

## **Globalização da justiça penal internacional?**

**Maria del Carmen Márquez Carrasco**

Professora Titular de Direito Internacional Público e Relações Internacionais,  
Universidade de Sevilha

Este trabalho serviu de base ao seminário realizado pela autora no Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra em 15 de Janeiro de 1999. Quero manifestar o meu agradecimento aos Professores Boaventura de Sousa Santos e José Manuel Pureza.

Tradução: José Manuel Pureza

### **O julgamento de Pinochet e a jurisdição de Espanha para conhecer de delitos de genocídio, terrorismo e tortura na Argentina e no Chile**

#### **I. Introdução**

O ponto de partida da minha reflexão é uma citação do professor belga Eric David que se refere à eficácia virtual das normas derivadas do chamado «Direito de Nuremberga»:

«épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête de chaque dictateur et de chaque tortionnaire ou bien produit surgelé enfoui dans de congélateur de l'appareil législatif des États? Le droit de Nuremberg est sans doute un peu les deux quoique la réalité nous conduise à pencher plutôt vers le congélateur que vers l'épée... Ce n'est déjà pas si mal car cela signifie que le produit existe et qu'il n'y a plus qu'à le sortir de sa léthargie ou de son hibernation pour lui insuffler vie...»<sup>1</sup>.

O produto existe, de facto, em virtude das obrigações assumidas pelos Estados de incorporarem tais regras nos seus ordenamentos internacionais (aplicação inorgânica ou descentralizada do Direito Internacional e teoria do desdobramento funcional). Mas esse «produto» só muito limitadamente saiu do congelador ou do seu estado de hibernação. O habitual durante este século, durante estes últimos cinquenta anos, foi a situação contrária, isto é, a impunidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, a impunidade das violações em larga escala e sistemáticas de direitos humanos fundamentais.

No mesmo trabalho, o autor mencionado sugeria, a título de ficção, uma eventual actuação judicial contra o general Pinochet, como expoente da vitalidade das regras de Nuremberga enquanto manifestações do Direito Internacional consuetudinário. A Audiência Nacional de Espanha (an), surpreendendo o «mundo global», veio dar-lhe razão. Em tertúlias e em conversas, mesmo entre especialistas, falou-se de «globalização da justiça» e referiu-se que esta resolução da an é demonstrativa de que «a justiça não tem fronteiras».

As resoluções da an objecto da nossa análise são os autos de 4 e 5 de Novembro de 1988, em que o Pleno da Secção Penal da an se pronuncia sobre os recursos de apelação por falta de jurisdição, interpostos pelo Ministério Público e por um dos arguidos nos processos interpostos por genocídio e terrorismo na Argentina (sumário 19/97) e por genocídio e terrorismo no Chile (sumário 1/98), contra os respectivos autos dos Juízos Centrais de Instrução que declaram a competência da jurisdição espanhola para conhecer dos factos em ambos os processos sumários. A Secção da an decidiu por unanimidade rejeitar todos os motivos alegados no recurso, confirmando a jurisdição de Espanha para o conhecimento dos factos objecto de ambos os processos.

Neste sentido, a an afirma que «Espanha tem jurisdição para conhecer dos factos, derivada do princípio de perseguição universal de determinados delitos – categoria de Direito Internacional – acolhido pela nossa legislação interna. Tem também um interesse legítimo no exercício dessa jurisdição, já que são mais de quinhentos os espanhóis mortos ou desaparecidos na Argentina, e cinquenta os espanhóis mortos ou desaparecidos no Chile, vítimas da repressão denunciada nos autos».

## **II. Antecedentes**

A origem das actuações judiciais encontra-se nas denúncias de actos de genocídio e de terrorismo contra nacionais espanhóis apresentadas pelo delegado do Ministério Público\*, Miguel Miravet Hombrados, em representação da União Progressista de Magistrados do Ministério Público em 28 de Março e em 4 de Julho de 1996, e em outras acções interpostas posteriormente, a título de acção popular, pela Associação Livre de Advogados, pela Esquerda Unida, pela Associação Argentina Pró-Direitos Humanos (Madrid), pela Fundação Salvador Allende e pelo Grupo de Familiares de Detidos e Desaparecidos no Chile. As denúncias foram deduzidas respectivamente contra as três juntas militares argentinas e os diferentes elementos da junta militar chilena encabeçada pelo general Augusto Pinochet.

Com base naquelas denúncias, os juízes da an Baltasar Garzón e García-Castellón, respectivamente titulares dos Juízos Centrais de Instrução n.os 5 e 6 da an, acordaram na abertura de diligências preliminares, seguidas da formação de comissões rogatórias e mesmo das correspondentes ordens de detenção para pôr as pessoas denunciadas à disposição do tribunal.

As actuações judiciais foram fundadas na responsabilidade das autoridades político-militares argentinas e chilenas nas operações de «guerra suja» levadas a cabo na Argentina e no Chile no quadro dos regimes ditatoriais instaurados em inícios dos anos 70, incluindo a chamada Operação Condor. É sabido que a repressão contra pessoas e grupos considerados suspeitos de conivência com grupos de esquerda e extrema-esquerda, qualificados como terroristas pelas autoridades, se concretizou em numerosas violações sistemáticas de direitos humanos, como a prática de desaparecimento forçado de pessoas, em completo desprezo pelas mais elementares considerações de humanidade assim como das regras do Estado de Direito<sup>2</sup>.

