creemos que -como hemos señalado- hay que hacer la mayor justicia viable y es mejor hacer alguna justicia que ninguna.

Estimamos importante señalar el valor ejemplarizador que podría tener la eventual condena de un gobernante, sobre todo tratándose de un gobernante militar en relación con la tradición militarista de América Latina, mas no sería legítimo desconocer que ejemplarizar a través de una persona puede significar un fraccionamiento de las consecuencias, haciendo que unos paguen lo que corresponde estrictamente a otros.

Entre las consideraciones de la justicia de un caso, está el comportamiento respecto a casos análogos y, a nuestro parecer, como ya indicamos, éste es uno de los puntos débiles de la decisión condenatoria que podría adoptarse. Según nuestro criterio es evidente que muchos otros actos más graves han sido cometidos por otros poderosos, de los aparatos gubernamentales o subversivos. Esto significaría que la justicia que se hiciera en el caso podría valer más en términos "absolutos", pero de cierto modo quebrantaría el sentido relativo que, por títulos de igualdad, suele requerirse también a la justicia.

Como el caso se encuadra en un cambio de edad o quizás era de la historia, es significativo atender a si el mundo que se va formando es tan legítimo como para legitimar el abandono de la reserva del mundo que se va. Es relevante saber si la justicia "de llegada" supera a la justicia "de partida".

8. Los hechos que se atribuyen al general Pinochet poseen una profunda gravedad desde el punto de vista de las potencias y las impotencias que es legítimo adjudicar, en gran medida consagradas en los *derechos humanos*. Sin embargo, uno de los grandes problemas del caso consiste, como hemos señalado, en que uno de los derechos más antiguos es precisamente el de ser juzgado de acuerdo a leyes anteriores a los hechos.

Entre los requisitos que creemos debe tener un reparto justo está la audiencia de los interesados, que en este caso significa *proceso*. El caso es al respecto sumamente complejo, porque quizás ni en Chile, ni en Gran Bretaña ni en España estén dados, por sentidos diversos, las condiciones de debida audiencia para el general y quienes hayan sido sus víctimas.

9. Estimamos que para ser justo un régimen ha de ser humanista, es decir, ha de tomar a cada hombre como un *fin* y no como un medio. Sin entrar a juzgar los hechos que se atribuyen al requerido, parece evidente que existen graves riesgos de que sea mediatizado en aras de la apertura de una nueva organización mundial.

Los grandes cambios, en ciertos sentidos avances, de la conciencia de los derechos humanos que vienen produciéndose en los últimos años, colocan al caso en la línea problemática de diferenciación entre los "régimenes de derecho", entendidos como los que en el pasado satisficieron los requerimientos de justicia de su tiempo, y los régimenes de justicia, que cumplen las exigencias de valor actuales. No podríamos afirmar que el régimen del general Pinochet fuera realizador de las exigencias de justicia de su tiempo (incluso es factible sostener la respuesta negativa) pero es evidente que hoy su condena social parece mucho mayor.

Para ser justo, un régimen ha de proteger a cada individuo contra los demás, como individuos y como régimen, respecto de si mismo y frente a todo "lo demás"

(enfermedad, miseria, ignorancia, desempleo, soledad, etc.). Los hechos que se atribuyen al general Pinochet constituyen grandes transgresiones al resguardo contra el régimen, pero ahora se suscita también el grave problema de su propio resguardo contra el régimen que lo reclama.

10. Ante el proceso de globalización/marginalidad de nuestros días, que en cierta medida nos parece inevitable y beneficioso, creemos que la respuesta ha de ser la mayor "universalización" posible, integrando a todos los hombres y los pueblos. Por eso creemos que en principio hay que abrir camino al mundo nuevo sin sacrificar, ni a los hombres, en este caso al general Pinochet, ni a los pueblos, en este caso atendiendo también a lo mejor para la vida en Chile.

11. Quizás para hacer lo justo haya que optar por la extradición o la no extradición. Tal vez sea posible mejorar los mecanismos judiciales que podrían solucionar el caso en España o en Chile. Quizás haya que confiar, al fin, en *el tribunal de la humanidad* a través de la *historia*...

Sea cual fuere la solución que se adopte, el caso permite muchas consideraciones filosóficas que, enriqueciendo la *perspectiva humanista*, constituyen ya, a nuestro parecer, un aporte a la justicia.