Calcula-se que o número de pessoas mortas ou desaparecidas nos períodos de 1976-1983 na Argentina e de 1973-1989 no Chile haja sido entre 20 000 e 30 000. No caso de Pinochet, as mais de 3000 pessoas mortas às suas ordens são uma expressão cruel de que o general concebeu e dirigiu uma actividade sistemática de detenções, tortura e

eliminação física dos seus opositores políticos com o objectivo de «purificar» a vida política chilena de todas as pessoas que discordavam da sua orientação<sup>3</sup>.

### **III. Perseguição dos crimes de Direito Internacional e soberania do Estado (a propósito das principais questões jurídicas que suscita o caso Pinochet)**

#### **1. Perseguição dos crimes de Direito Internacional e soberania do Estado na regulação da imunidade de representantes de Estados ou pessoas que actuam na sua posição oficial**

Perante os tribunais britânicos, Pinochet alegou a sua imunidade como antigo Chefe de Estado (versão personalizada da doutrina da imunidade do Estado ou imunidade do soberano) na sua defesa contra a ordem de detenção provisória e para fazer frente ao requerimento de extradição apresentado por Espanha. Por seu lado, os magistrados do Ministério Público da an também invocaram nos recursos contra os autos do juiz Garzón a violação da imunidade pessoal do senador Pinochet.

O debate jurídico e político havido balizou a série de decisões suscitadas pela defesa de Pinochet, entre as quais se encontram os acórdãos do Comité Judicial da House of Lords do Reino Unido, um de 25 de Novembro de 1998 e o recente de 24 de Março de 1999. Em ambos foi defendido que Pinochet não goza de imunidade como antigo Chefe de Estado, embora com base em interpretações que obedecem a perspectivas divergentes.

Após uma primeira decisão da High Court favorável a Pinochet, o Comité Judicial dos Lordes, composto por cinco membros, considerou, em 25 de Novembro de 1998, que Pinochet não gozava de imunidade numa decisão aprovada com três votos a favor e dois contra, e em que a questão central foi a de saber se os factos a respeito dos quais se reclama o não exercício da jurisdição penal de outro Estado constituem actos oficiais realizados no exercício de funções como antigo Chefe de Estado.

Deste modo, o Comité dos Lordes revogou a decisão da High Court em que fazia vencimento o critério de lorde Thomas Bingham, Lord Chief Justice de Inglaterra e Gales. Uma leitura estrita das leis inglesas conduziu à defesa de que Pinochet goza de imunidade de jurisdição penal absoluta por todos os actos cometidos enquanto foi Chefe de Estado, incluindo as ordens para cometer em larga escala ou de forma maciça actos de assassinato, tortura e sequestros. Dado que não pode ser julgado por estes crimes por um tribunal inglês, não poderia igualmente ser extraditado para Espanha, já que este é um princípio em que se baseiam os tratados de extradição.

A imunidade soberana tem uma linhagem antiga e, tal como a imunidade diplomática, facilita a todos os Estados o estabelecimento de relações de amizade e de cooperação. No Direito britânico, a imunidade cobre os antigos Chefes de Estado e os Chefes de Estado actualmente em serviço (por isso, nenhum dos lordes pôs em questão que um actual Chefe de Estado goze de imunidade).

Para lorde Bingham, um antigo Chefe de Estado goza de imunidade porque uma norma inglesa (State Immunity Act) outorga aos Chefes de Estado a mesma protecção que ao chefe de uma missão diplomática e outra disposição estabelece, com base no artigo 39 da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, que uma vez terminadas as suas funções, a imunidade não cessa relativamente aos actos realizados na sua função. Tendo em conta que os actos de que Pinochet é acusado foram realizados enquanto foi Chefe de Estado e nessa qualidade, aquele lorde concluiu que Pinochet continua a gozar de

imunidade relativamente a tais factos. Esta conclusão conduz à aceitação de que a tortura, os assassinatos e os desaparecimentos forçados e em massa se integram nas funções públicas de um Chefe de Estado.

No entanto, a regulação dos direitos humanos em Direito Internacional contradiz esta interpretação e foi sobre a primazia dos direitos humanos que fundaram os seus argumentos os três lordes que constituíram a maioria no acórdão de 25 de Novembro. Face à inexistência de um código geral de crimes contra a paz e a segurança da humanidade, apoiaram-se nos tratados e outros instrumentos internacionais que estabelecem que nenhuma autoridade pública, incluindo o Chefe de Estado, goza de imunidade que lhe permita ficar isenta de responsabilidade por tais crimes. Isso mesmo foi expressamente estabelecido no Estatuto de Nuremberga, nas decisões dos Tribunais de Nuremberga e Tóquio, na Resolução 96 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, na Convenção sobre Genocídio e na Convenção sobre Tortura<sup>4</sup>.

É mesmo possível afirmar-se que a inexistência de imunidade nestes casos se converteu numa norma de Direito Internacional consuetudinário, como se depreende do exame da prática e da convicção jurídica geral. Comprova-o o facto de ter sido declarado nos Estatutos dos Tribunais Internacionais ad hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda<sup>5</sup> e que um artigo neste sentido haja sido das poucas disposições não debatidas na Conferência de Roma em que foi adoptado o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente<sup>6</sup>.

Assim, de acordo com o Direito Internacional, os factos imputados a Pinochet não podem, pela sua própria natureza de actos repugnantes ou inaceitáveis para o Direito, ser considerados como actos realizados no exercício das suas funções<sup>7</sup>. A qualificação dos factos ergue-se assim como questão chave, já que a imunidade não prevalece sobre a perseguição dos culpados dos crimes mais graves de Direito Internacional. Deste modo, o genocídio, a tortura (quando se trate de prática sistemática ou maciça) e outros crimes são susceptíveis de perseguição independentemente da condição de governante ou de autoridade pública do respectivo autor.

Neste sentido, lorde Nicholls (um dos lordes que foi membro do Comité em Novembro de 1998) afirmou que «international law has made plain that certain types of conduct, including torture and hostage-taking, are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of State, or even more so, as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law».

O Comité Judicial dos Lordes (composto por sete membros) teve que pronunciar-se novamente dada a anulação do acórdão anterior. A sua decisão de 24 de Março de 1999 merece uma valoração positiva de princípio pelo facto de uma maioria muito ampla de seis dos lordes (contra um só voto negativo) ter entendido que Pinochet não goza de imunidade como Chefe de Estado relativamente à imputação, por parte da justiça espanhola, de delitos contra o Direito Internacional (*delicta juris gentium*). A decisão, no entanto, vem acompanhada de importantes limitações, já que restringe o pedido de extradição formulado pelas autoridades espanholas ao delito de tortura (um acto de prática directa e seis de conspiração da dita prática) e ao período posterior a 29 de Setembro de 1988. Além disso, face à diminuição do elenco de actos imputados a Pinochet, os lordes fizeram acompanhar o acórdão de uma espécie de recomendação política ao Ministério do Interior britânico (a quem cabe em exclusivo a decisão política) no sentido de reconsiderar dar seguimento à extradição de Pinochet para Espanha.

Aquelas limitações podem, em parte, ser explicadas pelo carácter dualista do ordenamento jurídico britânico, o que condiciona a recepção do Direito Internacional. Mas, acima de tudo, este acórdão, ao contrário do anterior que se alicerça numa interpretação ampla e de carácter substantivo, tem por fundamento uma interpretação restritiva, de natureza mais técnico-jurídica e processual, que anda à volta da questão central de saber quais dos actos imputados a Pinochet constituem crimes extraditáveis e qual o período de tempo em que podem ser determinados como tal no Direito inglês e das consequências do princípio da dupla incriminação (habitualmente presente nos tratados de extradição). A determinação de quais dos factos imputados constituem crime extraditável é colocada na dependência não apenas de que tal facto esteja consagrado como crime contra o Direito Internacional mas também fundamentalmente de que a sua regulação internacional haja previsto o princípio da jurisdição universal.

Apesar dos seus limites, este acórdão dos lordes contribuiu para a afirmação do princípio de Direito Internacional segundo o qual não se pode esgrimir a soberania contra outro Estado como blindagem móvel que consagra a impunidade cosmopolita dos governantes ou pessoas que actuem no quadro da sua posição oficial e que sejam responsáveis por crimes contra o Direito Internacional.

## **2. Perseguição dos crimes de Direito Internacional e soberania do Estado nos meios de aplicação da responsabilidade criminal internacional do indivíduo**

A coexistência de uma pluralidade de entes soberanos na sociedade internacional contemporânea requer a articulação das normas que regulam a distribuição das competências entre eles. Essa é uma função do Direito Internacional que foi historicamente ditada pela conformação peculiar destes sujeitos. Tendo em conta que a manifestação mais evidente da soberania estatal é a sua territorialidade, o leque de competências atribuídas ao Estado pelo Direito Internacional manifesta-se primordialmente em relação com o território (princípio da territorialidade). Por isso, impõe-se saber se e em que casos possui o Estado competência ou jurisdição para legislar, para julgar ou para executar as suas ordens sobre pessoas situadas e acontecimentos ocorridos fora do seu território. Esta questão foi resolvida por recurso a um conjunto de títulos habilitadores que estabelecem umnexo ou conexão entre o Estado e o objecto da sua competência, que justifica o seu exercício extraterritorial. A maioria desses títulos respondem às dimensões tradicionais da soberania do Estado e do Direito Internacional (da nacionalidade da pessoa, princípio da personalidade; da afectação de interesses essenciais do Estado, princípio da protecção).

No entanto, a evolução do Direito Internacional e a progressiva consolidação da noção de comunidade internacional, que exige a protecção dos interesses comunitários, determinaram o surgimento de um princípio singular, o chamado princípio da universalidade, que habilita o Estado a actuar relativamente a factos cometidos fora do seu território para proteger interesses da comunidade internacional no seu conjunto. O princípio é aplicável a um número muito reduzido de crimes, definidos pelo Direito Internacional convencional e consuetudinário, como a pirataria, a escravatura, a tomada de reféns, a tortura e os casos mais graves de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade<sup>8</sup>.

A ordem jurídica espanhola, através do artigo 23.4 da Lei Orgânica do Poder Judicial (lopj) de 1985, inscreve-se numa tendência crescente dirigida à afirmação do princípio da

jurisdição penal universal. Neste sentido, o nosso Tribunal Constitucional afirmou que «o legislador atribuiu um alcance universal à jurisdição espanhola para conhecer [...] de delitos concretos, em função tanto da sua gravidade como da sua projecção internacional». O artigo 23.4 tem o efeito de investir de jurisdição os órgãos jurisdicionais espanhóis para o conhecimento de factos que, segundo a lei penal espanhola, possam ser qualificados, entre outros, de genocídio, terrorismo e «qualquer outro que, segundo os tratados ou convenções internacionais, deva ser perseguido em Espanha», o que permite incluir a tortura.

Este sublinhado requer uma explicação. A disposição do artigo 23.4, a que o parágrafo mencionado dá todo o sentido, exprime o interesse de Espanha em perseguir esses crimes. Em primeiro lugar, a Espanha exerce um direito, exerce a sua própria soberania, conforme indicou a an: «quando os órgãos judiciais espanhóis aplicam este último preceito não invadem nem se imiscuem na soberania do Estado em que foi cometido o delito, antes fazem exercício da própria soberania espanhola em relação com delitos internacionais». A Espanha está interessada em perseguir esses delitos porque é membro de uma comunidade internacional que foi lesada por eles. Daí que a Espanha também exerça um dever, pois que está obrigada a perseguir os culpados por esses crimes. A pertença a uma comunidade internacional com interesses comunitários materializou-se, para a Espanha e para outros países, na assunção de compromissos de perseguição dos crimes internacionais mais graves cometidos por indivíduos, ainda que cometidos fora das nossas fronteiras (precisamente porque se mantêm impunes, isto é, porque a justiça do país em que foram cometidos não pôde ou não quis julgá-los).

A perseguição sem fronteiras do terrorismo, do genocídio, da tortura ou dos crimes de guerra mais graves encontra acolhimento em convenções internacionais que afirmam o compromisso dos Estados parte a tal respeito<sup>9</sup>. Os Estados cumprem esses compromissos ao aplicarem esses tratados através dos seus ordenamentos internos. Suscitam-se assim diversos problemas em torno da recepção das normas de Direito Internacional, que podem afectar tanto as normas processuais sobre jurisdição como as normas substantivas de tipificação do delito ou sobre a fixação de penas<sup>10</sup>.

No caso da ordem jurídica espanhola, coloca-se um destes problemas relativamente à jurisdição universal sobre o crime de genocídio. O artigo 6 da Convenção para a prevenção e sanção do crime de genocídio, de 9 de Dezembro de 1948 (disposição convencional que faz parte do ordenamento jurídico espanhol em conformidade com o artigo 96 da Constituição espanhola e o artigo 1.5 do Código Civil espanhol), estabelece que as pessoas acusadas de genocídio serão julgadas por um tribunal competente do Estado em cujo território o acto haja sido cometido ou pelo Tribunal Penal Internacional. Para os apelantes junto da an, esta disposição exclui a jurisdição de Espanha para o delito de genocídio se ele não tiver sido cometido em território nacional. Coloca-se assim um problema de interpretação de um tratado que faz parte de um ordenamento interno e de determinação da possível colisão entre a norma convencional e uma norma interna que, sobre a mesma matéria, entra aparentemente em contradição com aquela.

A Audiência entende que o artigo 6 da Convenção para a prevenção e sanção do crime de genocídio de 1948 fundamenta a jurisdição espanhola para perseguir este delito, já que, de acordo com a sua interpretação, «seria contrário ao espírito da Convenção – que procura um compromisso das partes contratantes, mediante o emprego das suas normas penais, na perseguição do genocídio como delito de Direito Internacional e no evitar da

impunidade de um crime tão grave – ter o citado artigo 6 como uma norma limitativa do exercício da jurisdição, que exclui qualquer outra diferente das que o preceito contempla. O facto de as partes contratantes não terem acordado na perseguição universal do delito por cada uma das suas jurisdições nacionais não impede o estabelecimento, por um Estado parte, desse tipo de jurisdição para um delito transcendente em todo o mundo e que afecta directamente a comunidade internacional e toda a humanidade, como entende a própria Convenção».

Deste modo, a Audiência conclui que o artigo 6 não permite a exclusão da jurisdição para a punição do genocídio a nenhum Estado parte, como Espanha, cujo sistema normativo acolhe a jurisdição universal para o julgamento de tal delito no artigo 23.4 da loplj, pelo que este sistema não é incompatível com a Convenção de 1948. E a prevalência dos tratados sobre o direito interno espanhol (artigo 96 da Constituição espanhola e artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969) tem para a Audiência a consequência de que o artigo 6 da Convenção de 1948 deve ser interpretado no sentido de que «impõe a subsidiariedade da actuação de jurisdições diferentes das que o preceito contempla, de modo que a jurisdição de um Estado deverá abster-se de exercer jurisdição sobre factos, constitutivos de genocídio, que estejam a ser julgados pelos tribunais do país em que tenham ocorrido ou por um tribunal penal internacional».

A interpretação da an, em minha opinião, está em conformidade com os critérios de interpretação dos tratados, ao incorporar o sentido da prática geral posterior tendo em conta o objecto e o fim do tratado; e parece-me acertado o modo como conciliou o artigo 23.4 no que se refere ao genocídio com o artigo 6 da Convenção de 1948.

Outro dos problemas já mencionados decorre da previsão, no artigo 23.4, de que os factos imputados têm que ser susceptíveis de ser qualificados, segundo a lei penal espanhola, como algum dos delitos (genocídio, terrorismo, etc.) relativamente aos quais se atribui jurisdição universal aos órgãos jurisdicionais espanhóis. Os factos imputados aos responsáveis da repressão no Chile e na Argentina a título de genocídio e terrorismo enfrentam importantes problemas de qualificação. Relativamente à imputação de genocídio, é indiscutível que são horrendos os actos cometidos pelos agentes da repressão mas, apesar de essas práticas terem um carácter sistemático e premeditado, não se conformam com o tipo criminal do genocídio consagrado na Convenção de 1948 e nos sucessivos códigos penais espanhóis (artigos 137 bis a) do Código Penal derogado e artigo 607.1 do Código Penal vigente). Este último artigo recolhe literalmente a definição da Convenção, ambas parecendo excluir a aniquilação ou o extermínio de um grupo político ou de um grupo por razões políticas.

Nas denúncias, querelas e nos autos dos juízes de instrução, foram desenvolvidas interpretações muito amplas do que constitui um grupo nacional e um grupo religioso. Para a Audiência, que também mantém uma interpretação ampla, embora diferente da do juiz Garzón, «a acção plural e pluripessoal imputada, nos termos do processo sumário, é de actuação contra um grupo de argentinos ou residentes na Argentina (ou um grupo de chilenos ou residentes no Chile) susceptível de diferenciação e que, inegavelmente, foi diferenciado pelos autores da perseguição e do hostigamiento. E as acções de perseguição e hostigamiento consistiram em mortes, detenções ilegais e prolongadas (sem que em muitos casos tenha sido possível determinar o destino dado aos detidos – repentinamente subtraídos de suas casas, subitamente expulsos da sociedade, e para sempre – dando assim vida ao conceito incerto de “desaparecidos”), torturas, encerramento em centros

clandestinos de detenção (sem respeito pelos direitos que qualquer legislação reconhece aos detidos em centros penitenciários), subtracção de crianças detidas para as entregar a outras famílias (“transferência pela força de crianças do grupo perseguido para outro grupo”)).

A Audiência constata que «está presente de modo iniludível a ideia de extermínio de um grupo da população (argentina ou chilena), sem exclusão dos residentes afins». Em ambos os casos, argentino e chileno, foi uma acção de extermínio, que não foi feita à toa, de modo indiscriminado, mas antes algo que exprimia a vontade de destruir um determinado sector da população, um grupo sumamente heterogéneo, embora diferenciado. Em ambos os autos se considera que a repressão não pretendeu mudar a atitude do grupo mas sim destruir o grupo. No caso argentino, este propósito materializou-se em detenções, mortes, desaparecimentos, subtracção de crianças de famílias do grupo e aterrorização dos membros do grupo; no caso do Chile concretizou-se em detenções, torturas, mortes e aterrorização dos membros do grupo claramente definido e identificável para os repressores.

O raciocínio da Audiência que conduz à qualificação de tais actos como susceptíveis de constituir delitos de genocídio é idêntico em ambos os autos. Consiste em interpretar de modo amplo a Convenção de 1948, bem como a legislação penal espanhola (o artigo 137 bis do Código Penal derogado e o actual artigo 607) integrando a concepção social do genocídio, apesar de estes instrumentos jurídicos não contemplarem o grupo «político» ou «outros» quando elencam as características dos grupos objecto de destruição.

Face ao silêncio da Convenção de 1948 a este respeito (cujas razões a Audiência conhece), a an entende que, para lá das intenções dos redactores do texto, a Convenção «ganha vida em virtude das sucessivas assinaturas e adesões por parte dos membros das Nações Unidas que partilhavam a ideia de que o genocídio era um flagelo tão odioso que se deviam comprometer a preveni-lo e a sancioná-lo». E os artigos dos códigos penais espanhóis, «enraizados na preocupação mundial que fundamentou a Convenção de 1948, não podem excluir da sua tipificação factos como os imputados. O sentido da vigência da necessidade sentida pelos países partes na Convenção de 1948 de responderem penalmente ao genocídio, evitando a sua impunidade, por o considerarem um horrendo crime de Direito Internacional, requer que os termos “grupo nacional” não signifiquem grupo formado por pessoas que pertencem a uma mesma nação, mas antes, simplesmente um grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado numa colectividade maior. A prevenção e castigo do genocídio como tal – isto é, como delito internacional, como um mal que afecta a comunidade internacional directamente – nas intenções que afloram no texto da Convenção de 1948, não pode excluir, sem qualquer razão na lógica do sistema, determinados grupos nacionais diferenciados, discriminando-os relativamente a outros. Nem a Convenção de 1948 nem o nosso Código Penal, nem mesmo o Código Penal revogado, excluem expressamente esta necessária integração».

Neste caso, a interpretação da Audiência afasta-se das regras de interpretação dos tratados. Embora a definição de 1948 e a do Código Penal espanhol seja uma definição voltada para o passado, a prática interpretativa posterior não modificou essa definição<sup>11</sup>, apesar de alguns Estados parte terem vindo a acolher na sua prática uma definição mais ampla de genocídio<sup>12</sup>.



No que se refere à qualificação dos factos imputados como constitutivos de terrorismo, não só se coloca o problema da controversa categoria de terrorismo de Estado (que está muito longe de ser uma expressão unívoca) mas também o facto de o Código Penal espanhol ter tipificado o terrorismo de uma forma que não corresponde às das normas internacionais, a qual já por si oferece um panorama confuso relativamente ao terrorismo em geral, que não relativamente a certas manifestações de terrorismo.

Os sucessivos códigos penais espanhóis consagram como nota destacada deste delito que a actuação se produza contra o Estado, as autoridades constituídas e a ordem constitucional. Neste ponto, a Secção da an parte da consideração de que isso em nada contribui para a resolução do caso, uma vez que os factos imputados foram tidos por susceptíveis de constituir delito de genocídio e são os mesmos factos que são objecto de estudo quanto à sua subsunção jurídica. Não obstante, aquela Secção entende que os factos imputados também podem ser qualificados de terrorismo.

Para o Tribunal, a exigência do Direito Penal espanhol (cujas disposições não menciona) relativa à existência de uma finalidade de subversão da ordem constitucional ou de alteração grave da paz pública não está confinada à ordem constitucional espanhola, antes se há-de relacionar com a ordem jurídica ou social do país em que o delito de terrorismo se comete ou à qual afecta directamente como destinatária do referido ataque. Assim, na opinião da an, produz-se a translação de um elemento fáctico, que não impede que os factos sejam susceptíveis de ser tipificados como terrorismo segundo a lei penal espanhola (como exige o já mencionado artigo 23.4 da lopj).

Segundo a an, há outras notas características do delito de terrorismo que estão presentes nos factos imputados: assim, nas mortes, lesões, coacções e detenções ilegais, regista-se a nota característica de haverem sido realizados por pessoas integradas em grupos armados, independentemente das funções institucionais que as referidas pessoas desempenhassem, pois que as mortes, lesões, coacções e detenções ilegais aludidas eram efectuadas na clandestinidade e não no exercício regular da função oficial desempenhada, embora se prevalecesse dela<sup>13</sup>. Também estão presentes as notas estrutural (organização estável), de resultado (produção de insegurança, confusão ou medo a um grupo ou à generalidade da população) e teleológica (entendimento dos factos como rejeição da ordem jurídica, da ordem jurídica vigente, à época, no país), próprias dos grupos armados. Notas que, no entendimento da an, caracterizam o terrorismo de Estado.

No entanto, a Audiência realiza neste caso uma interpretação dificilmente conciliável tanto com as convenções internacionais relativamente a uma definição geral de terrorismo internacional, como com as disposições do Código Penal espanhol. À excepção da nota teleológica, entendemos que os demais elementos característicos seriam aplicáveis à Operação Condor.

No que respeita às torturas denunciadas, a Audiência detém-se muito pouco neste ponto, ao considerar que integrariam o delito de maior envergadura de genocídio ou terrorismo<sup>14</sup>. Daí que estime que «se a Espanha tem jurisdição para a perseguição do genocídio no estrangeiro, a investigação e o julgamento terão necessariamente que incluir delitos de tortura integrados no genocídio». Não examina, por isso, a prática de tortura sistemática como base autónoma de jurisdição e isso deve-se ao facto de o delito de tortura estar incorporado na legislação espanhola desde 1978. Dever-se-ia ter explorado mais esta via relativamente aos factos ocorridos no Chile e na Argentina a partir dessa data.

Por outro lado, respondendo a um dos motivos do recurso do Ministério Público, baseado no alcance do artigo 5.1 c) da Convenção de 1984, a Audiência defende que a jurisdição espanhola não se limitaria às vítimas de nacionalidade espanhola cobertas por aquela disposição. De facto, considera que este artigo «não constitui uma obrigação incontornável para os Estados partes» e fundamenta a jurisdição de Espanha no n.º 2 do artigo 5 da Convenção de 1984<sup>15</sup>.

Por fim, uma vez pressuposta a competência judicial penal internacional, a legislação espanhola determina a possibilidade de julgar, já que estabelece que o delincente não tenha sido absolvido, indultado ou haja cumprido pena no estrangeiro (artigo 23.2 c) da *lopj*). Este ponto é relevante em relação às leis argentinas denominadas por «Obediência devida» e «Ponto final» e relativamente à argumentação fundada no caso julgado. Em concreto, o recorrente Sr. Scilingo invocou as leis argentinas n.º 23.492 e 23.521 («Ponto final» e «Obediência devida»), bem como uma resolução do Conselho Supremo das Forças Armadas argentinas, de 2 de Julho de 1998, em virtude das quais foram declaradas extintas as acções que pudessem existir contra ele e considerada excluída qualquer responsabilidade sua. O recorrente argumentou que, apesar de revogadas, essas leis já haviam desencadeado os seus efeitos e que manteriam a sua aplicabilidade como lei penal mais favorável.

Para a Audiência, «independentemente do facto de as referidas leis poderem ser consideradas como contrárias ao jus cogens internacional e em infracção a tratados internacionais assinados pela Argentina, o certo é que elas são normas despenalizadoras, quer por estabelecerem o não exercício penal a partir de um determinado tempo quer por condicionarem esse exercício à submissão à hierarquia militar ou funcional do sujeito activo».

Dado que despenalizam condutas, essas leis não remetem para a figura de arguido absolvido ou indultado no estrangeiro (prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 23 da *lopj*), mas antes para a figura de conduta não punível no país de execução do delito (alínea a) da mesma disposição). Este tipo de normas não tem incidência nos casos de extraterritorialidade da jurisdição espanhola por aplicação do princípio de protecção ou perseguição universal, em virtude do disposto no n.º 5 do mencionado artigo 23.

A an de Espanha entendeu, deste modo, que as referidas leis são contrárias à ordem pública internacional e que não equivalem, em todo o caso, a um indulto ou a uma absolvição judicial em conformidade com a legislação espanhola.

#### **IV. Os futuros Pinochets e o futuro da justiça penal internacional**

Até aos nossos dias, o princípio da jurisdição universal só muito escassamente havia sido invocado. Estados como o Canadá, a Bélgica e a Espanha incorporaram o princípio directamente nos seus ordenamentos jurídicos; num dos raros casos da prática, o de Klaus Barbie, o Tribunal de Apelação francês deu guarida ao conceito de jurisdição universal. Também Israel o invocou para julgar Adolf Eichmann e John Demjanjuk, este último extraditado pelos Estados Unidos<sup>16</sup>.

Nesta linha, as resoluções da an de Espanha afirmam com clareza que a jurisdição de Espanha baseada nesse princípio lhe permite julgar Pinochet e outros membros das juntas chilena e argentina por actos de genocídio, terrorismo e tortura.

Na decisão do Comité Judicial de 25 de Novembro de 1998, os três lordes da maioria não se pronunciaram expressamente sobre este princípio, embora a sua conclusão se incline

nessa direcção. Relativamente aos actos de tortura e sequestro imputados a Pinochet, lorde Nicholls invocou as leis britânicas de aplicação da Convenção de 1979 contra a tomada de reféns e da Convenção de 1984 contra a tortura, chegando mesmo a afirmar que «this country has taken extraterritorial jurisdiction for these crimes».

A opinião maioritária, incluindo políticos, advogados e especialistas, vai no sentido de pensar que a melhor solução seria submeter Pinochet a um tribunal criminal internacional, posição que não é repudiada pelos membros dos governos de Espanha e do Reino Unido, ante a «batata quente» que têm nas mãos. No entanto, Pinochet nunca poderia ser submetido ao novo Tribunal Internacional Criminal Permanente, dado que, para que o seu Estatuto tenha sido apoiado pelos principais líderes, foi estabelecida a irretroactividade da jurisdição do tribunal. Por outro lado, a maioria dos Estados, zelosos da sua soberania, insistiram na introdução de uma disposição que estabelece a complementaridade entre o novo Tribunal e os tribunais nacionais<sup>17</sup>. Estas e outras limitações da jurisdição do Tribunal constituem importantes obstáculos para o seu funcionamento efectivo, já que não fazem referência ao tempo que haverá de transcorrer até que se reunam as sessenta ratificações necessárias para que o Estatuto entre em vigor. Os futuros Pinochets poderão ser submetidos ao Tribunal Internacional Criminal Permanente, superando importantes dificuldades, mas, em todo o caso, o futuro da justiça penal internacional continua a recair em grande medida nas jurisdições nacionais.

As opiniões expressas no debate do caso Pinochet a favor do Tribunal Internacional foram acompanhadas, aqui e além, de advertências para abusos, por razões políticas, da jurisdição universal no âmbito nacional e de avisos contra «justiceiros». No entanto, cremos que denúncias frívolas ou politicamente motivadas não terão possibilidades de prosperar ante tribunais nacionais, como fica demonstrado pelo tempo transcorrido e pelos esforços dispendidos para defender os casos contra as juntas militares argentina e chilena.

## V. Conclusão

Para terminar, a letra de um tango argentino: «veinte años no es nada...», a que acrescentamos se se trata de afirmar um mínimo ético-jurídico irrenunciável que faz parte da ordem pública internacional.

## Notas

<sup>1</sup> Eric David, «L'actualité juridique de Nuremberg», in *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation (Actes du Colloque International de l'Université Libre de Bruxelles, le 27 mars 1987)*. Bruxelles: Bruylant, 1988, p. 173).

\* N. T.: «Fiscal» na terminologia espanhola. No texto segue-se o equivalente funcional do Direito português.

<sup>2</sup> A este respeito, Vitoria Abellan Honrubia, «Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado», *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo I, Barcelona, 1983, pp. 7-23; Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 185-204; W. Heinz, «Motives for “disappearances” in Argentina, Chile and Uruguay in the 1970's», *NQHR*, 1995, pp. 51-64 (esp. pp. 61-62).

<sup>3</sup> O repúdio destas manifestações de barbárie foi expresso na Declaração de Viena de 1993 (parágrafos 30 e 62) e encontrou a correspondente resposta normativa internacional na Convenção inter-americana sobre desaparecimento forçado de pessoas, adoptada em Belém do Pará em 6 de Setembro de 1994. Nessa mesma orientação se inscrevem os trabalhos que desde 1980 realiza o Grupo de Trabalho sobre desaparecimentos forçados e involuntários, instituído no seio da Comissão de Direitos Humanos. Este Grupo leva a cabo trabalho de investigação sobre 43 508 casos de desaparecimentos considerados em 1995 e elaborou o projecto de Declaração sobre a protecção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de Dezembro de 1992 (A/RES/47/133). V. R. Brody e F. González, «Nunca Más: An Analysis of International Instruments on “Disappearances”», *Human Rights Quarterly*, 1997, pp. 365-406.

<sup>4</sup> Com efeito, no âmbito da regulação do genocídio, do terrorismo, da tortura, do sequestro e de outros crimes contra a humanidade, todos eles delitos que afligem gravemente a comunidade internacional, é possível ter em conta as seguintes disposições:

- art. 7 do Estatuto do Tribunal de Nuremberga: estabelece que a condição oficial de Chefe de Estado, Chefe de Governo ou de alto funcionário de um acusado não lhe confere imunidade nem constitui uma circunstância atenuante;
- sentença do Tribunal de Nuremberga de 30 de Novembro de 1946: «que o Direito Internacional impõe deveres e responsabilidades tanto aos indivíduos como aos Estados é algo que foi reconhecido há longo tempo... Os crimes contra o Direito Internacional são cometidos por homens, não por entidades abstractas, e só pela punição dos indivíduos que cometeram tais crimes se podem executar as disposições do Direito Internacional... O princípio de Direito Internacional que, em certas circunstâncias, protege os representantes dos Estados, não pode ser aplicado a actos condenáveis como crimes segundo o Direito Internacional. Os autores destes actos não podem invocar a sua posição oficial para iludir a punição em processos apropriados».
- resolução 95 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de Dezembro de 1946: reafirma o valor jurídico dos princípios contidos no Acordo de Londres de 1945.
- reformulação pela Comissão de Direito Internacional dos Princípios de Nuremberga, de 1950: «O facto de que uma pessoa que comete um acto que constitui um crime para o Direito Internacional tenha actuado como Chefe de Estado ou como responsável oficial do Governo não o exime de responsabilidade internacional.
- art. 4 da Convenção de 1948 para a prevenção e sanção do crime de genocídio: prevê expressamente que as pessoas que cometem genocídio, conspiração, incitação, cumplicidade ou tentativa de genocídio serão punidas, quer sejam governantes, funcionários públicos ou simples particulares.
- art. 1 da Convenção contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: ao definir os actos de tortura inclui entre os elementos caracterizadores que as dores ou sofrimentos sejam inflingidos «por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por instigação sua ou com o seu consentimento ou aquiescência».

<sup>5</sup> Artigo 7 do Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia: o cargo oficial desempenhado pelo arguido, seja Chefe de Estado ou de Governo ou de funcionário

responsável do Governo, não o eximirá de responsabilidade criminal nem lhe atenuará a pena.

<sup>6</sup> Artigo 27 do Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente (que não teve oposição de nenhum país para ser incluído): o Estatuto prevê a jurisdição do Tribunal para os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão. Essa disposição estabelece que o Estatuto será aplicável a qualquer pessoa sem distinção fundada na sua qualificação oficial e, em especial, na de Chefe de Estado ou de Governo, membro do Governo ou do Parlamento, cargo electivo ou governamental. Além disso, estabelece que as imunidades ou normas processuais de direito nacional ou internacional relativas à qualificação oficial de uma pessoa não impedirão o exercício da jurisdição do Tribunal sobre ela. Versão inglesa: «1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a Government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of a sentence. 2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person».

<sup>7</sup> Há que ter em consideração que as imunidades diplomáticas possuem um fundamento funcional e que, por isso, a imunidade de jurisdição dos diplomatas é um tratamento especial concedido pelo Direito Internacional a fim de permitir às missões e agentes diplomáticos o cumprimento das suas funções de representação ou de fomento das relações de amizade e de cooperação entre os Estados que acordam estabelecer tais relações.

<sup>8</sup> Este princípio é considerado uma excepção à regra geral que estabelece que um Estado não é competente relativamente aos actos criminosos realizados fora do seu território.

<sup>9</sup> Por exemplo, o artigo 5 da Convenção sobre o genocídio: «As Partes Contratantes comprometem-se a adoptar, de acordo com as Constituições respectivas, as medidas legislativas necessárias para assegurar a aplicação das disposições da presente convenção, em especial o estabelecimento de sanções penais eficazes para a punição das pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer outro dos actos enumerados no artigo 3».

<sup>10</sup> Em tais casos costuma tratar-se de normas non self-executing, que requerem que o Estado adopte em lei penal a sanção do delito. Em qualquer caso, a legislação de execução decorre da norma internacional, pelo que há-de ser interpretada em conformidade com esta.

<sup>11</sup> O Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente acolhe essa mesma definição.

<sup>12</sup> Por exemplo, a lei adoptada pelos Estados Unidos em 1994 relativamente ao chamado autogenocídio levado a cabo pelos khmers vermelhos no Camboja.

<sup>13</sup> Pois, acrescenta a an, «a associação para os actos ilegais de destruição de um grupo diferenciado de pessoas tinha uma vocação de secretismo, era paralela à organização institucional em que os autores estavam enquadrados, mas não se confundia com ela».

<sup>14</sup> Por isso, afirma: «torna-se estéril examinar se o delito de tortura é, no nosso direito, delito de perseguição universal por via do artigo 23.4 g) da LOPJ em conjugação com o artigo 5 da Convenção de 10 de Dezembro de 1984 contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes».

<sup>15</sup> O artigo 5 estabelece que:

«1. Qualquer Estado parte disporá dos meios necessários à instituição da jurisdição sobre os delitos a que se refere o artigo 4, nos seguintes casos:

- a) Quando os delitos sejam cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de uma aeronave ou navio matriculados nesse Estado;
- b) Quando o presumível autor do delito seja nacional desse Estado;
- c) Quando a vítima seja nacional desse Estado e este o considere apropriado.

2. Qualquer Estado parte tomará as medidas necessárias ao estabelecimento da sua jurisdição sobre estes delitos nos casos em que o presumível autor do delito se encontre em território sob sua jurisdição e esse Estado não conceda a extradição, nos termos do artigo 8, a nenhum dos Estados previstos no parágrafo 1 do presente artigo.

3. A presente Convenção não exclui nenhuma jurisdição penal exercida em conformidade com as leis nacionais».

<sup>16</sup> O Tribunal de Apelação do Sexto Círculo defendeu que a ideia de que «there is a jurisdiction over some type of crimes which extends beyond the territorial limits of any nation.»

<sup>17</sup> Preâmbulo e artigo 1 do Estatuto. O Tribunal tem primazia nos casos em que não existam tribunais criminais internos ou em que estes não tenham competência para conhecer dos crimes sobre os quais o Tribunal tem jurisdição.

M. Abad Castelos, «La actuación de la Audiencia Nacional Española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad», Anuario da Facultade da Universidade da Coruña, 1998, pp. 33-59

J. A. Carrillo Salcedo, Soberanía del Estado y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo. Madrid: Tecnos, 1995

J. González Vega, «La Audiencia Nacional contra la impunidad: los “desaparecidos” españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos», Revista Española de Derecho Internacional, 1997.1, pp. 285-297.

M. C. Márquez Carrasco / J. Alcaide Fernandez, «Spanish National Court Criminal Division Rulings on Jurisdiction to Prosecute Acts of Genocide and Terrorism in Argentina and Chile. Case 19/97, Order of November 4, 1998; Case 1/98, Order of November 5, 1998» (publicação em breve)